OSVALDO A. GOZAÍNI

EL DEBIDO PROCESO

ESTÁNDARES DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

Obligatoriedad de seguimiento
Conservación de presupuestos tradicionales
Modificación de reglas probatorias
Alcance del pronunciamiento y de la cosa juzgada
Ejecución de la sentencia

DEDICADO A

Jairo Parra Quijano

DEBIDO PROCESO

SUMARIO

INTROITO

INTRODUCCIÓN EDICIÓN 2004

CAPÍTULO I

EL DEBIDO PROCESO EN LA ACTUALIDAD

Sumario: 1. Aciertos y errores históricos. La interpretación de los conceptos abstractos y abiertos como "debido proceso": *1.1 El concepto tradicional de "debido proceso; 1.2 Ideas equívocas sobre el "debido proceso"; 1.3 El debido proceso constitucional*; 2. Conflictos de aplicación del nuevo "debido proceso"; 3. El "debido proceso" y los nuevos principios: *3.1 Los contenidos (art. 8º Convención Americana); 3.2 Proyecciones del nuevo "debido proceso" hacia todas las garantías;* 4. Interpretación jurisprudencial del debido proceso: *4.1 Derecho al Juez natural; 4.2 Presunción de inocencia; 4.3 El derecho de defensa en juicio lato sensu; 4.4 Prueba ilícita y castigos abolidos; 4.5 Las cárceles no serán para castigo*; 5. Interpretación de la Corte Interamericana sobre el "debido proceso". Líneas generales; 6. El recurso sencillo y eficaz ¿es el debido proceso?; 7. El "debido proceso" en la jurisprudencia contenciosa de la Corte Interamericana.

CAPÍTULO II

LA DEFENSA EN JUICIO DEL ARTÍCULO 18 DE LA CONSTITUCIÓN NACIONAL

Sumario: 1. Antecedentes constitucionales; 2. Contenidos del artículo 18 CN: *2.1 Derecho al juez natural; 2.2 Presunción de inocencia; 2.3 El derecho de defensa "lato sensu"; 2.4 Prueba ilícita y castigos abolidos; 2.5 Las cárceles no serán para castigo;* 3. La defensa en juicio en la jurisprudencia de la Corte IDH.

CAPÍTULO III

LA DEFENSA TÉCNICA

*Sumario***:** 1. Generalidades; 2. La defensa como garantía individual: *2.1 El abogado de confianza; 2.2 Defensa técnica idónea; 2.3 La defensa gratuita;* 3. La defensa en los procesos constitucionales; 4. Evitar la indefensión: *4.1 Efectos de la indefensión; 4.2 Los tiempos de la indefensión; 4.3 Determinantes de la indefensión;* 5. Contenidos básicos y esenciales del derecho de defensa: *5.1 El derecho a la contradicción (principio de bilateralidad); 5.2 El derecho a ser oído y las situaciones urgencia para resolver; 5.3 Espacios del debido proceso*.

CAPÍTULO IV

INDEPENDENCIA E IMPARCIALIDAD DE LOS JUECES

*Sumario***:** 1. Introducción; 2. Análisis objetivo: el Juez Natural: *2.1 El Juez Natural en América Latina; 2.2 El juez natural en la interpretación de la Corte IDH; 2.3 El juez predeterminado por la ley en Europa*; 3. Análisis subjetivo: la independencia e imparcialidad: *3.1 La imparcialidad como abstracción de toda influencia; 3.2 La imparcialidad respecto de las partes;* 4. La independencia del juez respecto a los demás poderes; 5. La actividad imparcial del

juez en las etapas del proceso: *5.1 ¿Se viola la imparcialidad cuando se busca la verdad; 5.2 Las medidas para mejor proveer*. 6. La independencia de los jueces en la interpretación de la Corte IDH. Anexo legislativo.

CAPÍTULO V

FUNCIONES DEL JUEZ

*Sumario***:** 1. Aclaraciones preliminares; 2. El juez en la historia latinoamericana; 3. Breves apuntes sobre las teorías de la jurisdicción; 4. Los poderes del juez; 5. Funciones que autoriza el sistema interamericano; 6. El juez debe superar rigideces técnicas; 7. El juez debe atender las situaciones de urgencia; 8. El juez debe conocer la verdad de los hechos; 9. El juez debe acompañar el conflicto social; 10. Poderes del juez en los procesos constitucionales; 11. Los modelos de jueces (*addenda*).

PRIMERA PARTE

INTRODUCCIÓN A LOS NUEVOS CONTENIDOS

CAPÍTULO VI

EL ACCESO A LA JUSTICIA

*Sumario***:** 1. Nuevos emplazamientos en el acceso a la justicia; 2. La legitimación en el proceso: *2.1 El problema a descifrar: la división entre el derecho y la acción; 2.2 Los conflictos teóricos de la acción*; 3. Nuestra opinión acerca de la acción; 4. Los presupuestos procesales: *4.1 La obligación del Estado; 4.2 El derecho a la jurisdicción;* 5. Derecho de petición; 6. Legitimación en la causa y en el proceso: *6.1 La legitimación "ad causam"; 6.2 El control de oficio de la legitimación "ad causam"; 6.3 La legitimación "ad causam" y la protección procesal*; 7. La legitimación en el proceso y los presupuestos procesales; 8. Legitimación e interés para actuar; 9. Clasificación en las legitimaciones para obrar: *9.1 Legitimación ordinaria; 9.2 Legitimaciones extraordinarias*; 10. Derechos e intereses tutelados; 11. La consolidación de los derechos o intereses difusos; 12. Constitucionalización del derecho de acceso a la justicia: *12.1 Las legitimaciones de grupos; 12.2 Las categorías finales*; 13. El acceso irrestricto y el equilibrio judicial; 14. El acceso a la justicia en la jurisprudencia de la Corte IDH.

CAPÍTULO VII

EL ACCESO A LA JUSTICIA POR CUESTIONES ECONÓMICAS

*Sumario***:** 1. Introducción; 2. Naturaleza de la llamada tasa de justicia: *2.1 El hecho imponible, 2.2 Incumplimiento de las características del concepto de tasa: a) No se individualiza el servicio prestado, b) Presunción de riqueza, c) Razonabilidad del tributo. Confiscatoriedad, d) Relación entre el monto y el precio;* 3. La actividad judicial no es un servicio público; 4. La realidad económica en el contexto de la llamada tasa de justicia; 5. "Solve et repete"; 6. La tasa de justicia en el derecho comparado; 7. La tasa de justicia en la interpretación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; 8. Estándares a considerar; 9. El problema desde la perspectiva del acceso a la justicia; 10. Conclusiones.

SECCIÓN I: DERECHO A SER OÍDO

CAPÍTULO VIII

ACCESO A LA JUSTICIA Y DERECHO A SER OÍDO

Sumario: 1. Diferencias entre ambas garantías; 2. El derecho a un recurso sencillo, rápido y efectivo; 3. Estándares para el derecho a ser oído: *3.1 No se cumple el derecho a ser oído y se viola el debido proceso, cuando la persona tiene restricciones normativas; 3.2 El derecho a ser oído se vincula con el derecho a tener abogado; 3.3 El derecho a ser oído exige igualdad procesal;* 4. El derecho de petición.

CAPÍTULO IX

EL MENOR Y EL DERECHO A SER OÍDO

Sumario: 1. La Convención de los Derechos del Niño: *1.1 El derecho a ser oído; 1.2 Explicaciones y alcances del derecho a ser oído;* 2. Medidas especiales: *2.1 Protección especial que diferencian el derecho a ser oído; 2.2 Opinión de la Corte IDH;* 3. El derecho procesal del menor: *3.1 Indemnidades mínimas para el menor; 3.2 El Código Civil y Comercial de la Nación (art. 26); 3.3 Intervención y representación del menor*; 4. El estándar de la madurez gravitante: *4.1 Capacidad progresiva; 4.2 Los adolescentes;* 5. Legitimación procesal y derecho a ser oído: *5.1 La OC 17/02; 5.2 Ley 26.061; 5.3 Interpretación de la Corte IDH.*

SECCIÓN II

EL DERECHO A LA VERDAD

CAPÍTULO X

EL DEBIDO PROCESO EN LA ETAPA PROBATORIA

*Sumario***:** 1. Introducción; 2. La verdad en el proceso: *2.1 Verdad real y verdad formal; 2.2 La prueba como fijación de los hechos; 2.3 La prueba como actividad destinada a la certidumbre judicial; 2.4 Síntesis de las tendencias*; 3. La verdad en el proceso, en realidad es la verdad de los hechos: *3.1 Historia breve de la verdad en la prueba; 3.2 La obligación de decir verdad sin texto que obligue; 3.3 Alcance del deber de veracidad; 3.4 Sujetos obligados a decir verdad*; 4. La obligación de lealtad y probidad no es regla del debido proceso; 5. El objeto de la prueba y los hechos: *5.1 Los hechos en la demanda; 5.2 Los tipos de hechos; 5.3 Los hechos y la prueba; 5.4 Los hechos y la prueba en los procesos por audiencias*; 6. La actividad probatoria y sus nuevas reglas: *6.1 La carga probatoria; 6.2 Manifestaciones jurisprudenciales de la variación de la carga probatoria; 6.3 La carga de la prueba en la jurisprudencia de la Corte IDH*; 7. El derecho a probar como manifestación del debido proceso; 8. Los principios del debido proceso en la prueba; 9. Conclusiones.

CAPÍTULO XI

EL DERECHO A LA VERDAD

Sumario: 1. La verdad como fin del proceso: *1.1 La prueba en el proceso transnacional; 1.2 El deber de investigar;* 2. El acopio de pruebas como deber general para saber qué pasó: *2.1 Fuentes de prueba; 2.2 Esencia de la prueba en la Opinión Consultiva 16*; 3. Carga de la prueba en el derecho a la verdad: *3.1 El deber probatorio ante la Corte IDH; 3.2 Deber de*

probar del Estado; 4. La apreciación de la prueba y sus efectos en el derecho interno; 5. Conclusiones; 6. La verdad no es un objetivo del debido proceso; 7. Resumen final.

SECCIÓN III

SENTENCIA RAZONABLE, MOTIVADA Y FUNDADA

CAPÍTULO XII

EL DERECHO A LA MOTIVACIÓN DE LA SENTENCIA

*Sumario***:** 1. Enunciados generales; 2. Breve historia de la motivación en las decisiones judiciales; 3. Ventajas e inconvenientes de motivar las resoluciones; 4. Naturaleza de la obligación: *4.1 La motivación como exigencia política; 4.2 La motivación como garantía constituciona; 4.3 La motivación como presupuesto procesal de la sentencia; 4.4 La motivación como parte esencial de las resoluciones judiciales; 4.5 La motivación como deber de la jurisdicción; 4.6 La motivación como derecho exigible de las partes; 4.7 Síntesis valorativa;* 5. Contenidos de la motivación; 6. Las distintas formas de motivar una decisión judicial: *6.1 Características de las sentencias colegiadas; 6.2 El caso de las mayorías discordantes; 6.3 La ausencia de mayorías coherentes; 6.4 Las discrepancias entre considerandos y fallo; 6.5 Las dificultades para reunir coherencia interna; 6.6 El error y su encuadre a los fines del recurso;* 7. El caso particular del veredicto: *7.1 Antecedentes; 7.2 Vínculos entre veredicto y sentencia; 7.3 Acotaciones; 7.4 Validez de los pronunciamientos; 7.5 Las motivaciones de hecho*; 8. La sentencia motivada en formularios; 9. El deber de motivación entre las garantías convencionalizadas.

SECCIÓN IV

DURACIÓN RAZONABLE DE LOS PROCESOS

CAPÍTULO XIII

EL PLAZO RAZONABLE

Sumario: 1. Introducción; 2. El principio de economía procesal: *2.1 El principio de eventualidad; 2.2 El principio de concentración procesal; 2.3 El principio de preclusión; 2.4 El principio de saneamiento; 2.5 El principio de adquisición; 2.6 Síntesis y crítica*; 3. La visión economicista de la celeridad procesal: *3.1 Los días y horas hábile; 3.2 El horario de actuación y las ferias judiciales; 3.3 Los plazos y términos para el ejercicio de la función jurisdiccional*; 4. Los Tratados y Convenciones Internacionales: *4.1 Derecho subjetivo a obtener sentencia en un plazo razonable; 4.2 El plazo razonable en el sistema interamericano; 4.3 El plazo razonable en la actual jurisprudencia de la Corte IDH; 4.4 El plazo razonable en el discurso Europeo*; 5. El derecho al proceso rápido, expedito y eficaz: *5.1 Proceso rápido y dilaciones indebidas; 5.2 Proceso sencillo; 5.3 Proceso eficaz*; 6. Dilaciones indebidas en el proceso penal: *6.1 La libertad y el tiempo de estar en prisión; 6.2 Los siete criterios en el proceso penal; 6.3 Primer criterio: Duración de la detención en sí misma; 6.4 Segundo criterio: Naturaleza del delito y la pena que tiene señalada; 6.5 Tercer criterio: Efectos personales sobre el detenido de orden material, moral u otros; 6.6 Cuarto criterio: Dificultades de la instrucción del proceso; 6.7 Quinto criterio: La actitud de la autoridad judicial en el trámite*

del expediente; 6.8 Sexto criterio: La actuación de estas autoridades durante todo el procedimiento; 6.9 Séptimo criterio: Conducta del acusado. 7. Autonomía del concepto de plazo razonable: *7.1 Complejidad de la causa. Dificultades intrínsecas; 7.2 Conducta de las partes; 7.3 Análisis de la función jurisdiccional; 7.4 Consecuencias de la demora. Reparación y prevención del daño*; 8. Extensión del plazo razonable a todo tipo de procesos; 9. ¿Se pueden dar pautas generales para definir el tiempo del plazo razonable?; 10. El procedimiento indemnizatorio en caso de violación al principio de plazo razonable: *10.1 Legitimación; 10.2 Responsabilidad del juez y del Estado; 10.3 Demoras en la ejecución de la sentencia;* 11. Conclusiones.

SECCIÓN V

DERECHO AL RECURSO

CAPÍTULO XIV

EL DERECHO AL RECURSO

Sumario: 1. Introducción; 2. Constitucionalización del derecho a recurrir; 3. Evolución de la jurisprudencia; 4. La interpretación en la Comisión y la Corte IDH; 5. La interpretación en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos; 6. Contenido esencial de derecho al recurso; 7. Derecho al recurso y plazo razonable; 8. Limitaciones posibles en el derecho al recurso.

SECCIÓN VI

DERECHO AL CUMPLIMIENTO DE LAS SENTENCIAS

CAPITULO XV

EL DERECHO A LA EJECUCIÓN DE LA SENTENCIA

Sumario: 1. Preámbulo; 2. El derecho fundamental a que la sentencia se cumpla; 3. la ejecución de oficio; 4. La ejecución forma parte del debido proceso; 5. Conclusiones.

SEGUNDA PARTE

AGREGADOS Y CONCLUSIONES

CAPÍTULO XVI

DEBIDO PROCESO ADMINISTRATIVO

*Sumario***:** 1. Ramificaciones del debido proceso; 2. El debido proceso administrativo; 3. La autonomía del debido proceso administrativo; 4. Contenidos del debido proceso administrativo: *4.1 Principios; 4.2 Reglas*; 5. Garantías procesales: *5.1 Garantías del procedimiento; 5.2 Garantía de igualdad; 5.3 Garantías inalterables*; 6. Reglas específicas; 7. El debido proceso administrativo en la Corte IDH; 8. Addenda.

CAPÍTULO XVII

DEBIDO PROCESO PENAL

Sumario: 1. Evolución del derecho de defensa; 2. Toda persona tiene derecho a ser oída; 3. Dentro de un plazo razonable; 4. Derecho del inculpado a tener traductor o intérprete: *4.1 La asistencia consular; 4.2 Idioma y contenido de la información a proporcionar;* 5. Otras garantías mínimas: *5.1 Comunicación previa y detallada al inculpado de la acusación formulada; 5.2 Tiempo para preparar la defensa; 5.3 Derecho de comunicarse libre y privadamente con su defensor; 5.4 Derecho irrenunciable de ser asistido por Defensor; 5.5 Defensa pública; 5.6 Derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos; 5.7 Derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable; 5.8 El inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juez por los mismos hechos*; 6. Proceso público.

CAPÍTULO XVIII

EL PROCESO COMO ÚNICA GARANTÍA. CONCLUSIONES

Sumario: 1. Recopilación y síntesis; 2. Defensa en juicio; 3. Acceso a la justicia y derecho a ser oído; 4. El derecho a la verdad como objeto de la prueba; 5. Derecho a la sentencia debidamente fundamentada; 6. Derecho al recurso; 7. Plazo razonable; 8. Derecho a que la sentencia sea cumplimentada.

Introito

En el año 2004 publicamos en esta editorial la obra *Derecho Procesal Constitucional – El Debido Proceso,* con la intención de señalar las diferencias entre el modelo de juicio justo amparado en garantías, derechos y obligaciones de jueces y abogados; y el esquema europeo de la tutela judicial efectiva, donde los principios y los valores acuñan un sentido especial al modelo de enjuiciamiento.

No es una asimetría notable, pero tiene un contraste importante que deriva de los sistemas diversos de control de constitucionalidad. Confiar o no en los jueces es el punto de discusión, y al lado de ello resolver si el uso de reglas es bastante para indicar el rumbo que tiene que seguir la construcción del debido proceso.

Vale decir, o se implementa un criterio dogmático donde la idea sea cumplir con reglas; o se permeabiliza la posibilidad abriendo los principios a pensamientos menos rígidos que prioricen el valor justicia. Esta opción no debe asustar, pues de lo que se trata es de evidenciar la moción de Couture en los "10 mandamientos del abogado" ["Tu deber es luchar por el derecho; pero el día que encuentres en conflicto el derecho con la justicia, lucha por la justicia"].

En este libro el lector no encontrará una nueva edición ampliada; hemos reconstruido el pensamiento de aquellos años a tono con la evolución de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Se amplía el texto, claro está, pero se recortan y elimina aquello que quedó desactualizado. Se ordena un nuevo método de presentación temática, de forma tal que el índice es diferente sin que afecte la clasificación de etapas que delinean la evolución del debido proceso.

Cuanto se quiere mostrar y poner en debate es lo siguiente. El Sistema Interamericano de Derechos Humanos importa llevar a los ordenamientos jurídicos una serie de tratados y convenciones que obligan a los Estados parte, a armonizar su legislación interna, o a incorporar en ella los derechos que no estuvieran. En caso de existir diferencias, la interpretación orientadora proviene de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), que se torna en un problema complejo para los Estados en orden a resolver su obligatoriedad.

Cuando la Corte IDH refiere al debido proceso, fija estándares que a tono con lo dicho, deben insertarse en los Estados evitando que cada País tenga modelos distintos para un proceso idéntico. Obviamente cuando se trate de procesos constitucionales, esta desigualdad suena al menos inconsistente, porque no se puede tolerar que la defensa de los derechos de la Constitución estén sujetos a reglamentos desparejos.

En consecuencia, el estudio realizado persigue hilvanar las etapas del proceso delineando en cada una las garantías, los principios y las reglas que se aplican. En algunos casos, se advertirá aquello que es inmodificable, constituyendo un pilar del debido proceso; en otros se insinuará la posibilidad de analizarlo como principio, de modo que sea adaptable a las circunstancias y el tiempo cuando se aplica; y finalmente, ensayaremos algunas reglas que, como tales, podrán intercambiarse siempre que no afecten la igualdad entre las partes, que es la columna vertebral de todo juicio justo.

Osvaldo Alfredo Gozaíni

Introducción
(edición 2004)

Referir al debido proceso supone varias cosas y múltiples interpretaciones. Lo ponemos de resalto en el comienzo mismo de esta obra, con el fin de advertir al lector que no se va a encontrar con un conjunto tradicional de explicaciones.

Sucede que ha sido común hablar de debido proceso en el marco del derecho a la defensa en juicio, y con más rigor y precisión se ha elaborado un debido proceso penal.

Lo cierto es que pese al esfuerzo de intentar unificar la teoría general del derecho procesal, el debido proceso se muestra remiso a conformarse con el piso dispuesto en los procedimientos penales; y busca consolidar un conjunto de principios y presupuestos que actualmente no están en los códigos adjetivos, pero que ha perfilado con singular identidad la jurisprudencia local, internacional y trasnacional.

No se trata ya de encontrar las formas legales ni los requisitos de admisión y procedencia que se disponen para la marcha del sistema de enjuiciamiento. Ahora se ha evolucionado hacia una mirada global del problema, donde los padecimientos comienzan antes del proceso y se profundizan en su desarrollo, convirtiéndose en congoja cuando se transita por las etapas finales, al haber logrado una sentencia que no se puede cumplimentar.

La idea que proponemos trabajar consiste en ofrecer una visión del debido proceso desde los derechos humanos, o si se prefiere, desde el derecho procesal constitucional.

De este modo, el estudio elabora una teoría para el acceso a la justicia, dando pautas y perfiles para las cuestiones de legitimación. Claro, teniendo en cuenta que el acceso a los jueces no se ocupa solamente de entrar al proceso, sino de encontrar un sistema metodológico que tenga presente las debilidades sociales y económicas de quienes claman por tener justicia.

En este sentido, habrá que considerar el problema del conocimiento pleno de los derechos (derechos o garantías que no se conocen producen la falta de ejercicio), *así como las penurias económicas que tiene e imponen las cargas fiscales que limitan o perturban el acceso a la justicia.*

En consecuencia, antes que exponer una lógica para el acceso se explana el derecho a ser oído, como parte integrante –inicial- del resonado derecho al debido proceso.

Inmediatamente, dando por superada la etapa de admisión, la cuestión se focaliza en los jueces.

Mientras en el derecho a ser oído los prolegómenos se plantean con la relación hombre – Estado, dicho en otros términos, como la perspectiva del justiciable que desea trasponer las puertas de la justicia y ésta le pone vallas que debe superar como si fueran obstáculos; en el derecho a la jurisdicción nuestra visión analiza el rol de los jueces en el proceso.

*Jueces y Tribunales que también exponen su propia circunstancia (*independencia y sistemas de selección*), que participan de la vida social que los compromete sin afectar su imparcialidad, y que trabajan dentro del juego sofista de un proceso pensado para desconfiar de sus actividades, pero que los carga de roles y responsabilidades, provocando una irritante ambivalencia.*

Por eso fue preciso entrar en la etapa probatoria para demostrar cómo los principios procesales se contraponen por sí mismos y se convierten en impedimentos para que los nuevos principios del debido proceso se consoliden, llevando entonces en esa diatriba, a generar posiciones que toman fuerza en ideas diferentes para comprender la necesidad de la prueba y el valor de la verdad en el proceso.

La sentencia motivada, como algo distinto de la sentencia simplemente fundamentada, ha sido un tema puntual para la polémica, donde se podrán encausar discusiones sobre lo esencial que resulta el principio de congruencia, o el corset que, en cambio, dispone para la creación jurisdiccional y el riesgo que siempre se debe correr cuando se quiere hacer justicia.

Y en el plano de lo expuesto queda para el colofón el siempre remanido y actual tema del tiempo en el proceso. Pero ahora, con la advertencia pronunciada desde la Corte Interamericana de Derechos Humanos, destacando: cuidado...los plazos deben ser razonables, porque el proceso no se puede eternizar. Si lo hace, sin razones atendibles, deberá el Estado reparar a las partes perjudicadas.

Finalmente el sendero abierto se cierra con el derecho a la ejecución de la sentencia. Aventuramos desde lo procesal, la ejecución provisional de las decisiones aunque no estén firmes; y desde lo constitucional, la instalación del derecho a ejecutar los beneficios que se logran con los pronunciamientos judiciales, precisamente, porque la tarea del Juez es conocer y ejecutar.

Completan así el derecho al debido proceso estos continentes:

a) El acceso a la justicia sin restricciones

b) *El derecho a tener jueces independientes e imparciales*

c) *El derecho a tener abogado de confianza (desarrollado el tema en nuestro Derecho Procesal Constitucional – Amparo, y que se abandona en éste libro por interpretar que es un requisito funcional del principio general)*

d) *El derecho a la prueba y a compartir entre todos la búsqueda de la verdad.*

e) *El derecho a tener una sentencia motivada, y*

f) *que ella pueda ser ejecutada rápidamente cuando su acatamiento se resiste sin causas mejores que el ejercicio abusivo del derecho de defensa.*

g) *El proceso debe sustanciarse y cumplir los mandatos en un plazo razonable, bajo apercibimiento de hacer responsable a Jueces, Tribunales y al Estado mismo, por las dilaciones injustificadas.*

Este es un trazado aproximado en la evolución que se quiere mostrar. La estructura del ensayo se construye desde la doctrina clásica, el derecho comparado, la jurisprudencia local y los fallos y sentencias de los órganos supranacionales (v.gr.: Comisión y Corte Interamericana de Derechos Humanos). Se suma a ellos, documentos y normativas que dan reglas básicas para la aplicación de las innovaciones procesales, insertando un sistema legal para el debido proceso que no puede ser inadvertido.

En el cierre de ésta presentación, no quiero olvidar el significado que tiene este libro, porque de alguna manera tuvo inicios allá por el año 1988 cuando la siempre señera figura de Néstor Pedro Sagüés vacilaba si los contenidos del debido proceso podían ser parte del derecho procesal constitucional. Tiempo después quedó demostrada la pertenencia y nos permitió así volcarlo en esta colección que con empeñosa frecuencia viene publicando "Rubinzal Editores".

Osvaldo Alfredo Gozaíni

Buenos Aires, Octubre de 2003

CAPÍTULO I
EL DEBIDO PROCESO EN LA ACTUALIDAD

Sumario: 1. Aciertos y errores históricos. La interpretación de los conceptos abstractos y abiertos como "debido proceso": *1.1 El concepto tradicional de "debido proceso; 1.2 Ideas equívocas sobre el "debido proceso"; 1.3 El debido proceso constitucional*; 2. Conflictos de aplicación del nuevo "debido proceso"; 3. El "debido proceso" y los nuevos principios: *3.1 Los contenidos (art. 8º Convención Americana); 3.2 Proyecciones del nuevo "debido proceso" hacia todas las garantías;* 4. Interpretación jurisprudencial del debido proceso, *4.1 Derecho al Juez natural, 4.2 Presunción de inocencia; 4.3 El derecho de defensa en juicio lato sensu; 4.4 Prueba ilícita y castigos abolidos; 4.5 Las cárceles no serán para castigo*; 5. Interpretación de la Corte Interamericana sobre el "debido proceso". Líneas generales; 6. El recurso sencillo y eficaz ¿es el debido proceso?; 7. El "debido proceso" en la jurisprudencia contenciosa de la Corte Interamericana.

1. Aciertos y errores históricos. La interpretación de los conceptos abstractos y abiertos como "debido proceso"

Hay voces que solo con pronunciarse adquieren significados. No se necesita aclarar sus contenidos porque ellos se presuponen, se dan por sabidos. Son conceptos abiertos, de cierta abstracción y generalidad que proyectan mensajes implícitos, los que perduran y se consolidan sin discusión.

La moral y buenas costumbres, la buena fe, el buen padre de familia, el orden público, son algunas de estas representaciones comunes de la interpretación automática que los aplica con una simplicidad absoluta. Ellos están allí como una guía, constituyen un derecho positivo sin definiciones ni enunciados concretos, pero continúan incólumes en la tradición vernácula.

Sin embargo ¿son actualmente ordenadores valederos?. Acaso ¿la moral no ha trascendido las fronteras antes dispuestas?; ¿es de buena costumbre callar y no contradecir la autoridad de los mayores?, por ejemplo; ¿sigue siendo buen padre de familia el sostén del hogar, exclusivamente?; ¿el orden público no significa, a veces, el sometimiento y resignación al autoritarismo despótico?.

Son interrogantes que se abren en un mundo que ha cambiado sustancialmente las consignas de los deberes y obligaciones. Obsérvese entre tantos matices, como la fuerza expansiva de la ley, pensada como voluntad divina del pueblo y, por tanto, indiscutible, inmodificable y perenne, tal como fue concebida por el pensamiento revolucionario de la Francia de 1798 (así lo expusieron Montesquieu en el *Espíritu de las Leyes*, y Rousseau en el *Contrato social*), hoy apenas trasciende y es cíclica, porque se legisla para la ocasión, se dicta lo necesario y urgente, y donde la voluntad del pueblo queda sustituida en la aspiración de las mayorías, la fuerza de los grupos, la influencia de los lobbies, o cuando no, la corrupción negociada que fomenta una consagración normativa.

Zagrebelsky[1] sostiene que el derecho interpretado en las fórmulas abiertas o elásticas, conocidas también como "cláusulas generales", es una cruz de toda concepción estrictamente positivista del derecho y de la función judicial, constituyendo una delicia de todo crítica de la misma. Cuando se expresa de este modo ("buenas costumbres", "buena fe", "buen padre de familia", "interés público", "relaciones sociales justas", etc) es el propio legislador quien declara su incapacidad para prever la concreta aplicación y quien autoriza expresamente que los casos y sus exigencias obtengan reconocimiento.

> De otra parte, las Constituciones democráticas actuales se deliberan en asambleas constituyentes que expresan el pluralismo político de la "constitución material" al comienzo de experiencias político-constitucionales aún por definir, es decir, cuando todas las fuerzas, debido a la inseguridad de sus intereses particulares inmediatos, se ven inducidos a obrar sobre la base de consideraciones de orden general. Se comprende así por qué el *momento constitucional*, al ser por definición el momento de la cooperación general, tiene características completamente excepcionales en la vida política de un pueblo y por qué, dicho sea de paso, no se puede crear y recrear a placer, como pretenden tantos aspirantes a renovadores de la Constitución.

En su tiempo, la ley era igual a la certeza, ofrecía seguridad en las relaciones y continuidad en las actividades. Por eso, el juez del siglo XVIII cuando aplicaba la ley hacía lo justo. La Ley implicaba la justicia del caso.

En este contexto, era natural que no se permitieran extralimitaciones. No podía magistrado alguno decir otra cosa que no estuviera afirmada en la norma; y si era ésta la Ley Fundamental, menos aun podía contradecir.

Explica Monroy Gálvez[2] que, en el caso concreto de la Francia revolucionaria de 1789, por ejemplo, las espórtulas y la desconfianza social fueron la expresión típica que determinaron que se considerara a los Parlamentos –nombre del grupo social encargado del servicio de justicia- como expresión directa y concreta de la corrupción del Antiguo Régimen, razón por la cual fueron abolidos. Como sustituto de ellos, no solo se formó un nuevo servicio de justicia, sino que, en nuestro tema concreto, se exigió que las decisiones judiciales estuviesen sustentadas en la norma jurídica.

Ya en el siglo XX, en Europa se entendió necesario que la interpretación constitucional no fuera de los jueces ordinarios porque corrían el riesgo de obtener la fórmula que estaba denunciada en Estados Unidos de América ("*la ley es lo que los jueces dicen que es*"), de modo que se crearon Tribunales especiales, que aun teniendo jurisdicción, pensaron que debían ser jueces con capacitación diferente merced al grado de responsabilidad que debían asumir.

El constitucionalismo significó, también, fortificar de una vez y para siempre los derechos de las personas, los que continuaban la línea impuesta desde el Código Civil de Napoleón, glorificando las potestades individualidades y la filosofía liberal.

> En el espíritu de la revolución Francesa –afirma Zagrebelsky- la proclamación de los derechos operaba como legitimación de una potestad legislativa que, en el ámbito de la dirección renovadora que tenía confiada, era soberana, es decir, capaz de vencer todos los obstáculos del pasado que hubieran podido impedir o ralentizar su obra innovadora. La idea –o mejor, la ideología- de la codificación, esto es, la idea de la fundamentación *ex novo* de

---

[1] Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil*, Trotta, Madrid, 2002 (4ª edición), p. 87.

[2] Monroy Gálvez, Juan, *Introducción al proceso civil*, Temis, Bogotá, 1996, p. 54.

> todo el derecho en un único sistema positivo de normas precisas y completas, condicionado solamente por la coherencia de sus principios inspiradores, es la primera y más importante consecuencia de la *Déclaration* [...] Al final, cualesquiera que pudiesen haber sido las intenciones de los constituyentes de 1789-1791, la idea, teóricamente muy prometedora, de la ley como codificación del derecho, no podía más que revelarse enemiga del valor jurídico de la *Déclaration*, arrojada al limbo de las genéricas proclamaciones políticas, carentes de incidencia jurídica por sí mismas e insusceptibles de aplicación directa en las relaciones sociales[3].

Los códigos procesales fueron tributarios de estas raíces, y respondieron en América con modelos plenamente adaptados a las leyes de enjuiciamiento españolas de 1855 y 1881 –especialmente ésta última-.

Esta visión acotada de un fenómeno histórico no puede dejar de advertir esta incongruencia que ha llevado a la mitología procesal, en el sentido de dar por aceptadas instituciones y principios que no se adaptan a nuestros requerimientos.

Referimos a dos órdenes en particular. Por un lado, Latinoamérica legisló los procedimientos teniendo como ejemplo las leyes españolas, sin advertir que allí (y en casi todo Europa) la tarea jurisdiccional claramente dividía la tarea entre jueces comunes, tribunales constitucionales, justicia administrativa y, más recientemente, la jurisdicción comunitaria y transnacional. Cada sistema tenía su propio diseño formal y un método particular para desarrollar el conflicto.

En cambio, nosotros, tomamos íntegramente la ley de enjuiciamiento y la adaptamos con sus reglas y solemnidades para resolver todo tipo de cuestiones. El juez argentino es, a un mismo tiempo, juez de causas comunes, constitucionales, administrativas, provocando que la función jurisdiccional pensada se deforme y entorpezca al confundir permanentemente la tarea primordial que cada situación tiene (v.gr.: no se puede adoptar iguales reglas procesales y menos aun homogeneizar la tarea de interpretación cuando se trata de confrontar en causas eminentemente privadas o públicas de contenido constitucional).

Por otra vertiente aparece el problema del control de constitucionalidad. Recién en las últimas décadas se han efectuado cambios al modelo tradicional del control difuso, donde tienen potestad y deber de fiscalización todos los jueces. Se sublimó *Marbury vs. Madison* que resolvió un conflicto político que en nuestro suelo quizás no hubiera sido admisible[4]. Y quedó demostrado que no aceptaríamos todo lo que llegara de Estados Unidos porque la doctrina del *stare decisis* (doctrina del precedente obligatoria) creada en 1958, que le daba un tinte singular a la actividad política del juez, no tuvo cabida al continuar creyendo que los magistrados solo actúan en causas concretas y dictan sentencia para quien sean partes conocidas con derechos en controversia.

La notoria adscripción de Latinoamérica a las formas procesales europeas, quedó confundida con los modelos constitucionales, sean provenientes de la Constitución de Cadiz de 1812 o la norteamericana que fue espejo, por ejemplo, para nuestro suelo.

---

[3] Ob. cit., p. 123.

[4] Cfr. Amaya, Jorge Alejandro, *Control de Constitucionalidad*, Astrea, 2015, ps. 23 y ss.

Por ello, al tener diluída la función jurisdiccional, se produjo una debilitaciuón notable del Poder Judicial, que no pudo controlar desde la Ley ni desde la Constitución toda una época oscura e ingrata de dictaduras y gobiernos de facto.

> Margaret Popkin[5] explica este desarrollo: Al independizarse los países de América Latina, la mayoría de éstos eligió modelos europeos para elaborar sus constituciones, las que reflejaban las estructuras autoritarias que prevalecían en el continente en ese momento. Después de las revoluciones, guerras y reformas ocurridas en Europa, estas estructuras autoritarias fueron modificadas considerablemente. Sin embargo, entre los países latinoamericanos la mayoría no siguió este camino; el dominio del poder ejecutivo era la regla y el poder judicial era una rama subsidiaria, muchas veces bajo el declarado control del poder ejecutivo y encargado de garantizar que nada afectara a aquellos en cuyas manos estaba el poder político o económico. Los jueces percibían salarios excesivamente bajos y carecían de prestigio. Además, muchos países estaban invadidos por la corrupción. Como lo expresó un líder dominicano en 1988: "La justicia es un mercado en donde se venden sentencias" (Víctor José Castellanos, *Informe sobre independencia judicial en la República Dominicana*, elaborado para este estudio, julio 2000, p. 5, citando un Diagnóstico Sectorial de ILANUD de 1988 de la Administración de Justicia Penal en la República Dominicana).
>
> El período de dictadura y represión brutal que ocurrió en muchos países en los años setenta y ochenta fue seguido por una decisión sin precedentes de examinar las fallas institucionales que habían permitido que sucedieran estas atrocidades. Así, primero en Argentina y luego en Chile, El Salvador, Honduras, Haití y Guatemala, entidades encargadas de descubrir hechos (usualmente conocidas como "comisiones de la verdad") examinaron la historia de las violaciones a los derechos humanos y la conducta de diferentes instituciones del Estado, y encontraron sistemáticamente que el poder judicial no había logrado proteger a la ciudadanía de las detenciones arbitrarias, la tortura y los asesinatos oficiales.
>
> La incapacidad de los poderes judiciales de Centroamérica de proteger los derechos humanos puede haber sido menos sorprendente que la renuncia de las Cortes Supremas de Argentina y de Chile, que eran instituciones más sólidas. A pesar de su fortaleza corporativa, un poder judicial transigente que percibió que su papel era defender al país de la subversión y mantener la seguridad nacional, no protegió a las personas individuales y en muchos casos no podía protegerlas de los abusos del Estado. Además, la naturaleza vertical y altamente autoritaria de los poderes judiciales en América Latina significaba que los pocos jueces que trataban de ejercer su independencia y cuestionar las acciones del Estado fueran alineados rápidamente. Esta triste historia debilitó cualquier legitimidad pública de que hubiera podido gozar el poder judicial, sin importar su fortaleza institucional.

1.1 El concepto tradicional de "debido proceso"

El concepto de debido proceso tiene una historia similar a lo comentado porque teniendo en sus orígenes una descripción de las reglas básicas a las que debía someterse el derecho de defensa (que se observa nítidamente en las Constituciones americanas); siguió en su desarrollo las innovaciones que introdujeron las Enmiendas a la Constitución de los Estados Unidos de América.

Hemos destacado [6] antes de ahora, que el debido proceso responde en el constitucionalismo argentino al concepto formal de cómo debe sustanciarse un

---

[5] Popkin, Margaret, Pautas para promover la independencia judicial y la imparcialidad, USAID Guidance for Promoting Judicial Independence and Impartiality, edición 2002.

[6] Gozaíni, Osvaldo A., *Tratado de Derecho Procesal Latinoamericano*, Tomo I, La Ley, Buenos Aires, 2012, ps. 56 y ss. Cfr. *Derecho Procesal Constitucional – Amparo*, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires / Santa Fe, 2002, ps. 66 y ss.

procedimiento, aun cuando al mismo tiempo, reconozca un aspecto sustancial, declarado como principio de razonabilidad.

> El adverbio "debido" no aparece en la mayoría de las cartas constitucionales americanas, hecho significativo si tenemos en cuenta la idea que surge inmediata cuando se habla del "debido proceso". El origen aceptado es la 5ª Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos de América que establece los derechos de todo ciudadano a tener un proceso judicial; y también figura en la 14ª Enmienda, como una restricción al poder del Estado para resolver sobre el destino de los hombres sin el *debido proceso.*

Estas dos facetas se reproducen en la explicación acerca del concepto. Es decir, se pone de relieve la importancia que tiene la actuación jurisdiccional. Son los jueces quienes deben preservar las garantías del proceso, y aplicar el principio de razonabilidad en cada una de las decisiones que adopte.

El carácter bifronte que mencionamos tiene otra fuente en el derecho anglosajón que a través de la frase "*due process of law"* -que es una variación de la contenida en la Carta Magna inglesa de 1215 "*per legem terrae", "by the law of the land"*- ha desarrollado un alcance no sólo procesal, sino inclusive, informador de todo el ordenamiento jurídico.

El concepto tiene así un condicionante diferente al modelo donde nace ("*common law*" anglosajón), porque el "*civil law*" tiene presupuestos distintos. Por eso, aunque la adquisición supone progresar en la práctica de todos los derechos que se aplican en un proceso, para que sean satisfechos inmediatamente en sus alcances e intereses, los medios para hacer efectiva la práctica difieren.

Es cierto que en sus comienzos el *due process of law* tuvo un valor fundamental que fue señalado en el capítulo 39 de la Carta Magna inglesa de 1215, donde se desarrolla este derecho de los barones normandos frente al Rey "Juan Sin Tierra" a no sufrir arresto o prisión arbitrarios, y a no ser molestados ni despojados de su propiedad sin el juez legal de sus pares y mediante el debido proceso legal.

> *"Ningún hombre libre deberá ser arrestado, o detenido en prisión, o desprovisto de su propiedad, o de ninguna forma molestado; y no iremos en su busca, ni enviaremos por él, salvo por el juzgamiento legal de sus pares y por la ley de la nación".*

La primera idea de estas garantías fue evitar el castigo arbitrario y las ilegales violaciones a la libertad personal y de los derechos de propiedad. Al mismo tiempo orientó a los jueces hacia un obrar justo y honesto. Creaba y protegía inmunidades que las personas nunca habían disfrutado hasta entonces, así como los derechos propios, atinentes a la persona o a sus bienes, y también significa que su disfrute no podía ser alterado por el Rey por su propia voluntad y, por ende, no podía arrebatárselas.

> El contenido original de la Carta –se explica- era mucho más específico y restringido, como salvaguarda para asegurar un juzgamiento por árbitros apropiados, compuestos por los propios poseedores, por los barones mismos o por los jueces reales competentes. La cláusula no pretendía acentuar una forma particular de juez, sino más bien la necesidad de protección ante actos arbitrarios de encarcelamiento, desposesión e ilegalidad que el Rey Juan había cometido o tolerado. Pero con el tiempo las apelaciones a otras libertades fueron, o sustantivas, o procesalmente orientadas hacia fines sustantivos, motivo por el que la Carta Magna inglesa se convirtió en uno de los documentos constitucionales más importantes de la historia. No en vano recibió más de 30 confirmaciones de otros monarcas

> ingleses; las más importantes, de Enrique III, en 1225; de Eduardo I, en 1297, y de Eduardo III, en 1354[7].

Con el tiempo, el proceso debido fue llevado al plano de la Ley, e inclusive sin tener mención expresa, se consagró en las constituciones de los Estados. No hubo indicaciones sobre contenidos o funciones de un proceso tipo o modelo, sino precisiones sobre la defensa, especialmente referido a los casos de atención en procesos penales.

Nace así el llamado *debido proceso constitucional*, que fue más importante por las implicancias supuestas que por las declaraciones realizadas. En Argentina, por ejemplo, se extrajo del art. 33 (cláusulas implícitas) la necesidad de tener un proceso debido sujeto a las condiciones de la ley, evitando la discreción judicial y los abusos de autoridad.

La última etapa refleja un paso más en la tradición jurisprudencial anglo-norteamericana, al extenderse el concepto del debido proceso a lo que en esa usanza se conoce como *debido proceso sustancial -substantive due process of law-*, que, en realidad, aunque no se refiere a ninguna materia procesal, constituyó un ingenioso mecanismo ideado por la Corte Suprema de los Estados Unidos para afirmar su jurisdicción sobre los Estados federados, al hilo de la Enmienda XIV a la Constitución Federal, pero que entre nosotros, sobre todo a falta de esa necesidad, equivaldría sencillamente al principio de razonabilidad de las leyes y otras normas o actos públicos, o incluso privados, como requisito de su propia validez constitucional.

La razonabilidad estableció límites a la potestad judicial, y constituyó un llamado o advertencia al Estado en el sentido de que deben ajustarse, no sólo a las normas o preceptos concretos de la Constitución, sino también al sentido de justicia contenido en ella, el cual implica, a su vez, el cumplimiento de exigencias fundamentales de equidad, proporcionalidad y razonabilidad.

> Por eso las leyes y, en general, las normas y los actos de autoridad requieran para su validez, no sólo haber sido promulgados por órganos competentes y procedimientos debidos, sino también pasar la revisión de fondo por su concordancia con las normas, principios y valores supremos de la Constitución (formal y material), como son los de orden, paz, seguridad, justicia, libertad, etc., que se configuran como patrones de razonabilidad. Es decir, que una norma o acto público o privado sólo es válido cuando, además de su conformidad formal con la Constitución, esté razonablemente fundado y justificado conforme a la ideología constitucional. De esta manera se procura, no sólo que la ley no sea irracional, arbitraria o caprichosa, sino además que los medios seleccionados tengan una relación real y sustancial con su objeto. Se distingue entonces entre razonabilidad técnica, que es, como se dijo, la proporcionalidad entre medios y fines; razonabilidad jurídica, o la adecuación a la Constitución en general, y en especial, a los derechos y libertades reconocidos o supuestos por ella; y finalmente, razonabilidad de los efectos sobre los derechos personales, en el sentido de no imponer a esos derechos otras limitaciones o cargas que las razonablemente derivadas de la naturaleza y régimen de los derechos mismos, ni mayores que las indispensables para que funcionen razonablemente en la vida de la sociedad.

---

[7] U.N., *United Nations Conference on the Law of Treaties between States and International Organizations or between International Organizations (Vienna, 1986) - Official Records*, volume I, N.Y., U.N., 1995, pp. 187-188.

En resumen, se coincide que el concepto del debido proceso, a partir de la Carta Magna, pero muy especialmente en la jurisprudencia constitucional de los Estados Unidos, se ha desarrollado en los tres grandes sentidos apuntados:

a) El del *debido proceso legal*, adjetivo o formal, entendido como reserva de ley y conformidad con ella en la materia procesal;

b) La creación del *debido proceso constitucional* o debido proceso a secas, como procedimiento judicial justo, todavía adjetivo, formal o procesal; y

c) El desarrollo del *debido proceso sustantivo* o principio de razonabilidad, entendido como la concordancia de todas las leyes y normas de cualquier categoría o contenido y de los actos de autoridades públicas con las normas, principios y valores del Derecho de la Constitución.

1.2 Ideas equívocas sobre el "debido proceso"

La historia del debido proceso poco aclara para una definición; podemos colegir la misma vaguedad e imprecisión conceptual que tienen los preceptos expuestos al comienzo, como la importancia que tiene para establecer un dogma jurídico.

> Sostiene Morello[8] que la historia y las referencias que pasan por el horizonte de los Estados Unidos de América marcan en la normativa, la consagración de los derechos y las garantías; a un primer tramo, etapa o período de "iusnaturalización" caracterizado por la simple "declaración" de los derechos junto a los principios básicos del Estado, sigue una segunda etapa, en la que los derechos y garantías se ven convertidos en "derechos fundamentales", positivizados con rigor y afán de cubrirlos con una coraza de operatividad, y concretar resultados efectivos. La tradición inglesa y el criterio manifiesto del juego real de las libertades recorta el perfil de esa clara distinción que potencia el plafón del ciudadano, que al seguir la línea de sentido americana, también vio el desarrollo que asumió desde Francia, mediante la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano, del 27 de agosto de 1789.

En rigor, la idea fuerza originaria que tuvo el "debido proceso" fue de limitación al poder, porque el mentado principio de legalidad que se constituyó por el desarrollo constitucional del siglo XVIII y buena parte del siglo XIX, le otorgaba una autoridad soberana a las Cámaras legislativas, que se valieron del "imperio de la ley" para subordinar las acciones del gobierno y de los jueces.

Fue consecuencia de esa política de sometimiento al principio *dura lex sed lex*, que el Poder Judicial dejó de ser tal para quedar informado únicamente como "administración de justicia".

La autoridad de la ley era la expresión suprema de la hegemonía, y el debido proceso legal no podía ser otro que el que las leyes modelaran, especialmente cavilando en el proceso penal.

> Así pues, las leyes, al ocupar la posición más alta, no tenían por encima ninguna regla jurídica que sirviese para establecer límites, para poner orden. Pero no había necesidad de ello. Jurídicamente la ley lo podía todo, porque estaba materialmente vinculada a un

---

[8] Morello, Augusto Mario, *Del debido proceso y la defensa en juicio al proceso justo constitucional*, en La Ley, 2003-D, 678 (diario del 13/06/2003).

> contexto político-social e ideal definido y homogéneo. En él se contenían las razones de los límites y del orden, sin necesidad de prever ninguna medida jurídica para asegurarlos. El derecho entra en acción para suplir la carencia de una ordenación expresada directamente por la sociedad, y no era éste el caso. Una sociedad política "monista" o "monoclase", como era la sociedad liberal del siglo XIX, incorporaba en sí las reglas de su propio orden ([9]).

Como ya se expresó, con los códigos se pretendió fijar el contenido dogmático de la ley; y con las Constituciones se exaltó el valor de los principios superiores a la norma. Mientras el primer aspecto se consagra en el positivismo jurídico; el restante asume vocación de eternidad fijando reglas y organizando las instituciones.

La ley actúa sobre la generalidad, haciendo abstracción de los hechos, sistematizando las acciones y asignando plenitud al cuerpo orgánico del sistema; en cambio, las normas fundamentales, las cartas magnas, o simplemente las Constituciones, especifican los derechos y crean el sentido de los deberes. Por eso tienen más elasticidad y admiten creaciones flexibles donde la supremacía de los intereses admiten adaptaciones al tiempo y las circunstancias, aunque se sepa de ante mano que ello será para situaciones de excepción.

Pero el "debido proceso", como tal, no está ni en las leyes ni se define en las Constituciones. Y hasta fue lógico que no estuviera, porque si en Europa el denominado *sistema de la desconfianza* le ha privado a los jueces la posibilidad de interpretar la ley y darle armonía con el contexto donde aplicarla, pensando que solamente los Tribunales Constitucionales pueden llevar a cabo esa tarea; con esa prevención, precisamente, la noción de proceso debido se constituye más como un refuerzo a la mentada desconfianza, evitando que la discreción judicial se torne irrazonable o arbitraria.

De este modo, los códigos procesales de la época limitaron absolutamente el rol del juez en el proceso, elevando por encima de todos los demás principios, al dispositivo según el cual, el proceso es cosa de partes y sólo éstas tienen interés en el desarrollo y solución del conflicto. Son los litigantes quienes deben respetar las consignas del procedimiento que, para ser debido, debía estar emplazado entre partes, en igualdad de condiciones y trato, reconociendo en el juez el equilibrio de la balanza en esa lucha entre fuerzas opuestas.

Recuérdese que nuestro modelo instrumental fue tomado con estas características, y en consecuencia, debe quedar impresa en la memoria esta conclusión primera […]

> *El debido proceso legal se sostiene en los principios de bilateralidad y contradicción; ejercicio efectivo del derecho de defensa y garantías suficientes para la independencia e imparcialidad del juez que interviene en el conflicto.*

Pero esto es un suceso de Europa, y como antes se mencionó, el debido proceso nos llega e influye de la doctrina americana donde las cosas son muy diferentes.

En América priva la doctrina de la *confianza en los jueces* con todo lo que ello implica y trasciende al sentido de poder controlar la constitucionalidad de las leyes.

El "*common law*" presta suma atención a la confiabilidad y honorabilidad de sus jueces, y por eso es tan importante la primera instancia, en lugar de los tribunales de

---

[9] Zagrebelsky, ob. cit., p. 77

apelaciones europeos que se distinguen por la formación de la jurisprudencia o doctrina judicial.

La fuerza del juez americano está en sus potestades, antes que en las leyes. Tiene un sistema donde el poder se tiene y se ejerce, sin limitaciones obstruccionistas afincadas en principios estancos (como la bilateralidad y la contradicción) o en solemnidades inútiles que solamente sirvieron para hacer del proceso una regla de comportamientos y actitudes, de acciones y reacciones, de alegatos y réplicas, en los cuales la verdad de los hechos quedó bastante difuminada.

> Advierte Zagrebelsky que, en América, el poder judicial encontraba las bases de su expansión en aquello que faltaba en Inglaterra: un *higher law*, la Constitución, en la que los derechos se conciben como realidad presupuesta para el derecho legislativo. Acudiendo a ese notable *thesaurus*, los jueces pueden continuamente pertrecharse de argumentos constitucionales que no pueden ser contradichos por un legislador cuya autoridad está subordinada a los derechos[10].

Ahora bien, si nuestra idea latinoamericana de debido proceso tiene raigambre en el modelo anglosajón, habrá que repetir que no es el sistema procesal dispuesto para nuestros códigos. De allí, entonces, el temor de precisar el alcance que tiene el debido proceso legal, el que termina siendo una referencia al juez para evitar transgredir la vida, la propiedad o la libertad sino es en función de actuar una controversia entre partes.

En definitiva, el *due process of law* que se pretende acomodar a nuestra idiosincrasia es distinto al proceder de los jueces americanos. *Primero* porque tienen un sistema desigual; *segundo*, porque el respeto institucional sugiere una confianza diferente; *luego*, porque perviven conceptos que trasuntan ideologías del positivismo jurídico donde anidan concepciones jurídicas que se creen inmutables, operando como resabios de una concepción otrora dominante, hoy ausente de contenidos reales.

1.3 El debido proceso constitucional

Con la aparición de los derechos humanos, el derecho a tener jueces, a ser oído, y a tener un proceso con todas las garantías, fomentó una evolución notable en el concepto del debido proceso.

De ser un proceso legal se pasó a estimar un proceso constitucional, con el agregado de principios y presupuestos que conciliaban en el argumento de que sin garantías procesales efectivas y certeras, no había posibilidad alguna para desarrollar los derechos fundamentales.

A partir de esta concepción, el proceso como herramienta al servicio de los derechos sustanciales pierde consistencia: no se le asigna un fin por sí mismo, sino para realizar el derecho que viene a consolidar.

> No debe creerse -dice Gelsi Bidart[11]- que por ser el proceso un instrumento que se construye para una finalidad que le es extrínseca, él mismo (la garantía) no tenga una propia finalidad. Ello así, en la medida que un mismo fin puede lograrse por diferentes

---

[10] Zagrebelsky, ob. cit., p. 79.

[11] Gelsi Bidart, Adolfo, *De derechos, deberes y garantías del hombre común*, B de F, Montevideo, 2002, p. 45.

> caminos o medios, lo cual pone de relieve que el fin no integra la consistencia del medio, aunque ésta debe ser adecuada para alcanzarlo. Por ende, cada medio ha de utilizarse según su propio modo de ser, respetándolo y cambiándolo para que mejor llegue al fin perseguido. Cabe modificar el medio siempre que se mantengan sus aspectos fundamentales, pero no cambiando alguno de éstos, de tal manera que se pierda la manera de ser o consistir del instrumento. Si ello se hace, estamos ante un medio diferente, mejor o peor, pero no ante el mismo.

Con ello no decimos que el proceso abandone el rol que permite ejercer los derechos materiales; ni que haya perdido su condición de modelo técnico; se trata simplemente de advertir que su fisonomía debe resultar permeable a las exigencias del tiempo en que ocurre, de forma tal que no sea un mero procedimiento, sino una garantía esencial para los derechos humanos.

En definitiva, el proceso jurisdiccional tiene suprema importancia para el derecho procesal constitucional porqué es la auténtica protección de las garantías. Desde este punto de vista, hasta podría afirmarse que es la única garantía.

> En la teoría procesal este pasaje es de suma importancia, porque supone dar vida a una posición distinta al concepto popular que idealiza al proceso como parte vital en la trilogía estructural del derecho procesal como ciencia (jurisdicción, acción y proceso), para dar lugar a una interpretación constitucional sobre el modo que debe tener un procedimiento litigioso para respetar los derechos humanos y otorgar adecuadamente el derecho a la protección jurídica que se promete en los Tratados y Convenciones Internacionales[12].

Con la constitucionalización del proceso se evade y posterga la noción de exigencia individual o derecho subjetivo público. Queremos significar así, que el proceso debido es aquél que no tiene fronteras ni características por Estado. Es una noción unívoca que obliga a adaptaciones singulares y a estándares propios que afincan, al unísono, en la garantía procesal por excelencia.

La influencia de la Constitución en el proceso no ha de verse solamente en la cobertura que ofrece una norma fundamental de un Estado cualquiera respecto a la conformación de una estructura mínima de presupuestos y condiciones para tramitar adecuadamente un litigio.

El sentido trasciende los espacios propios; va más allá de las soberanías resignadas al papel penetrante que tienen los Tratados y Convenciones sobre Derechos Humanos. Se abandona el señorío de la voluntad y se posterga las conveniencias particulares del Estado. La voluntad que se protege no es particular sino la universal del hombre que quiere para sí y por sí, con independencia de los particulares contextos de la relación, es decir, del hombre que actúa para la realización de sí mismo como sujeto absoluto.

> Este pasaje tomado parcialmente de Zagrebelsky, se completa con lo siguiente: La idea de los derechos como pretensiones de la voluntad concuerda, a primera vista, con una visión "defensiva" o negativa de los mismos, es decir, con su concepción como instrumentos de defensa frente a la arbitrariedad del poder. Pero éste es sólo un punto de arranque. A partir de ahí es muy posible que se produzcan desarrollos en sentido "positivo", como pretensión frente a quien dispone de recursos necesarios o útiles para hacer eficientes, los derechos de la voluntad. Esto puede tener lugar en un sentido intensivo, la efectividad, o en un sentido extensivo, la generalización de los derechos. Las pretensiones en las que se sustancian los

[12] Gozaíni, Osvaldo A., *El sistema procesal interamericano*, Ediar, Buenos Aires, 2016, ps. 89 y ss.

> derechos orientados a la voluntad son, por ello, inagotables, como inagotable es la voluntad de poder o de fuerza a cuyo servicio se orientan[13].

En suma, la constitucionalización del proceso supone crear condiciones para entender lo que "es debido". No se trata, ahora, de un mensaje preventivo dirigido al Estado; ni de asegurar los mínimos exigibles en el derecho de defensa; hay una construcción específica que comienza desde la entrada al proceso y continúa a través de toda la instancia culminando con el derecho a una sentencia suficientemente motivada, que pueda ser ejecutada y cumplida como los jueces han ordenado.

No obstante, puede haber al mismo tiempo, otra lectura para el mismo acontecimiento fundamental.

El "debido proceso constitucional" se puede observar desde la plataforma de los más necesitados, obligando a sustanciar un sistema tuitivo, de carácter proteccionista, donde se puede referenciar la miseria humana, las ofensas en la dignidad, las carencias manifiestas de pobres y abandonados, la situación de los niños o las mujeres vejadas, los marginados sociales, los perseguidos, los ancianos, etc.

En este aspecto, el debido proceso se vislumbra como la necesidad de restaurar los derechos perdidos, donde no se pueden aplicar conceptos del procesalismo formal, porque la necesidad de reparación es más importante que el formalismo. Sería ni más ni menos que el derecho a tener un proceso sin resignaciones ni egoísmos adjetivos.

> En la concepción antigua, los derechos no sirven para liberar la voluntad del hombre, porque ésta, de por sí, es origen de arbitrio y desorden. Sirven, por el contrario, -en opinión de Zagrebelsky- para reconducirla a su justa dimensión. Su realización consiste en la adopción de medidas políticas orientadas a la justicia o, como suele decirse, al bien común. Por tanto, la visión que se ofrece de ellos es esencialmente de derecho objetivo: los derechos como consecuencia o reflejo de un derecho justo; los derechos como tarea a realizar por los gobernantes, como deber de los poderosos en favor de los más débiles. Así pues, también en esto se da una contraposición. Mientras que para la tradición moderna los derechos son el complemento de la naturaleza positiva del hombre, para la tradición antigua, en cambio, son el remedio contra su maldad y contra los males que derivan del ejercicio de su voluntad[14].

En resumen, la gran alteración que sufre el concepto repetido del debido proceso se relaciona con el tiempo cuando se expresa. Mientras la tradición ideológica lo muestra como un concepto abstracto que persigue la perfección de los procedimientos evitando la arbitrariedad o la sin razón; el ideal moderno lo emplaza con una dinámica que diluye la fijación de contenidos. Tiene, en consecuencia, un carácter o una condición progresiva, donde lo trascendente es destacar su rol como única garantía fundamental para la protección de los derechos humanos.

La modificación sustancial se da, asimismo, en el *ethos* dominado por los deberes, antes que por las exigencias individuales o propias del derecho subjetivo. El debido proceso constitucional no se concreta en las afirmaciones de una ley, o en los preceptos de un código; se proyecta más que en los derechos, hacia los deberes jurisdiccionales que se han de preservar con la aspiración de conseguir un orden objetivo más justo.

---

[13] Zagrebelsky, ob. cit., ps. 123 y ss.

[14] Zagrebelsky, ob. cit., p. 134.

En definitiva, el debido proceso es el derecho a la justicia lograda en un procedimiento que supere las grietas que otrora lo postergaron a una simple cobertura del derecho de defensa en juicio. No estaremos hablando más de reglas, sino de principios.

> ¿Cuál es la diferencia entre reglas y principios? se pregunta Zagrebelsky. En primer lugar, sólo los principios desempeñan un papel propiamente constitucional, es decir, "constitutivo" del orden jurídico. Las reglas, aunque estén escritas en la Constitución, no son más que leyes reforzadas por su forma especial. Las reglas, en efecto, se agotan en sí mismas, es decir, no tienen ninguna fuerza constitutiva fuera de lo que ellas mismas significan. Aparte de esto, sin embargo, quizás la diferencia más importante pueda venir sugerida por el distinto "tratamiento" que la ciencia del derecho otorga a reglas y principios. Sólo a las reglas se aplican los variados y virtuosistas métodos de la interpretación jurídica que tiene por objeto el lenguaje del legislador. En las formulaciones de los principios hay poco que interpretar de este modo. Por lo general, su significado lingüístico es autoevidente y no hay nada que que deba ser sacado a la luz razonando sobre las palabras. Las fórmulas "de principio" son a menudo expresiones un tanto banales "producto de una recepción jurídica de tercera o cuarta mano", pero no por ello menos venerables, que remiten a tradiciones históricas, contextos de significado, etc., y que más que "interpretadas" a través del análisis del lenguaje, deben ser entendida en su *ethos*. En pocas palabras, a las reglas "se obedece" y, por ello, es importante determinar con precisión los preceptos que el legislador establece por medio de las formulaciones que contienen las reglas; a los principios, en cambio, "se presta adhesión" y, por ello, es importante comprender el mundo de valores, las grandes opciones de cultura jurídica de las que forman parte y a las que las palabras no hacen sino una simple alusión[15].

2. Conflicto de aplicación del nuevo "debido proceso"

El diseño progresivo que se advierte en la explicación del concepto adoptado para el debido proceso, tiene tras sí enorme trascendencia: *las ideas no se ofrecen para un sistema u ordenamiento específico, porque apoyan las bases para un entendimiento común, con reglas y principios generales*.

Con la comprensión ofrecida para un *debido proceso constitucional* no se pretendió imponer desde la Norma Fundamental un criterio rígido ni un diseño preestablecido. Todo lo contrario, se han mantenido los esquemas ya dispuestos (v.gr.: art. 18, CN) y se los complementó con las nuevas garantías (v.gr.: art. 43, CN).

> Apunta Morello que la influencia de los Tratados y Convenciones Internacionales sumado a la jurisprudencia de los tribunales supranacionales (v.gr.: Estrasburgo, Corte Interamericana), plasman una redacción enérgica que consolida la idea de un derecho procesal básico, el cual estando muy lejos de vestirse solo como declaraciones abstractas y programáticas; afirman nuevos contenidos, distinto espesor, diferentes reacciones (también acuerdan la protección en relación al obrar manifiestamente abusivo o arbitrario del Estado y de particulares –y poderosos grupos económicos, etc.-). Todo ello visto –en particular su forma razonable y la apertura de poder *ejercerlo*- desde la óptica del justiciable, del consumidor de la justicia (del pobre, del extranjero, de las comunidades indígenas, del niño, etc.)[16].

La perspectiva reformadora, quizás, tuvo en cuenta que los principios constitucionales sobre la jurisdicción y el proceso necesitaban de reafirmaciones y progresos, antes que de reglas y leyes dictadas en consecuencia (v.gr.: el ejemplo del

---

[15] Zagrebelsky, ob. cit., p. 136.

[16] Ob. cit., p. 680.

uso efectivo del amparo sin haberse reglamentado el art. 43, es una muestra contundente acerca de cómo se puede hacer una realidad práctica y efectiva de una institución nueva, sin necesidad de aplicar leyes concretas que, a veces, terminan encarcelando o limitando las renovaciones).

Con ello, el respaldo que sostiene los contenidos esenciales del "debido proceso" provienen de apoyos casi *iusnaturalistas*, en el sentido de prometer un derecho para todos por la sola condición humana. Y eso es muy útil, mucho más cuando se quieren ver diferencias en el modo de actuar el control de constitucionalidad.

En efecto, en un marco procesal sesgado como tienen los Tribunales Constitucionales (sistema jurisdiccional concentrado, abstracto en la causa y genérico en las derivaciones), la interpretación es casi filosófica, se argumenta con principios antes que con razones, y se piensa en el *bienestar* general antes que en la solución pacífica del conflicto; en cambio, el juez del control difuso (concreto porque debe emplear la potestad de interpretar y aplicar la ley a un caso en particular, y singular en cuanto al alcance de la sentencia –por eso se afirma que no hay inconstitucionalidades eventuales sino inaplicación de la ley al caso específico-) debe resolver la cuestión propuesta y deducir las implicancias de la ley en el problema en ciernes; la sentencia no trasciende y se cobija en el manto de lo puramente individual y casi anecdótico.

Mientras la función jurisdiccional de los Tribunales Constitucionales piensa en lo general; el juez del sistema americano sabe que su sentencia, para llegar a ser *trascendente*, deberá superar las escalas jerárquicas y valorativas de la pirámide judicial, donde la llegada al máximo tribunal encargado de velar por la supremacía de la Constitución, habitualmente es condicionado, excepcional y extremadamente solemne.

> Una vez más recurrimos a la ayuda de Zagrebelsky para compartir con él que, la analogía entre los principios constitucionales y el derecho natural –que acabamos de referir- no se basa sólo genérica y superficialmente en una cierta correspondencia de contenidos, como los derechos del hombre y la justicia. La "positivización" de contenidos "morales" afirmados por el derecho natural que se opera en el máximo nivel del ordenamiento jurídico, y que es de grandísima importancia para la historia del derecho, sólo es una circunstancia históricamente contingente que en el futuro podría ser sustituida por elaboraciones materiales diferentes, tanto del derecho constitucional como del derecho natural. Cuando se habla de que el primero se acerca al segundo a través de los principios constitucionales, lo que se quiere poner de manifiesto es, por el contrario, una semejanza funcional no contingente que hace referencia al modo ordinario de operar en la vida práctica del derecho[17].

De lo dicho se desprende el cuidado que se ha de tener para adoptar y adaptar las explicaciones que en Estados Unidos se tiene para el *due process of law* e, inclusive, de pensar que se trata de reglas previstas para un modelo general de defensa efectiva.

En nuestra opinión la diferencia está en que, el modelo europeo comienza como una proyección de la desconfianza en los jueces, y por eso, las exigencias primeras se destinaron a poner frenos a los arrebatos e intemperancias del Poder Judicial. Las prevenciones fueron especialmente aplicadas al proceso penal, y en consecuencia, el debido proceso fue antes que un principio, una regla que limitaba la función jurisdiccional (*nadie puede ser condenado sin ser oído*, evitaba los juicios sumarios;

---

[17] Zagrebelsky, ob. cit., p. 139.

juez independiente e imparcial, concretó el aislamiento de la administración y el Parlamento con quienes debían aplicar la ley, entre otras manifestaciones).

Además, los sistemas procesales continentales exacerbaron la importancia de los tribunales de Alzada, considerando que ellos debían a través de la casación, formalizar un criterio purificador de la jurisprudencia, con una clara tendencia hacia la uniformación. No era aconsejable que el juez desviara a su antojo el criterio de interpretación, el cual por otra parte, estaba limitado y restringido (v.gr.: por la variedad de presupuestos de prejudicialidad, como también aquellas que obligaba a intervenir a los Tribunales Constitucionales). De hecho, el *iura novit curia* no fue más que una libertad de elección en la ley aplicable, y pocas veces una apertura a cambiar los esquemas predispuestos.

La evolución se constata con el llamado "derecho a la jurisdicción" que se consagra en la *tutela judicial efectiva* desde el cual, el debido proceso comienza a integrarse en cada etapa del procedimiento, con exigencias autónomas. Por ejemplo, acceso irrestricto, asistencia legal de confianza e idónea, derecho a ser oído y a probar con libertad las afirmaciones, solidaridad y compromiso de las partes en la búsqueda de la verdad, sentencia razonada, derecho a los recursos, a la ejecución de la sentencia o prestación judicial útil y efectiva, etc.).

Este desarrollo modificó las reglas de otrora con principios de raigambre constitucional, al punto que los Tribunales Constitucionales europeos han multiplicado su jurisprudencia al explicar los alcances del debido proceso constitucional como representante del derecho que tiene toda persona a la tutela judicial efectiva.

Este plano se ha transmitido a nuestros ordenamientos, y se integró con los enunciados de Pactos y Convenciones continentales que ordenaron el nuevo emplazamiento para el juez justo y equitativo.

El problema está en el modelo constitucional, porque como antes se dijo, el juez del sistema difuso es una autoridad con poder de controlar la administración (eficacia y legalidad administrativa) y de fiscalizar la supremacía de la Norma Fundamental (control de constitucionalidad). Condiciones de suma practicidad en el "*common law*", pero severamente restringido en el "*civil law*", donde se ponen formalidades hasta para la misma actuación del juez (v.gr.: pedido de parte, caso concreto, actualidad del perjuicio, demostración del daño, afectado directo, alcance de la sentencia, etc.).

En consecuencia, afirmar que el debido proceso es una regla para la conducta de los jueces, puede constituir un desatino, porque así fue pensado en las enmiendas constitucionales que seguimos como fundamento y razón de nuestro derecho de defensa. Solo que lo hemos aplicado en un contexto totalmente diverso, similar el Europeo, donde el juez no es *poder* sino *administración de justicia.*

Entonces, vinieron las cuestiones enojosas y hasta baladíes donde difieren los llamados *garantistas* que quieren a rajatabla que el debido proceso se constituya como un respeto absoluto a la regla de bilateralidad y contradicción, a la independencia absoluta del tribunal, y para asignar a éste únicamente la función dirimente del conflicto; respecto de quienes persiguen el *decisionismo judicial*, valorando la autoridad del juez en el proceso, la búsqueda de la justicia a través de la verdad, la entronización del principio de igualdad, la colaboración en la prueba, etc.

En los hechos, ambos sectores tienen parte de razón y una cuota excesiva de obsesión sobre reglas que no son tales.

En efecto, el diseño de los *garantistas* es justo y apropiado para el proceso penal, pero no se adapta al proceso civil, pese a los valiosos estudios que señalan científicamente que existe una teoría unitaria del derecho procesal, o en otros términos, una teoría general del proceso que muestra coincidencias de principios sin distinción de procedimientos.

Por su parte, establecer en el juez deberes de actividad trastroca el pilar fundacional del debido proceso actuado como límite o frontera de la función judicial.

Una vez más estamos en el farragoso terreno que nos llega de sistemas distintos para resolver la justicia en sus diversas manifestaciones. No es igual implementar el debido proceso en un régimen de autoridad y confianza en los jueces, respecto de quienes restringen su accionar por desconfiar de sus poderes.

3. El "debido proceso" y los nuevos principios

La transformación de lo existente puede suceder si el debido proceso se considera como un conjunto de principios incanjeables que operan en cualquier tipo de procedimiento como una suerte de orientación, o directamente como un deber.

Es importante, para ello, evitar que los principios actúen como accesorios o consignas supletorias, en la medida que se propicia darles operatividad cual garantía inmediata y no como un revalúo del derecho de defensa en juicio.

De este formato se deriva que los nuevos principios se orquestan con autonomía y fundamentos propios sin necesidad de acotar ni amoldarse a la realidad donde se han de insertar. Actúa así como un valor implícito en las fórmulas, que por su propia calidad imponen una toma de posición.

> Esta conclusión, desde luego, es coherente con una premisa con la que es fácil estar de acuerdo: de los juicios de hecho sólo pueden derivar otros juicios de hecho; de los juicios de valor, sólo otros juicios de valor. El paso de unos a otros presupone que se introduzca en los primeros un juez del segundo tipo, o en los segundos un juez del primer tipo. Más o menos es el razonamiento de Perelman al desarrollar la lógica jurídica[18].

La primer exigencia a interpretar llega del art. 2º primer párrafo de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que alude al compromiso de las partes signatarias a adoptar "*...las medidas legislativas o de otro carácter de fueren necesarias...*", para hacer efectivos los derechos y libertades contenidos en el Tratado, lo que implica un deber a cargo no sólo del órgano legislativo, sino al mismo tiempo, de los restantes poderes del Estado.

En este aspecto se debe tener presente que la obligatoriedad de los pactos y convenciones internacionales dependen de dos condiciones: *a)* la situación jurídica respecto al acatamiento de la *Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados*, y *b)* el orden jerárquico que tiene cada Constitución en la interpretación de los Tratados.

---

[18] Perelman, Charles, *La lógica jurídica y la nueva retórica*, traducción de Díez Picazo, Cívitas, Madrid, 1979, p. 88.

El primer tema se vincula con el efectivo cumplimiento del art. 27 de la "Convención de Viena" según el cual "*...una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un Tratado...*".

El segundo se relaciona con el debido proceso, donde se observa que en general las Normas Fundamentales más relacionadas con la primera etapa del constitucionalismo (fines del siglo XVIII), como la de los Estados Unidos de América y aquellas que siguiendo ese modelo no ha sido sustancialmente reformadas, han establecido las garantías jurisdiccionales pensando en el proceso penal (principio de inocencia, defensa en juicio, juez natural, hábeas corpus).

Esto no es intrascendente, porque el actual emplazamiento del debido proceso supera holgadamente el modelo del proceso penal, y su adaptación a las distintas legislaciones depende del valor jerárquico que se otorga a los pactos y convenciones en el sistema constitucional.

Es evidente que los Tratados sobre Derechos Humanos adquieren una dimensión especial, criterio que se refleja a partir de mediados del siglo XX en las sucesivas reformas constitucionales de Latinoamérica, que otorgan jerarquía constitucional como en nuestro país, o inclusive superior, haciéndolos prevalecer respecto del derecho constitucional interno, como sucede en Guatemala.

> Dice Loianno [19] que, si bien esta modificación debiera resultar sustancial para el enriquecimiento de las garantías judiciales o del debido proceso legal ya plasmadas en la Constitución, es sabido que el nivel de acatamiento ha sido y es desparejo, siendo ésta la principal razón por la que los organismos de control supranacional han desarrollado en los últimos años una enorme tarea de adaptación e interpretación que ha ido elaborando un nuevo marco de *garantías mínimas para delinear el debido proceso legal* en la actualidad.

Ahora bien, relegando esta problemática que en la perspectiva analizada puede carecer de incidencia, lo cierto es que el debido proceso tiene condiciones y principios. Las primeras dependen del procedimiento donde se aplicarán, las segundas, constituyen el esquema base de los nuevos principios de debido proceso.

Si lo investigamos desde una evolución o progresión de los derechos humanos, sería una tercera etapa del debido proceso, que asentaría hoy en lo que llamaríamos "debido proceso transnacional".

> Es, con adaptaciones, la línea argumental que expone en el trabajo antes citado, Augusto Mario Morello, posicionando etapas que comienzan en el debido proceso legal arraigado en el cumplimiento estricto de la ley; siguiendo con las exigencias propias del derecho de defensa; continuando en una etapa más avanzada, o debido proceso constitucional, y llegando a este último tramo donde se suma la protección nacional más la supranacional, recortando un paisaje prometedor que exige de los Estados plena acatamiento y respeto, bajo el principio que: *sin garantías efectivas, no hay derechos*[20].

3.1 Los contenidos (art. 8, Convención Americana)

---

[19] Loianno, Adelina, *Control de convencionalidad,* Cevallos, Quito (Ecuador), 2016, p. 145.

[20] Ob. cit., p. 688.

El art. 8º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos tiene dos incisos que dividen claramente las garantías judiciales aplicables a todo tipo de procesos (primer inciso) y las que corresponden solamente al proceso penal (inciso segundo).

1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad a la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.
2. Toda persona inculpada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:
    a. Derecho del inculpado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal;
    b. Comunicación previa y detallada al inculpado de la acusación formulada;
    c. Concesión al inculpado del tiempo y los medios adecuados para la preparación de su defensa;
    d. Derecho del inculpado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor;
    e. Derecho irrenunciable de ser asistido por un Defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculpado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley;
    f. Derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos;
    g. Derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, y
    h. Derecho de recurrir del fallo ante Juez o tribunal superior.
3. La confesión del inculpado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza.
4. El inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juez por los mismos hechos.
5. El proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia.

Este conjunto no está aislado del bloque de normas que componen el cuadro armónico de principios sobre el debido proceso. Desde la Declaración Americana, hasta las sentencias contenciosas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, así como

los informes y recomendaciones de la Comisión, existe un plexo articulado de contenidos que constituyen el perfil moderno del debido proceso.

> *La* **Declaración Americana de los derechos y deberes del hombre** *establece que toda persona puede ocurrir a los tribunales para hacer valer sus derechos. Asimismo debe disponer de un procedimiento sencillo y breve por el cual la justicia lo ampare contra actos de la autoridad que violen, en perjuicio suyo, alguno de los derechos fundamentales consagrados constitucionalmente (art. XVIII-Derecho de Justicia).*
>
> *La* **Declaración Universal de Derechos Humanos**, *por su parte, contiene varias disposiciones. Entre ellas se dice que toda persona tiene derecho a un recurso efectivo (art. 8); que nadie podrá ser arbitrariamente detenido, preso ni desterrado (art.9); que toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal (art.10); a que se lo presuma inocente mientras no se prueba su culpabilidad (art. 11).*
>
> *El* **Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos** *aprobado en nuestro país por la ley 23.313, establece que el país se compromete a garantizar a toda persona, cuyos derechos o libertades reconocidos por el Pacto, se hubieran violado, un recurso efectivo, que podrá presentar ante las autoridad competente en condiciones tales que no se pueda frustrar el derecho que se protege (art. 2. apartado 3, incisos a, b y c). El artículo 9º tutela los derechos a la libertad y a la seguridad personales, procurando evitar las detenciones arbitrarias o el juez ilegal. El artículo 14 focaliza especialmente el punto que consideramos en el acápite, diciendo:*
>
> *1. Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil. La prensa y el público podrán ser excluidos de la totalidad o parte de los juicios por consideraciones de moral, orden público o seguridad nacional en una sociedad democrática, o cuando lo exija el interés de la vida privada de las partes o, en la medida estrictamente necesaria en opinión del tribunal, cuando por circunstancias especiales del asunto la publicidad pudiera perjudicar a los intereses de la justicia; pero toda sentencia en materia penal o contenciosa será pública; excepto en los casos en que el interés de menores de edad exija lo contrario, o en las actuaciones referentes a pleitos matrimoniales o a la tutela de menores.*
>
> *2. Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley.*
>
> *3. Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá, en plena igualdad, las siguientes garantías mínimas:*
>
> *a) A ser informada sin demora, en un idioma que comprenda y en forma detallada, de la naturaleza y causas de la acusación formulada contra ella.*
>
> *b) A disponer del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa y a comunicarse con un defensor de su elección.*
>
> *c) A ser juzgada sin dilaciones indebidas.*
>
> *d) A hallarse presente en el proceso y a defenderse personalmente o ser asistida por un defensor de su elección; a ser informada, si no tuviera defensor, del derecho que le asiste a tenerlo y, siempre que el interés de la justicia lo exija, a que se le nombre defensor de oficio, gratuitamente, si careciere de medios suficientes para pagarlo.*
>
> *e) A interrogar o hacer interrogatorios de cargo y a obtener la comparecencia de los testigos de descargo y que éstos sean interrogados en las mismas condiciones que los testigos de cargo.*

> *f) A ser asistida gratuitamente por un intérprete, si no comprende o no habla el idioma empleado en el tribunal.*
>
> *g) A no ser obligada a declarar contra sí misma ni a confesarse culpable.*
>
> *4. En el procedimiento aplicable a los menores de edad a efectos penales se tendrá en cuenta esta circunstancia y la importancia de estimular su readaptación social.*
>
> *5. Toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescripto por la ley.*
>
> *6. Cuando una sentencia condenatoria firme haya sido ulteriormente revocada, o el condenado haya sido indultado por haberse producido o descubierto un hecho plenamente probatorio de la comisión de un error judicial, la persona que haya sufrido una pena como resultado de tal sentencia deberá ser indemnizada, conforme a la ley, a menos que se demuestre que le es imputable en todo o en parte el no haberse revelado oportunamente el hecho desconocido.*
>
> *7. Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido condenado o absuelto por una sentencia firme de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país.*

El resumen enumera en los contenidos del debido proceso los siguientes aspectos (principios):

a) *El derecho a ser oído*, que implica el acceso a la justicia sin restricciones personales ni económicas;

b) *El derecho al proceso*, que se fracciona en puntualizaciones como las garantías de alegación, prueba y defensa de los derechos; dentro de un esquema confiable y que le garantice seguridad personal y jurídica; a través de un abogado idóneo y de confianza, y amparado en la publicidad del proceso.

c) *El derecho al plazo razonable*, ya sea en el tiempo para ser oído, como en el tránsito por las distintas etapas judiciales, acordando al afectado un derecho indemnizatorio cuando acredite los perjuicios sufridos por la demora injustificada de los tiempos del proceso.

d) *El derecho al juez natural*, y a que éste sea *competente, independiente e imparcial*, donde anidan proyecciones sobre el ejercicio de la función jurisdiccional, especialmente, el derecho a que la sentencia sea fundada y razonable, dando soluciones apropiadas al objeto de la pretensión.

e) *El derecho a la utilidad de la sentencia*, que se enlaza con el último aspecto en el sentido de darle sentido al pronunciamiento judicial a través de una decisión justa y efectiva, que pueda ser cumplida también dentro de un plazo razonable.

En este contexto, que desarrollamos en los capítulos que siguen, quedan implícitas algunas aclaraciones provenientes de interpretaciones o sentencias de los órganos del Sistema Interamericano.

> Por ejemplo, se ha dicho que el sistema procesal es un medio para realizar la justicia y [...] ésta no puede ser sacrificada en aras de meras formalidades. Dentro de ciertos límites de temporalidad y razonabilidad, ciertas omisiones o retrasos en la observancia de los procedimientos, pueden ser dispensados, si se conserva un adecuado equilibrio entre la justicia y la seguridad jurídica[21].

---

[21] Cfr. *Caso Bámaca Velásquez,* sentencia del 25 de noviembre de 2000. Serie C nº 70, párr. 96.

> También la Comisión alegó que el debido proceso no puede entenderse circunscripto a las actuaciones judiciales; porque debe ser garantizado en todo trámite o actuación del Estado que pueda afectar los derechos e intereses de los particulares.

3.2 Proyecciones del nuevo "debido proceso" hacia todas las garantías

En el marco antes desenvuelto y sin entrar en las particularidades que cada principio tiene, existen otras proyecciones que se nutre del llamado *proceso con todas las garantías.*

Esta lectura puede ser genérica y comprender únicamente el *derecho al recurso sencillo y rápido* que presupone el art. 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH, en adelante); o bien conectarlo con las etapas que transita un proceso cualquiera, imponiendo principios especiales en cada una de ellas (v.gr.: derecho a la asistencia letrada; derecho a la gratuidad de la justicia; buena fe en el proceso; derecho a la prueba; derecho a que ella sea valorada adecuadamente; derecho a la sentencia útil; derecho a la ejecución; derecho al recurso; etc.)

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH, desde ahora) ha señalado que la inexistencia de un recurso efectivo contra las violaciones a los derechos reconocidos por la Convención, constituye una trasgresión de la misma por el Estado parte en el cual semejante situación tenga lugar. En ese sentido debe subrayarse que, para que tal recurso exista, no basta con que este previsto por la Constitución o por la ley o con que sea formalmente admisible, sino que se requiere que sea realmente idóneo para establecer si se ha incurrido en una violación a los derechos humanos y proveer lo necesario para remediarla.

Por eso no pueden considerarse efectivos aquellos recursos que, por las condiciones generales del país o incluso por las circunstancias particulares de un caso dado, resulten ilusorios[22].

> La Corte amplía los mínimos involucrados en este aspecto, al sostener que los recursos son ilusorios cuando se demuestra su inutilidad práctica, el Poder Judicial carece de la independencia necesaria para decidir con imparcialidad o faltan los medios para ejecutar las decisiones que se dictan en ellos. A esto puede agregarse la denegación de justicia, el retardo injustificado de la decisión y el impedimento del acceso del presunto lesionado al recurso judicial[23].

Por implicancia, el derecho al recurso sencillo es una rogatoria para la justicia eficaz, de manera que si un Estado alega que tiene vías procesales para resguardar la seguridad que se requiere, debe acreditar con hechos que esa manifestación es auténtica y no simple declamación.

Esta problemática la analizamos en el capítulo respectivo, donde pretendemos demostrar que recurso sencillo y efectivo supone simplicidad sin formalismos esotéricos, y cumplimiento satisfactorio del resto de deberes comprometidos (rapidez y ejecución del mandato judicial).

En cambio, el derecho al debido proceso en un recurso sencillo y eficaz tiene connotaciones distintas y hasta contradictorias. Ello ocurre cuando las garantías se

---

[22] Cfr. *Caso Tribunal Constitucional de Perú,* Sentencia del 31 de enero de 2001. Serie C Nº 71, párr. 89.

[23] Cfr. *Caso Ivcher Bronstein*, sentencia del 6 de febrero de 2001.

exacerban sin control ni dirección oportuna, provocando con el máximo de seguridades la peor de las crisis judiciales. Sucede así cuando el acceso irrestricto admite pretensiones estériles, abusivas, maliciosas o fraudulentas; o cuando se pretende aprovechar dolosamente la gratuidad de la justicia; o al exigir sin necesidad la asistencia letrada oficial; o generar una amplitud de pretensiones ambivalentes o ambiguas entre sí; etc. Todo este arsenal de posibilidades, articula la necesidad de adecuar las nuevas extensiones del debido proceso con los poderes y deberes del juez en el proceso, haciéndolo tan responsable por los desaciertos abusivos como por las omisiones de intervención oportuna.

Se repite en esta orientación que, los Estados parte, a la luz de las obligaciones generales que consagran los arts. 1.1 y 2 del Pacto de San José de Costa Rica, tienen el deber de tomar las providencias de toda índole para que nadie sea sustraído de la protección judicial y del ejercicio a un recurso sencillo y eficaz, en los términos de los arts. 8 y 25 de la Convención[24].

En el caso de los *Cinco Pensionistas versus Perú* se agregó por Cançado Trindade, que las obligaciones de protección judicial por parte del Estado no se cumplen con la sola emisión de sentencias judiciales, sino con el efectivo cumplimiento de las mismas (de conformidad con lo dispuesto en el artículo 25.2 (c) de la Convención Americana). Del ángulo de los individuos, se puede aquí visualizar un verdadero *derecho al Derecho*, o sea, el derecho a un ordenamiento jurídico -en los planos tanto nacional como internacional- que efectivamente salvaguarde los derechos inherentes a la persona humana[25].

4. Interpretación jurisprudencial del debido proceso

Nuestro país ha elaborado la doctrina del debido proceso sobre bases negativas, exponiendo siempre que la ausencia de tal o cual requisito ocasionaba una violación al derecho de defensa en juicio, que fue tradicionalmente el referente inmediato del proceso debido.

A partir de la reforma constitucional de 1994, se vislumbran modificaciones, habiéndose dicho que, el concepto constitucional del debido proceso involucra la vigencia concomitante de una serie de garantías sustanciales, tales como el derecho del acusado a ser oído y la ocasión de hacer valer sus medios de defensa, que culminan con el dictado de una decisión fundada, y constituye un mandato que, de ser soslayado, desvirtuaría las previsiones constitucionales que tienden a asegurar la obtención de una decisión justa[26].

Por tanto, la garantía exige que el litigante sea oído con las formalidades legales y no depende del numero de instancias que las leyes procesales establezcan según la naturaleza de las causas, pues la reforma constitucional de 1994 consagra expresamente el derecho del inculpado de "recurrir del fallo ante juez o tribunal superior" (art. 8°, párrafo 2°, inc. h, CADH), siendo voluntad del constituyente rodear a la persona

---

[24] *Caso Barrios Altos*, sentencia del 14 de marzo de 2001.

[25] Cançado Trindade, Antonio A., *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, tomo III, Fabris, Porto Alegre (Brasil), 2003, ps. 233 y ss.

[26] CS, 18 de agosto de 1994,"*A. T. E. San Juan, Secretario General Sánchez Héctor*", DJ, 1995-1-954 - ED, 160-15.

inculpada de mayores garantías que al Ministerio Público, sin que sea posible concluir que esta diferencia vulnere la Carta Magna, pues es una norma con jerarquía constitucional la que dispone tal tratamiento[27].

Las garantías se acentúan cuando la referencia se dirige al proceso penal, donde aun desde antes de la reforma constitucional, se destaca que los principios del debido proceso y la defensa en juicio exigen que la acusación describa con precisión la conducta imputada, a los efectos de que el procesado pueda ejercer en plenitud su derecho de ser oído y producir prueba en su descargo, así como también el de hacer valer todos los medios conducentes a su defensa[28].

Los conceptos se extienden al procedimiento administrativo y, también, al régimen disciplinario de la Administración Pública o Militar.

El derecho a ser oído consagrado en la ley de procedimiento administrativo es de raigambre constitucional, y su incumplimiento es una irregularidad que hace a las formas esenciales, entre las cuales no sólo están involucradas las observancias en la emisión del acto, en la exteriorización de la voluntad de la administración, sino también el conjunto de formalidades o requisitos que debe observarse o respetarse para llegar a la emisión del acto administrativo[29].

El debido proceso adjetivo en los términos de la ley 19.549 implica el derecho a ser oído, el derecho a ofrecer y producir prueba y a obtener una decisión fundada. Estos derechos resultan vulnerados por la devolución del escrito de petición de reajuste sin que se diese curso al reclamo del beneficiario, lo que implica el dictado de una resolución denegatoria de la pretensión[30].

Cuando la relación se estudia con la eficacia de la defensa, se ha observado que no se ve afectado el derecho de defensa en juicio reconocido al imputado porque éste haya asumido su propia defensa si no se perjudicó su eficacia ni la normal sustanciación del proceso, pues tuvo oportunidad de ser oído, controlar la prueba de cargo, introducir prueba y exponer las razones fácticas y jurídicas con el fin de obtener una sentencia favorable, máxime si se tiene en cuenta su condición de letrado[31].

Por eso algunos cercenan o estrechan el campo de la libertad que la Convención Americana establece y sostienen que, el derecho a la jurisdicción, con la amplitud que propugna el Pacto de San José de Costa Rica, nada agrega a las previsiones de nuestro ordenamiento jurídico, ya que se encuentra garantizado por el art. 18 de la Ley Fundamental.

> La inviolabilidad de la defensa en juicio de la persona y los derechos que asegura la Constitución, supone la posibilidad de ocurrir ante algún órgano jurisdiccional en procura de justicia y que el litigante sea oído y se le dé ocasión de hacer valer sus medios de

---

[27] CS, 14 de octubre de 1997, "*A., J. D.",* La Ley, 1999-E, 908 [41.899-S]- ED, 178-529 - DJ, 1999-3-723, SJ, 1819.

[28] CS, 1 de setiembre de 1992, "*González, Hilario R.*", La Ley, 1993-B, 49 - DJ, 1993-2-422.

[29] CNCiv., Sala E, 16 de mayo de 1988, "*Chiesa, Carlos A. c. Municipalidad de Buenos Aires*", La Ley, 1988-E, 382.

[30] CNSeg. Social, Sala I, 23 de abril de 1998, "*Gutta, Enrique J. c. Administración Nac. de la Seguridad Social*", DT, 1998-B, 1951, con nota de Amanda Lucía Pawlowski de Pose.

[31] CNCasación Penal, Sala IV, 29 de agosto de 2000, "*Villaverde, Silvia E.*", La Ley, 2001-A, 467.

> defensa en la oportunidad y forma prevista por las leyes de procedimiento. Tal garantía incluye el derecho a lograr una administración de justicia rápida dentro de lo razonable, evitando la prolongación de los procesos indefinidamente[32].

A veces se concreta que, el derecho constitucional de defensa en juicio requiere, para su normal ejercicio, que las pretensiones de la parte sean debidamente exteriorizadas en tiempo oportuno para que su contraria, no sólo pueda formular las objeciones y réplicas al respecto, sino también para que se puedan ofrecer las pruebas que considere necesarias para desvirtuar las conclusiones de su adversaria, e impide que uno de los litigantes goce de mayores oportunidades de ser oído y de aportar pruebas[33].

La reseña jurisprudencial encasilla al debido proceso en los límites del artículo 18 de la Constitución Nacional que veremos en el capítulo siguiente […]:

> Ningún habitante de la Nación puede ser penado *sin juez 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.
>
> [...] El domicilio es inviolable, como también la correspondencia epistolar y los papeles privados; y una ley determinará en qué casos y con qué justificativos podrá procederse a su allanamiento y ocupación. Quedan abolidos para siempre la pena de muerte por causas políticas, toda especie de tormento y los azotes.
>
> [...] Las cárceles de la Nación serán sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ellas, y toda medida que a pretexto de precaución conduzca a mortificarlos más allá de lo que aquélla exija, hará responsable al Juez que la autorice.

5. Interpretación de la Corte Interamericana sobre el "debido proceso". Líneas generales

En el sistema interamericano de derechos humanos, los derechos al debido proceso y a un juez justo están establecidos fundamentalmente en los artículos XVIII y XXVI de la Declaración Americana y los artículos 8 y 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que señalan lo siguiente:

> *Declaración Americana*
>
> *XVIII.* **Toda persona puede ocurrir a los tribunales para hacer valer sus derechos. Asimismo debe disponer de un procedimiento sencillo y breve por el cual la justicia lo ampare contra actos de la autoridad que violen, en perjuicio suyo, alguno de los derechos fundamentales consagrados constitucionalmente.**
>
> **XXVI**. *Se presume que todo acusado es inocente, hasta que se pruebe que es culpable. Toda persona acusada de delito tiene derecho a ser oída en forma imparcial y pública, a ser juzgada por tribunales anteriormente establecidos de acuerdo con leyes preexistentes y a que no se le imponga penas crueles, infamantes o inusitadas*

---

[32] CNFed.Contencioso administrativo, Sala II, 10 de marzo de 1994, "*Celulosa Moldeada S. A.*", DJ, 1995-1-312.

[33] CNCom., Sala C, 30 de julio de 1990, "*Safico, S. A. c. Sáenz Valiente Bullrich y Cía. y otros*", La Ley, 1990-E, 302 - DJ, 1991-1-582.

Convención Americana

Remisión art. 8º antes trascripto.

Art. 9º. *Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable. Tampoco se puede imponer pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello.*

Como se ha hecho notar a lo largo de este capítulo, todo el sistema interamericano, de los que la Declaración y el Pacto forman parte, se preocupan y esfuerzan por reforzar las garantías en el proceso penal.

Cobran relieve especial la presunción de inocencia y los principios *nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege*, y *non-bis-in-idem.* Pero, al mismo tiempo, se amplía hacia todo tipo de procesos (derecho a un proceso con todas las garantías) el derecho a ser oído, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un tribunal competente, independiente e imparcial, y un número no taxativo de garantías procesales que se consideran esenciales para un juez justo.

Como ha dicho el Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre *Terrorismo y Derechos Humanos* (OEA /Ser.L/V/ll.116 -Doc. 5 rev. 1, del 22 de octubre de 2002): *Las normas y principios consagrados en las protecciones mencionadas, son relevantes no sólo para los procesos penales, sino también,* mutatis mutandis*, para otros procedimientos a través de los cuales se determinen los derechos y obligaciones de carácter civil, laboral, fiscal y de otra índole.*

Véase Corte IDH, Caso del Tribunal Constitucional, Sentencia del 31 de enero de 2001, Ser. C. N° 7, párrs. 69, 70 (donde se llega a la conclusión de que las garantías mínimas establecidas en el artículo 8.2 de la Convención no se limitan a los procedimientos judiciales en sentido estricto, sino que también se aplican a los procedimientos que involucran la determinación de derechos y obligaciones de naturaleza civil, laboral, fiscal y de otra índole). Véase también Corte IDH, Opinión Consultiva 11/90, Excepciones al Agotamiento de los Recursos Internos (artículos 46.1, 46.2.a) y 46.2.b): Convención Americana sobre Derechos Humanos), 10 de agosto de 1990, Series A. N° 11, párr. 28. Véase, análogamente, Comité de Derechos Humanos de la ONU, Observación General 13, artículo 14 (Sesión 21ª, 1984), Compilación de Observaciones Generales y Recomendaciones Generales adoptados por los Órganos de los Tratados de Derechos Humanos, ONU Doc. HRI/GEN/1/Rev.1, 14 (1994), párr. 2 [en adelante, Observación General Nº 13 del Comité de Derechos Humanos de la ONU].

En orden al proceso penal, las garantías trascienden los espacios del derecho a la defensa técnica, exigiendo procedimientos relacionados con la detención, el status y la devolución de extranjeros[34].

Asimismo, en situaciones particulares como sucede en los delitos perpetrados por el terrorismo se deben contar con las garantías legales del debido proceso en todo procedimiento, tal como se indica por

---

[34] Véase, por ejemplo, Caso 11.610, Informe N° 49/99, *Loren Laroye Riebe Star y otros* (México), Informe Anual de la CIDH (1998), párrs. 46, 65-70 (en que se aplica el artículo 8.1 de la Convención Americana en el contexto de procedimientos administrativos que dan lugar a la expulsión de extranjeros); Caso *Ferrer-Mazorra y otros*, nota 114 supra, párr. 213; CIDH, Informe sobre Canadá (2000), nota 338 supra, párrs. 109, 115; Caso 10.675, Informe 51/96, caso sobre la Interdicción de los Haitianos (Estados Unidos), Informe Annual de la CIDH (1993) párr. 180. Véase, análogamente, Comisión Europea de Derechos Humanos, *Huber c. Austria*, 1975 *Y.B. Eur. Conv. on H.R.*, párrs. 69 a 71; Corte Europea de Derechos Humanos, Caso Albert y Le Compte, 10 de febrero de 1983, Series A Vol. 58, párr. 39 (donde se consideran los principios del debido proceso a ser aplicados a las sanciones disciplinarias de carácter administrativo).

ejemplo, en la Convención de la ONU sobre Delitos contra Personas Protegidas Internacionalmente, cuyo artículo 9, dice: "*Toda persona respecto de la cual se sustancia un procedimiento en relación con uno de los delitos previstos en el artículo 2 gozará de las garantías de un trato equitativo en todas las fases del procedimiento*"; o la Convención sobre el Terrorismo de 1971, conforme al cual "*Toda persona privada de su libertad por aplicación de la presente Convención gozará de las garantías legales del debido proceso, y el artículo 8, según el cual, para cooperar en la prevención y sanción de los delitos previstos en el artículo 2 de la presente Convención, los Estados contratantes aceptan las obligaciones siguientes*: […] (c) *Garantizar el más amplio derecho de defensa a toda persona privada de libertad por aplicación de la presente Convención";* o cuando la Convención Interamericana contra el Terrorismo, sostiene en el artículo 15. 3) que: "*A toda persona que se encuentre detenida o respecto de la cual se adopte cualquier medida o sea encausada con arreglo a la presente Convención se le garantizará un trato justo, incluido el goce de todos los derechos y garantías de conformidad con la legislación del Estado en cuyo territorio se encuentre y las disposiciones pertinentes del derecho internacional*".

La jurisprudencia del sistema interamericano de derechos humanos, trabaja con las opiniones y sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de los informes especiales y de los informes sobre casos individuales de la Comisión, donde en cada situación se estudian los componentes de los requerimientos de un juez justo y del debido proceso que comportan ciertos requisitos y restricciones esenciales.

Los artículos 8 y 25 de la Convención Americana y los artículos XVIII, XXIV y XXVI de la Declaración Americana son los tradicionalmente citados en relación con la formulación de la doctrina sobre las garantías y la protección judiciales. Estos preceptos cubren toda situación en que se torna necesario determinar el contenido y ámbito de los derechos de una persona bajo la jurisdicción de un Estado parte, ya sea en materia penal, administrativa, tributaria, laboral, familiar, contractual o de cualquier otro tipo. Alcanzan, también, a todos los no ciudadanos, independientemente de su status jurídico (es decir, por ejemplo, a los migrantes de un país a otro; a los trabajadores ocasionales; al refugiado; etc.).

En ocasiones, el debido proceso necesita implementar garantías coyunturales o de circunstancia, como cuando en un Estado se padecen situaciones graves de inseguridad personal o jurídica, de modo tal que la cobertura de los derechos que allí se declaman, en realidad son una formalidad hipócrita.

Esta estipulación deriva en parte de la propia naturaleza y funciones de las protecciones procesales, que en toda instancia deben estar regidas por el principio de justicia y en esencia deben estar destinadas a proteger, asegurar y afirmar el goce o el ejercicio de un derecho. Ello incluye reconocer y corregir toda desventaja real que las personas afectadas en los procedimientos puedan tener y observar en ello el principio de igualdad ante la ley y el corolario que prohíbe todo tipo de discriminación.

> En la *Opinión Consultiva 16/99* del 1º de octubre, la Corte sostuvo que, para que exista "debido proceso legal" es preciso que un justiciable pueda hacer valer sus derechos y defender sus intereses en forma efectiva y en condiciones de igualdad procesal con otros justiciables. Al efecto, es útil recordar que el proceso es un medio para asegurar, en la mayor medida posible, la solución justa de una controversia. A ese fin atiende el conjunto de actos de diversas características generalmente reunidos bajo el concepto de debido proceso legal.
>
> El desarrollo histórico del proceso, consecuente con la protección del individuo y la realización de la justicia, ha traído consigo la incorporación de nuevos derechos procesales.
>
> Son ejemplo de este carácter evolutivo del proceso los derechos a no autoincriminarse y a declarar en presencia de abogado, que hoy día figuran en la legislación y en la jurisprudencia de los sistemas jurídicos más avanzados.

> Es así como se ha establecido, en forma progresiva, el aparato de las garantías judiciales que recoge el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, al que pueden y deben agregarse, bajo el mismo concepto, otras garantías aportadas por diversos instrumentos del Derecho Internacional.

En el ya citado informe sobre "*Terrorismo y Derechos Humanos*" se afirma que la posible necesidad de protecciones procesales adicionales está ilustrada, con particular claridad, en los procedimientos que involucran a ciudadanos extranjeros. Por ejemplo, en la esfera penal, debe prestarse especial atención a la vulnerabilidad de la persona que enfrenta un proceso penal en un país que no es el suyo.

En primer lugar, es esencial que la persona comprenda los cargos que se le imputan y toda la gama de derechos procesales disponibles. Para ello, es primordial la traducción y explicación de todos los conceptos jurídicos en el idioma del inculpado, y ello debe ser financiado por el Estado, si es necesario.

Además, en el contexto de procedimientos contra ciudadanos extranjeros que puedan culminar en la pena capital, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha llegado a la conclusión de que el cumplimiento de los requisitos de notificación consular, dispuesto en el artículo 36 del Convenio de Viena sobre Relaciones Consulares, constituye una garantía adicional de las normas del debido proceso.

> Nos referimos a la *OC 16/99* donde queda dicho que, para alcanzar sus objetivos, el proceso debe reconocer y resolver los factores de desigualdad real de quienes son llevados ante la justicia. Es así como se atiende el principio de igualdad ante la ley y los tribunales y a la correlativa prohibición de discriminación. La presencia de condiciones de desigualdad real obliga a adoptar medidas de compensación que contribuyan a reducir o eliminar los obstáculos y deficiencias que impidan o reduzcan la defensa eficaz de los propios intereses. Si no existieran esos medios de compensación, ampliamente reconocidos en diversas vertientes del procedimiento, difícilmente se podría decir que quienes se encuentran en condiciones de desventaja disfrutan de un verdadero acceso a la justicia y se benefician de un debido proceso legal en condiciones de igualdad con quienes no afrontan esas desventajas.
>
> Por ello se provee de traductor a quien desconoce el idioma en que se desarrolla el procedimiento, y también por eso mismo se atribuye al extranjero el derecho a ser informado oportunamente de que puede contar con la asistencia consular. Estos son medios para que los inculpados puedan hacer pleno uso de otros derechos que la ley reconoce a todas las personas. Aquellos y éstos, indisolublemente vinculados entre sí, forman el conjunto de las garantías procesales y concurren a integrar el debido proceso legal.
>
> En el caso al que se refiere la presente Opinión Consultiva, ha de tomarse en cuenta la situación real que guardan los extranjeros que se ven sujetos a un procedimiento penal, del que dependen sus bienes jurídicos más valiosos y, eventualmente, su vida misma. Es evidente que, en tales circunstancias, la notificación del derecho a comunicarse con el representante consular de su país, contribuirá a mejorar considerablemente sus posibilidades de defensa y a que los actos procesales en los que interviene -y entre ellos los correspondientes a diligencias de policía- se realicen con mayor apego a la ley y respeto a la dignidad de las personas.

Se reconoce ampliamente que las protecciones indicadas en esta disposición son pertinentes al debido proceso y a otros derechos de los detenidos, puesto que, por ejemplo, establecen una posible asistencia con varias medidas de defensa, tales como la representación legal, la reunión de pruebas en el país de origen, la verificación de las condiciones en que se brinda la asistencia legal y la observación de las condiciones en que se mantiene al acusado cuando se encuentra en prisión.

Además, la Comisión ha concluido en el contexto de los procedimientos de deportación contra extranjeros, que las personas afectadas deben tener derecho a ser oídos y deben tener una oportunidad adecuada para ejercer su derecho de defensa. Si bien esto puede no exigir la presencia de todas las garantías requeridas para un juez justo en la esfera penal, debe otorgarse un umbral mínimo de garantías del debido proceso.

En tal aspecto se entiende que la garantía incluye el derecho a la asistencia de un abogado, si así lo desean, o de un representante en el que confíen, con suficiente tiempo para determinar los cargos que se le imputan, un plazo razonable para preparar y formalizar una respuesta y procurar y aducir pruebas en su defensa[35].

También pertinentes a las garantías del debido proceso de los extranjeros, son los procedimientos para la determinación del status de refugiado o asilado.

> A este respecto, la Comisión ha interpretado el derecho a pedir asilo establecido en el artículo XXVII de la Declaración Americana y artículo 22.7) de la Convención Americana, a la luz de las protecciones procesales en que se funda la Convención de la ONU de 1951 en relación con el Estatuto de Refugiado y el Protocolo Adicional, en el sentido de que exige que los Estados otorguen a quienes busquen asilo una audiencia justa para determinar si satisfacen los criterios de la Convención sobre Refugiados, particularmente cuando pueda involucrar a las disposiciones sobre *non-refoulement* de la Convención sobre Refugiados, la Convención Americana o la Convención Interamericana sobre la Tortura.

6. El recurso sencillo y eficaz ¿es el debido proceso?

En la *Opinión Consultiva 9/87* del 6 de octubre de 1987, la Corte afirma que el artículo 25.1 de la Convención es una disposición de carácter general que recoge la institución procesal del amparo, como procedimiento sencillo y breve que tiene por objeto la tutela de los derechos fundamentales (*El habeas corpus bajo suspensión de garantías, supra 16, párr. 32*).

Relaciona el derecho al debido proceso con las vías procesales que lo caracterizan y propician como recurso sencillo y breve. Establece dicho artículo, igualmente, en términos amplios, la obligación a cargo de los Estados de ofrecer, a todas las personas sometidas a su jurisdicción, un recurso judicial efectivo contra actos violatorios de sus derechos fundamentales. Dispone, además, que la garantía allí consagrada se aplica no sólo respecto de los derechos contenidos en la Convención, sino también de aquellos que estén reconocidos por la Constitución o por la ley. De donde se concluye, *a fortiori,* que el régimen de protección judicial dispuesto por el artículo 25 de la Convención es aplicable a los derechos no susceptibles de suspensión en estado de emergencia.

---

[35] Caso de *Loren Laroye Riebe Star* y otros, nota 546 *supra*, párrs. 70, 71. Véase también Convención Americana sobre Derechos Humanos, nota 61 *supra*, artículo 22(6) ("*El extranjero que se halle legalmente en el territorio de un Estado parte en la presente Convención, sólo podrá ser expulsado de él en cumplimiento de una decisión adoptada conforme a la ley*."); Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, nota 66 *supra*, artículo 13 ("*El extranjero que se halle legalmente en el territorio de un Estado Parte en el presente Pacto sólo podrá ser expulsado de él en cumplimiento de una decisión adoptada conforme a la ley; y, a menos que razones imperiosas de seguridad nacional se opongan a ello, se permitirá a tal extranjero exponer las razones que lo asistan en contra de su expulsión, así como someter su caso a revisión ante la autoridad competente o bien ante la persona o personas designadas especialmente por dicha autoridad competente, y hacerse representar con tal fin ante ellas*").

El artículo 25.1 incorpora el principio, reconocido en el derecho internacional de los derechos humanos, de la efectividad de los instrumentos o medios procesales destinados a garantizar tales derechos.

> La Corte había señalado que, los Estados Partes se obligan a suministrar recursos judiciales efectivos a las víctimas de violación de los derechos humanos (art. 25), recursos que deben ser sustanciados de conformidad con las reglas del debido proceso legal (art. 8.1), todo ello dentro de la obligación general a cargo de los mismos Estados, de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos por la Convención a toda persona que se encuentre bajo su jurisdicción (*Casos Velásquez Rodríguez, Fairén Garbi y Solís Corrales y Godínez Cruz, Excepciones Preliminares*, Sentencias del 26 de junio de 1987, párrs. 90, 90 y 92, respectivamente).

Según este principio, la inexistencia de un recurso efectivo contra las violaciones a los derechos reconocidos por la Convención constituye una trasgresión de la misma por el Estado Parte en el cual semejante situación tenga lugar.

En ese sentido debe subrayarse que, para que tal recurso exista, no basta con que esté previsto por la Constitución o la ley o con que sea formalmente admisible, sino que se requiere que sea realmente idóneo para establecer si se ha incurrido en una violación a los derechos humanos y proveer lo necesario para remediarla.

No pueden considerarse efectivos aquellos recursos que, por las condiciones generales del país o incluso por las circunstancias particulares de un caso dado, resulten ilusorios. Ello puede ocurrir, por ejemplo, cuando su inutilidad haya quedado demostrada por la práctica, porque el Poder Judicial carezca de la independencia necesaria para decidir con imparcialidad o porque falten los medios para ejecutar sus decisiones; por cualquier otra situación que configure un cuadro de denegación de justicia, como sucede cuando se incurre en retardo injustificado en la decisión; o, por cualquier motivo, no se permita al presunto lesionado el acceso al recurso judicial.

Este artículo, cuya interpretación fue solicitada expresamente, es denominado por la Convención "*Garantías Judiciales*", lo cual puede inducir a confusión porque en ella no se consagra un medio de esa naturaleza en sentido estricto. En efecto, el artículo 8 no contiene un recurso judicial propiamente dicho, sino el conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales para que pueda hablarse de verdaderas y propias garantías judiciales según la Convención.

El llamado "debido proceso legal", abarca las condiciones que deben cumplirse para asegurar la adecuada defensa de aquellos cuyos derechos u obligaciones están bajo consideración judicial. Esta conclusión se confirma con el sentido que el artículo 46.2.a) da a esa misma expresión, al establecer que el deber de interponer y agotar los recursos de jurisdicción interna, no es aplicable cuando, *no exista en la legislación interna del Estado de que se trata el debido proceso legal para la protección del derecho o derechos que se alega han sido violados.*

Relacionado el artículo 8 con los artículos 7.6, 25 y 27.2 de la Convención, se concluye que los principios del debido proceso legal no pueden suspenderse con motivo de las situaciones de excepción en cuanto constituyen condiciones necesarias para que los instrumentos procesales, regulados por la Convención, puedan considerarse como garantías judiciales. Esta conclusión es aún más evidente respecto del hábeas corpus y del amparo, a los que la Corte se referirá en seguida y que tienen el carácter de

indispensables para tutelar los derechos humanos que no pueden ser objeto de suspensión.

7. El "debido proceso" en la jurisprudencia contenciosa de la Corte IDH

La Corte Interamericana ha evolucionado el concepto de "debido proceso", evitando acotarlo a los procesos penales, aunque es cierto que la mayor cantidad de casos contenciosos en los que se expide, tienen relación con ellos.

Desde los primeros casos (*Velásquez Rodríguez, Fairen Garbi* y *Godínez Cruz*) se advirtió la necesidad de adoptar por los Estados parte, un criterio tendiente a darle operatividad inmediata a las normas del Pacto, evitando egoísmos y retaceos en su práctica.

Sostuvo Cançado Trindade, en una intervención en los debates del 12 de marzo de 1986 de la Conferencia de Viena sobre Derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales (que reproduce en su voto razonado del *Caso Blake* del 28 de enero de 1998), que se deben señalar confusiones y advertir para la manifiesta incompatibilidad con el concepto de *ius cogens* de la concepción voluntarista del derecho internacional, la cual no es capaz siquiera de explicar la formación de reglas del derecho internacional general.

> Urge que la doctrina contemporánea dedique mayor atención a un fenómeno curioso, con importantes implicaciones jurídicas: mientras el derecho de los tratados sigue condicionado por las manifestaciones de la concepción voluntarista del derecho internacional, el derecho consuetudinario se muestra mucho menos vulnerable a ésta. Siendo así, no sería posible, por ejemplo, hablar de limitaciones *ratione temporis* de la competencia de un tribunal internacional (tal como la planteada en el caso Blake) en relación con normas del derecho internacional general. Tampoco sería posible hablar de resalvas o reservas a normas consuetudinarias. La *opinio juris sive necessitatis* (elemento subjetivo de la costumbre), como manifestación de la conciencia jurídica internacional, revela hoy día mucho más vigor que los postulados seculares del derecho de los tratados, cuando se trata de establecer nuevos regímenes jurídicos de protección del ser humano contra violaciones particularmente graves de sus derechos[36].
>
> Transcurrido medio siglo desde la adopción de las Declaraciones Americana y Universal de Derechos Humanos, y después de tantos años de operación continuada de los sistemas existentes de protección internacional de los derechos humanos, ¿qué más espera la jurisprudencia internacional contemporánea para desarrollar el contenido y los efectos jurídicos de las obligaciones *erga omnes* en el presente dominio? Entre los elementos a ser tomados en cuenta, desde el inicio, están la aplicabilidad directa de las normas internacionales de protección en el ámbito del derecho interno de los Estados, y la adopción de medios que aseguren la fiel ejecución de las sentencias de los tribunales internacionales de derechos humanos existentes (las Cortes Interamericana y Europea de Derechos Humanos)[37].

La jurisprudencia, entonces, parte del entendimiento que cada Estado tiene un deber de cumplimiento, y que ese deber supone acciones positivas, donde las omisiones son causales de responsabilidad (por ejemplo, no investigar adecuada o plenamente una causa), tanto como lo constituyen las violaciones a los principios que, sin enumerar, va indicando sucesivamente.

---

[36] Cançado Trindade, ob. cit., passim.

[37] Ibídem.

CAPÍTULO II

LA DEFENSA EN JUICIO DEL ARTÍCULO 18 DE LA CONSTITUCIÓN NACIONAL

Sumario: 1. Antecedentes constitucionales; 2. Contenidos del artículo 18 CN: *2.1 Derecho al juez natural; 2.2 Presunción de inocencia; 2.3 El derecho de defensa "lato sensu"; 2.4 Prueba ilícita y castigos abolidos; 2.5 Las cárceles no serán para castigo;* 3. La defensa en juicio en la jurisprudencia de la Corte IDH.

1. Antecedentes constitucionales

En el artículo 18 constitucional se encuentran varios principios que funcionan como garantías necesarias para cumplir con el debido proceso. Muy pocas de ellas están previstas para todo los tipos de procedimientos, al punto que muchas veces se ha interpretado que la norma solo atiende el *derecho de defensa en juicio.*

En la redacción se considera especialmente el derecho de toda persona para que se respeten sus derechos legales a ser oído y hacer valer sus pretensiones ante la ley. Cuando se refiere al proceso penal, los derechos se vuelcan en garantías o mínimos inderogables, de modo que no es el artículo 18 de la Constitución Nacional argentina el molde donde volcar los contenidos del debido proceso.

> Ferrajoli[38] lo define en términos de racionalidad en la persecución penal, es decir, a cuáles son las condiciones de tiempo y forma para juzgar. Cuando señala que el derecho y la razón se vinculan en un sistema de garantías, admite que para el derecho penal es obligatoria la recepción de los principios de jurisdiccionalidad (*nulla culpa sine iudicio*), acusatorio (*nullum iudicium sine accusatione*), carga de la prueba (*nulla accusatio siene probatione*) y del contradictorio o de la defensa (*nulla probatio sine defensione*) […].
>
> Existe en el autor una teoría que supera el naturalismo dogmático de otros tiempos, según el cual toda persona se defiende cuando es atacada y el juez no interviene más que para juzgar el desvío probado de las conductas. Por eso en otra obra afirma que […]: "Una refundación del Estado social sobre la base de los principios de sujeción a la ley, igualdad de los ciudadanos e inmunidad de éstos frente a la arbitrariedad, requeriría la distribución de sus prestaciones según la lógica universalista de las garantías de los derechos sociales en vez de intervenciones discrecionales y selectivas de tipo burocrático. El ejemplo paradigmático, en esta dirección, es la de la satisfacción *ex lego*, en forma universal y generalizada, de los derechos a la subsistencia y a la asistencia mediante la atribución de una renta mínima garantizada a todos a partir de la mayoría de edad".[39]

Este marco, de por sí, acota la misión constitucional del debido proceso y supone correr el riesgo de quedar aventurado en los principios que cada magistrado aplique al intervenir en una causa (v.gr.: ¿qué es más importante: asegurar la libertad individual actuando la presunción de inocencia; o afianzar la seguridad jurídica deteniendo y privando de libertad al sospechoso?).

---

[38] Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón*, Trotta, Madrid, 2001, p. 851.

[39] Ferrajoli, Luigi, "*Pasado y futuro del Estado de derecho*", en Carbonell, Miguel, *Neoconstitucionalismo*, Trotta, Madrid, 2005, ps. 13-30.

Es tan difícil sostener al artículo 18 como columna del debido proceso, que otros observan únicamente el derecho de defensa, como un modelo de limitación al poder jurisdiccional. La idea sostiene el derecho a ser oído y contar con asistencia letrada, porque de este modo queda amparado el derecho de defensa en juicio que se erige como una limitación al poder del Estado, en tanto su objeto es proteger al individuo sometido a una persecución penal del eventual uso arbitrario de esa facultad estatal. En un Estado de Derecho, sólo resulta válido enjuiciar y penar a ciudadanos, en tanto estos tengan una verdadera oportunidad de controvertir la imputación que los agentes oficiales sostengan en su perjuicio[40].

Ahora bien, cada uno de esos mínimos previstos para garantizar el debido enjuiciamiento penal, responde y se ajusta a lo previsto en el artículo 8 de la CADH, lo cual no puede sorprendernos desde que la Constitución Nacional es del siglo XIX y el Pacto de San José de Costa Rica consideró el poco avance logrado en varios siglos acerca de las libertades fundamentales del hombre.

Estos nuevos contenidos se expresan partiendo del derecho de defensa, en cuya lectura es preciso interpretar que […]

> El derecho a la defensa es un componente central del debido proceso que obliga al Estado a tratar al individuo en todo momento como un verdadero sujeto del proceso, en el más amplio sentido de este concepto, y no simplemente como objeto del mismo[41]. El derecho a la defensa debe necesariamente poder ejercerse desde que se señala a una persona como posible autor o partícipe de un hecho punible y sólo culmina cuando finaliza el proceso, incluyendo, en su caso, la etapa de ejecución de la pena[42]. El derecho a la defensa se proyecta en dos facetas dentro del proceso penal: por un lado, a través de los propios actos del inculpado, siendo su exponente central la posibilidad de rendir una declaración libre sobre los hechos que se le atribuyen y, por el otro, por medio de la defensa técnica, ejercida por un profesional del Derecho, quien cumple la función de asesorar al investigado sobre sus deberes y derechos y ejecuta, *inter alia*, un control crítico y de legalidad en la producción de pruebas[43]. La Convención Americana rodea de garantías específicas el ejercicio tanto del derecho de defensa material, por ejemplo a través del derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo (artículo 8.2.g) o las condiciones bajo las cuales una confesión pudiera ser válida (artículo 8.3), como de la defensa técnica, en los términos que se desarrollarán a continuación.
>
> Dentro de este último ámbito, que es el que interesa en el presente caso, los literales d) y e) del artículo 8.2 expresan, dentro del catálogo de garantías mínimas en materia penal, que el inculpado tiene derecho de "*defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección"* y que si no lo hiciere tiene el "*derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna"*.

Desde el derecho de defensa se fueron progresivamente aumentando las garantías. La Corte IDH ha señalado que el derecho al debido proceso se refiere al

---

[40] Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), *"Acceso a la justicia e independencia de la Defensa Pública",* declaración que plantea una reforma de la ley del Ministerio Público (nº 12.061) que garantice la autonomía de la Defensa Oficial.

[41] Cfr. *Caso Barreto Leiva vs. Venezuela. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 17 de noviembre de 2009. Serie C Nº 206, párr. 29, y *Caso Argüelles y otros vs. Argentina, supra*, párr. 175.

[42] Cfr. *Caso Barreto Leiva vs. Venezuela*, supra, párr. 29, y *Caso Argüelles y otros vs. Argentina, supra*, párr. 175.

[43] Cfr. *Caso Barreto Leiva vs. Venezuela*, supra, párr. 61, y *Caso Argüelles y otros vs. Argentina, supra*, párr. 177.

conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales a efectos de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier acto del Estado, adoptado por cualquier autoridad pública, sea administrativa, legislativa o judicial, que pueda afectarlos[44].

> El debido proceso se encuentra, a su vez, íntimamente ligado con la noción de justicia[45], que se refleja en:
>
> *a)* Un acceso a la justicia no sólo formal, sino que reconozca y resuelva los factores de desigualdad real de los justiciables,
>
> *b)* el desarrollo de un juicio justo, y
>
> *c)* la resolución de las controversias de forma tal que la decisión adoptada se acerque al mayor nivel de corrección del derecho, es decir que se asegure, en la mayor medida posible, su solución justa[46].

2. Contenidos del artículo 18, CN

El mentado artículo 18 dice […]

> *Artículo 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. El domicilio es inviolable, como también la correspondencia epistolar y los papeles privados; y una ley determinará en qué casos y con qué justificativos podrá procederse a su allanamiento y ocupación. Quedan abolidos para siempre la pena de muerte por causas políticas, toda especie de tormento y los azotes. Las cárceles de la Nación serán sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ellas, y toda medida que a pretexto de precaución conduzca a mortificarlos más allá de lo que aquélla exija, hará responsable al juez que la autorice.

Varios son los componentes de este cuadro de garantías, comienza con el *principio de legalidad* según el cual no puede haber penas si no existe una ley que las imponga y un juez que la aplique después de haber juzgado la conducta punible.

Es al mismo tiempo una garantía de certeza y seguridad, porque no hay posibilidad de imponer castigos no contemplados (*nulla poena sine lege previa*), ni de sancionar comportamientos que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, pues en su caso, dice el artículo 19 constitucional, están solo reservados a Dios y exentas de la autoridad de los Magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la Ley, ni privado de lo que ella no prohíbe.

---

[44] Cfr. *Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú*. *Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 31 de enero de 2001. Serie C Nº 71, párr. 69, y *Caso de Personas Dominicanas y Haitianas Expulsadas vs. República Dominicana, supra***,** párr. 349.

[45] Cfr. El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal. Opinión Consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999. Serie A Nº 16, párr. 117, y *Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional*. Opinión Consultiva OC-21/14 de 19 de agosto de 2014. Serie A Nº 21, párr. 109.

[46] Cfr. *Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional*. Opinión Consultiva OC-21/14, *supra,* párr. 109.

Ambos principios (legalidad y reserva) configuraban manifestaciones dirigidas a cubrir espacios diferentes aunque sean complementarios. En efecto, mientras la *legalidad* opera directamente para las conductas punibles, el de *reserva* tiene mayor cobertura pues se aplica a cualquier disposición de anterioridad que tenga facultad de "obligar" o de "privar".

2.1 Derecho al juez natural

Se denomina juez natural al que tiene función jurisdiccional y competencia para entender en una causa, en forma anterior a los hechos investigados. Es una garantía histórica y está proclamada también en la Convención Americana de Derechos Humanos (art. 8 inciso 1), y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 14 inciso 1).

En Europa suele llamarse "juez predeterminado por la ley", no siendo distinto el objeto previsto; vale decir que tienden a evitar la creación de organismos ad-hoc, o ex post facto (después del hecho), o de generar tribunales especiales para juzgar determinados hechos o a determinadas personas, sin la generalidad y permanencia propias de los tribunales judiciales[47].

> La nota al pie es una atinada observación que en otros países se reuelve de forma discutible, al asignar tribunales especiales para juzgar delitos de lesa humanidad cometidos por gobiernos militares que actuaron sin el amparo de la Constitución Nacional y en contra de ella. En Argentina, la competencia para juzgar delitos donde los imputados pertenecieran a las fuerzas armadas, le correspondía al consejo Supremo de las Fuerzas Armadas de acuerdo con lo establecido en el art. 122, inc. 1 del Código de Justicia Militar. Sin embargo, en el año 1984, y recuperada la democracia, se sanciona la ley 23.094 que reformó el código de justicia militar, quitándole dicho juzgamiento para dejarle solamente jurisdicción en materia propia de las fuerzas (abandono de guardia, insubordinación; falta de respeto, sanciones disciplinarias, etc). Lo ordinario paso a tribunales civiles creando así una suerte de colisión de principios legales con los constitucionales.

---

[47] "El derecho al juez natural es un concepto que se ha venido desarrollando desde hace siglos en el derecho interno para finalmente ser recogido en el derecho internacional como un derecho humano fundamental. Recordemos que los derechos humanos constituyen un concepto propio del derecho internacional contemporáneo. Su origen se remonta a 1945, cuando la comunidad internacional en su conjunto decide crear la Organización de las Naciones Unidas, a través de la Carta de las Naciones Unidas, donde por vez primera reafirman *la fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana, en la igualdad de derechos de hombres y mujeres y de las naciones grandes y pequeñas.* Desde entonces el desarrollo de los derechos humanos ha sido ingente tanto en el ámbito universal como regional.

"Los Estados Partes de los distintos instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos, tanto universales como regionales, se comprometen a reconocer y proteger cada uno de los derechos en ellos recogidos, y si es necesario adecuar su derecho interno a las exigencias del derecho internacional. Colombia, como Estado partes del Sistema Universal e Interamericano de protección de los derechos humanos, ha dado pleno cumplimiento a la incorporación de los derechos reconocidos en el ámbito internacional en su derecho interno tal y como se desprende de su Constitución. De este modo se obliga a reconocer y proteger los derechos humanos a todos aquellos que se encuentran bajo su jurisdicción. Sin embargo, en los últimos tiempos, específicamente a finales del año 2012, paradójicamente como consecuencia del conflicto armado ha adoptado el Acto Legislativo Nº 2 de 27 de diciembre de 2012 mediante el cual reforma los arts. 116, 152 y 221 de la Constitución Política de Colombia, y procede a la ampliación de la jurisdicción de los tribunales militares, lo que puede atentar contra el derecho al juez natural" (Quispe Ramón, Florabel, "*El derecho al juez natural –como derecho humano- y los tribunales militares en Colombia",* Eunomia, Revista en Cultura de la Legalidad, Nº 5 setiembre 2013, ps. 116-138).

La observación hecha respecto al pasado histórico de enjuiciar fuera de los tribunales militares a los funcionarios de dictaduras que actuaron en delitos de lesa humanidad, si bien puede poner en duda la garantía del juez natural, no es tan así, pues los derechos de las personas no tienen ni deben someterse al rigorismo de la disciplina militar, ya que no tienen, *prima facie*, deberes legales en relación con el servicio castrense ni con las órdenes del mando militar.

> El Congreso por ley 23.049, promulgada el 13 de febrero de 1984, ha reformado las disposiciones del Código de Justicia Militar, restringiendo para el futuro la competencia de los órganos jurisdiccionales castrenses y estableciendo un recurso de apelación amplio dirigido a permitir que la Justicia Civil revise las decisiones adoptadas por aquellos y con el propósito de resguardar la garantía del juez natural consagrada por el art. 18 de la Constitución, estableció en su art. 10 que el Consejo Supremo de las Fuerzas Armadas conocerá de los delitos cometidos con anterioridad a la vigencia de ella siempre que "resulten imputables al personal militar de las Fuerzas Armadas... que actuó desde el 24 de marzo de 1976 hasta el 26 de Septiembre de 1983 en las operaciones emprendidas con el motivo alegado de reprimir el terrorismo y estuviesen previstos en el Código Penal y las leyes complementarias comprendidas en los incs. 2°, 3°, 4° ó 5° del art. 108 del Cód. de Justicia Militar en su anterior redacción" y se ha establecido la procedencia de un recurso ante la Cámara Federal de Apelaciones que corresponda (CS, 21 de junio de 1984, "*Bignone, Reynaldo A.*", La Ley, 1984-C, 258 - JA, 984-III-162 - ED del 27/7/84, p. 4).

La extensión de la competencia de los sistemas de justicia militar a civiles es, por tanto, al menos contraintuitivo[48].

> Otra dimensión –dice Contreras- se define por el déficit de garantías del debido proceso ante los tribunales militares. Las reglas especiales y distintas del proceso penal común ponen en cuestionamiento la igualdad en la aplicación de la ley entre ciudadanos y personal militar, quienes, a su vez, son ciudadanos en uniforme. Finalmente, existe un conflicto entre la estructura orgánica de los tribunales y los mecanismos para asegurar un juicio independiente e imparcial. Una vez que se acepta la posibilidad de un sistema penal paralelo con notas castrenses, la dificultad reside en los déficits de independencia e imparcialidad del Poder Ejecutivo[49].

En suma, de lo que se trata es de poner un reaseguro a la imparcialidad para juzgar, porqué en tribunales donde se califica a colegas surge cierta simetría con cuanto sucede en el ámbito administrativo, donde la administración es juez y parte, lo que la obliga a instar el procedimiento, verificar la verdad real de los hechos, y resolver el caso.

La Corte IDH tardó un tiempo en resolver la interpretación del artículo 8 de la CADH en orden a establecer quien es juez natural en el juzgamiento de delitos de lesa humanidad. La demora significó que los Estados parte modificaron sus legislaciones de justicia militar, pero cuando se define el contenido de las obligaciones de independencia e imparcialidad, no fueron desatinadas ni menos aún inapropiadas con lo que se había resuelto para el derecho interno.

La Corte IDH se apartó el modelo europeo. La justicia militar quedó para lo objetivo que debe cumplir un tribunal especial, es decir, velar por la integridad de la institución y el respeto de sus agentes a la misión a observar. Si hubiera delitos

---

[48] Contreras, Pablo, *Independencia e imparcialidad en sistemas de justicia militar. Estándares internacionales comparados*. Estudios Constitucionales, Año 9, Nº 2, Santiago (Chile), 2011, ps. 191-248.

[49] Ibídem, p. 199.

ordinarios la competencia se desplaza a la jurisdicción civil, por ejemplo, el terrorismo, o serias violaciones a los derechos humanos, como la desaparición forzada de personas.

El segundo criterio es de naturaleza subjetiva: la Corte IDH ha interpretado que los civiles no pueden ser juzgados ante tribunales militares, sin excepción alguna. El estándar de la Corte IDH no admite puntos intermedios. Para ello, requiere que la definición de los delitos militares consigne claramente la conducta y el sujeto activo de la acción u omisión. Asimismo, define el concepto de "civil" en términos negativos: todo aquel que es personal militar en servicio activo. Esta definición excluye a ex uniformados y a empleados civiles[50].

Con afán de síntesis, este problema fue advertido por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Comisión IDH) que señaló especialmente que la actuación de la justicia penal militar constituye una violación de los artículos 8 y 25 de la Convención Americana, ya que no cumple con los estándares del sistema interamericano respecto a casos que involucran violaciones a derechos humanos, principalmente por lo que se refiere al principio de tribunal competente.

Por eso, en la causa *Radilla Pacheco vs. México* la Corte IDH dijo […]

> 114. El Tribunal considera pertinente señalar que reiteradamente ha establecido que la jurisdicción penal militar en los Estados democráticos, en tiempos de paz, ha tendido a reducirse e incluso a desaparecer, por lo cual, en caso de que un Estado la conserve, su utilización debe ser mínima, según sea estrictamente necesario, y debe encontrarse inspirada en los principios y garantías que rigen el derecho penal moderno. En un Estado democrático de derecho, la jurisdicción penal militar ha de tener un alcance restrictivo y excepcional y estar encaminada a la protección de intereses jurídicos especiales, vinculados a las funciones propias de las fuerzas militares. Por ello, el Tribunal ha señalado anteriormente que en el fuero militar sólo se debe juzgar a militares activos por la comisión de delitos o faltas que por su propia naturaleza atenten contra bienes jurídicos propios del orden militar[51].
>
> 115. Asimismo, esta Corte ha establecido que, tomando en cuenta la naturaleza del crimen y el bien jurídico lesionado, la jurisdicción penal militar no es el fuero competente para investigar y, en su caso, juzgar y sancionar a los autores de violaciones de derechos humanos[52] sino que el procesamiento de los responsables corresponde siempre a la justicia ordinaria[53]. En tal sentido, la Corte en múltiples ocasiones ha indicado que "[c]uando la

---

[50] Contreras, ob. cit., p. 233.

[51] Cfr. *Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú, supra* nota 54, párr. 128; *Caso Durand y Ugarte vs. Perú. Fondo.* Sentencia de 16 de agosto de 2000. Serie CvNº 68, párr. 117; *Caso Cantoral Benavides vs. Perú. Fondo.* Sentencia de 18 de agosto de 2000. Serie C Nº 69, párr. 112; *Caso Las Palmeras vs. Colombia. Fondo.* Sentencia de 6 de diciembre de 2001. Serie C Nº 90, párr. 51; *Caso 19 Comerciantes vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de julio de 2004. Serie C Nº 109, párr. 165; *Caso Lori Berenson Mejía Vs. Perú, supra* nota 54, párr. 142; *Caso de la Masacre de Mapiripán vs. Colombia, supra* nota 129, párr. 202; *Caso Palamara Iribarne vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C Nº 135, párrs. 124 y 132; *Caso de la Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia, supra* nota 133, párr. 189; *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile, supra* nota 19, párr. 131; *Caso La Cantuta vs. Perú, supra* nota 51, párr. 142; *Caso de la Masacre de la Rochela vs. Colombia, supra* nota 83, párr. 200; *Caso Escué Zapata vs. Colombia, supra* nota 56, párr. 105, y *Caso Tiu Tojín vs. Guatemala, supra* nota 24, párr. 118.

[52] Cfr. *Caso de la Masacre de la Rochela vs. Colombia*, supra nota 83, párr. 200, y *Caso Escué Zapata vs. Colombia*, supra nota 56, párr. 105.

[53] Cfr. *Caso Durand y Ugarte vs. Perú*, supra nota 274, párr. 118; *Caso La Cantuta vs. Perú*, supra nota 51, párr. 142; y, *Caso de la Masacre de la Rochela vs. Colombia*, supra nota 83, párr. 200.

> justicia militar asume competencia sobre un asunto que debe conocer la justicia ordinaria, se ve afectado el derecho al juez natural y, *a fortiori*, el debido proceso", el cual, a su vez, se encuentra íntimamente ligado al propio derecho de acceso a la justicia[54]. El juez encargado del conocimiento de una causa debe ser competente, además de independiente e imparcial[55].
>
> 114. En consecuencia, tomando en cuenta la jurisprudencia constante de este Tribunal (*supra* párrs. 272 y 273), debe concluirse que si los actos delictivos cometidos por una persona que ostente la calidad de militar en activo no afectan los bienes jurídicos de la esfera castrense, dicha persona debe ser siempre juzgada por tribunales ordinarios. En este sentido, frente a situaciones que vulneren derechos humanos de civiles bajo ninguna circunstancia puede operar la jurisdicción militar.
>
> 115. La Corte destaca que cuando los tribunales militares conocen de actos constitutivos de violaciones a derechos humanos en contra de civiles ejercen jurisdicción no solamente respecto del imputado, el cual necesariamente debe ser una persona con status de militar en situación de actividad, sino también sobre la víctima civil, quien tiene derecho a participar en el proceso penal no sólo para efectos de la respectiva reparación del daño sino también para hacer efectivos sus derechos a la verdad y a la justicia (*supra* párr. 247). En tal sentido, las víctimas de violaciones a derechos humanos y sus familiares tienen derecho a que tales violaciones sean conocidas y resueltas por un tribunal competente, de conformidad con el debido proceso y el acceso a la justicia. La importancia del sujeto pasivo trasciende la esfera del ámbito militar, ya que se encuentran involucrados bienes jurídicos propios del régimen ordinario[56].

Desde otra perspectiva, la garantía del juez natural destaca la preocupación manifiesta de adoptar la guía americana que sostiene, que nadie puede quedar privado de la vida, su propiedad o libertad sin ser oído en un proceso, y con jueces competentes (es decir, con plenitud para el ejercicio de la función jurisdiccional) e imparciales.

En la jurisprudencia local se ha dicho que […]

> El acatamiento por parte de los jueces del mandato constitucional del art. 18 CN no puede reducirse a disponer el procesamiento y castigo de los eventuales responsables de los apremios, porque otorgar valor al resultado de su delito y apoyar sobre él una sentencia judicial, no sólo es contradictorio con el reproche formulado, sino que compromete la buena administración de justicia al pretender constituirla en beneficiaria del hecho ilícito (CS, "*Montenegro*", Fallos 303:1938).
>
> Debe conocer en el concurso preventivo el juez de la jurisdicción donde el concursado tiene la administración de sus negocios, sus establecimientos comerciales y su domicilio real, si el supuesto domicilio o sede de administración invocado era ficticio, con el objeto de alejar la causa de su competencia natural y burlar la acción de sus acreedores (CS, 19 de octubre de 1995, "*Banco de la Provincia de Río Negro c. Otero, Eduardo A. s/ped. de quiebra*", La Ley, 1996-A, 489 - DJ, 1996-1-669).
>
> Las garantías del juez natural, del debido proceso, y de la defensa en juicio exigen, tanto que el tribunal como "órgano-institución" se halle establecido por ley anterior al hecho de la causa, cuanto que haya jueces que, como "órganos-individuo", hagan viable la actuación

---

[54] Cfr. *Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú*, *supra* nota 54, párr. 128; *Caso Palamara Iribarne vs. Chile*, *supra* nota 274, párr. 143, y *Caso Tiu Tojín vs. Guatemala*, *supra* nota 24, párr. 118.

[55] Cfr. *Caso Ivcher Bronstein. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 6 de febrero de 2001. Serie C Nº 74, párr. 112; *Caso 19 Comerciantes*, supra nota 274, párr. 167, y *Caso Escué Zapata vs. Colombia*, supra nota 56, párr. 101.

[56] Cfr. Corte IDH, *Caso Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos. (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)*, sentencia de 23 de noviembre de 2009 Serie C Nº 209.

de aquél en las causas en que legalmente se le requiera y le corresponda y la falta de normas que expresamente contemplen la situación planteada, no dispensa a la Corte Suprema de arbitrarle solución, en cuanto el proceso de amparo no puede eludir la segunda instancia que se encuentra en trámite pendiente (decisión de la Corte Suprema integrada por conjueces) (CS, 18 de junio de 1985, "*Bonorino Peró, Abel y otros c. Gobierno nacional*", La Ley, 1985-D, 166 - ED, 114-275).

La excepción establecida en el art. 10 de la ley 23.049, en punto al juzgamiento por tribunales militares de los delitos comunes cometidos en el pasado por militares y miembros de las fuerzas de seguridad, tiene la finalidad de resguardar la garantía del juez natural contenida en el art. 18 de la Constitución Nacional (CS, 6 de abril de 1993, "*López Fader, Rafael F. y otro*", La Ley, 1993-D, 486 - DJ, 1993-2-710).

La competencia atribuida a la Cámara de Diputados provincial para juzgar a los miembros del Tribunal Superior de la Provincia de San Juan, en lugar del jurado integrado por tres diputados y dos jueces letrados previstos por la Constitución anterior (art. 134, Constitución de 1927), tiene su causa en la sanción de la nueva Constitución en el año 1986, por lo que no se configura la sustracción del juez natural (CS, 29 de diciembre de 1987, "*Magín Suárez, Luis*", La Ley, 1988-C, 121, con nota de Néstor Pedro Sagüés).

La disposición del art. 115 de la Constitución Nacional, que establece que el fallo del jurado de enjuiciamiento es irrecurrible, quebranta las garantías del debido proceso, la defensa en juicio y la del juez natural, violando el art. 18 de la Ley Fundamental. Ello así, pues priva, de este modo, a camaristas y jueces federales de fundamentales garantías constitucionales, en abierto y franco rechazo de la intervención de la Corte Suprema de Justicia de la Nación como custodia de las garantías constitucionales (del voto del doctor Fayt) (CS, 30 de abril de 1996, "*Nellar, Juan C.",* La Ley, 1996-D, 787, con nota de Germán J. Bidart Campos - DJ, 1996-2-879).

La garantía del juez natural no impide la inmediata vigencia de la restricción constitucional a la competencia militar derivada de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas -en el caso, sustracción de un menor-, pues la atribución de la competencia a los órganos permanentes del Poder Judicial, establecida de forma general para todos los casos de similar naturaleza, no reúne ninguna de las características de los tribunales "ex profeso" que veda el art. 18 de la Constitución Nacional (del voto del doctor Petracchi) (CS, 2 de agosto de 2000, "*Nicolaides, Cristino y otro*", La Ley, 2000-E, 556 - DJ, 2000-3-649).

Los procesos adjetivos se presumen sancionados en salvaguarda de los derechos fundamentales de los justiciables contenidos en los mandatos de la Constitución Nacional y, sobre esto, cabe señalar que la garantía del debido proceso, en la que se integra la del juez natural determinado por las normas sobre competencia, ha sido consagrada fundamentalmente en favor del acusado, motivo por el cual no es válido recurrir al argumento de la incompetencia para adoptar una decisión que importe someterlo nuevamente a juez (CS, 15 de octubre de 1998, "*Polak, Federico G.",* DJ, 1999-2-888 - JA, 1999-I-335).

Las garantías del juez natural, del debido proceso y de la defensa en juicio exigen tanto que el tribunal se halle establecido por ley anterior al hecho de la causa, cuanto que haya jueces que hagan viable la actuación de aquél en las causas en que legalmente se le requiera y le corresponda (CS, 8 de septiembre de 1992, "*Rougés, Marcos A. c. Provincia de Tucumán*", La Ley, 1993-C, 399, con nota de Carlos I. Salvadores de Arzuaga - DJ, 1993-2-717).

Cuando un juez renuncia, se jubila o muere, otro nuevo asume la función que a él correspondía y continúa conociendo en la causa iniciada con anterioridad, sin ser esta circunstancia una sustracción al juez natural (CS, 22 de abril de 1987, "*Sueldo Posleman, Mónica R. y otra*", La Ley, 1987-C, 245 - DJ, 987-2-692).

Para el cierre una proyección más, que atiende la garantía del juez natural como una cláusula que prohíbe cambios o alteraciones en la competencia del tribunal que interviene en los hechos.

En este sentido la Corte Suprema nacional sostiene que esto solamente se produce cuando la sustracción arbitraria de una causa constituye, por vía indirecta, una verdadera comisión especial disimulada[57].

Y como la Constitución Nacional también considera al juicio por jurados, la doctrina mayoritaria ha entendido que su inexistencia actual no implica una omisión legislativa inconstitucional, ni comporta un agravio concreto al supuesto derecho del enjuiciado a contar con la garantía de un jurado en el proceso penal que se tramita en su contra[58].

2.2 Presunción de inocencia

Continúa el art. 18 con las garantías propias del enjuiciamiento penal que ponen acento en la presunción de inocencia y la libertad de las personas.

En su tiempo, el estado de inocencia persiguió evitar apremios ilegales que condujeran a confesiones o admisiones forzadas. La verdad era un compromiso de la buena fe y la creencia constante de la honestidad de todas las personas. Por eso, el Fuero Juzgo sancionó la mentira en el juicio civil y toleró por omisión la obtención ilegítima de pruebas de cargo.

Es decir que la inocencia se tomó como un estado de pureza absoluta; la lectura fue ideológica: se afirmó que las personas al nacer llegan al mundo inocentes, y ese estado pervive en su existencia hasta la muerte cuando, en el sentimiento cristiano, se llega al purgatorio para redimir los pecados que lo han tornado culpable por sus actos impuros.

La aplicación al proceso penal de esta idea se transmite con igual intensidad: sólo la sentencia judicial puede variar el estado de inocencia. Y por eso, cuando el juez "absuelve", declara y confirma dicho estado de inocencia; mientras que la "condena" es constitutiva, pues a partir de ella nace un estado jurídico nuevo.

También suele considerarse a la presunción de inocencia como un factor determinante para la carga de la prueba en el proceso penal. La regla *in dubio pro reo*, supone para el juzgador la imposibilidad de condenar cuando no tiene plena convicción sobre los hechos y sus responsables; por otro lado, cuando la duda razonable (típica expresión del derecho anglosajón) se elimina con la obtención de pruebas suficientemente persuasivas para demostrar la culpabilidad, el principio deja de regir por haberse superado el estado de incertidumbre o inseguridad[59].

---

[57] Fallos, 234:482.

[58] Bidart Campos, Germán J., *Manual de la Constitución reformada*, Tomo II, Ediar, Buenos Aires, 1996, p. 302; Badeni, Gregorio, *Tratado de Derecho Constitucional*, Tomo II, La Ley, Buenos Aires, 2006 (2ª edición), p. 1144; cfr. Thea, Federico, La Ley, Suplemento Administrativo (Junio 2009), p. 11.

[59] En el caso "*Suárez Rosero*", la Corte Interamericana dijo que, en el principio de inocencia subyace el propósito de las garantías judiciales, al afirmar la idea de que una persona es inocente hasta que su culpabilidad sea demostrada. De lo dispuesto en el artículo 8.2 de la Convención se deriva la obligación estatal de no restringir la libertad del detenido más allá de los límites estrictamente necesarios para asegurar que no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones y que no eludirá la acción de la justicia, pues la prisión preventiva es una medida cautelar no punitiva.

Cuando el principio de inocencia se lo hace jugar en el terreno del proceso, cobra singular relieve el sistema de apreciación de la prueba. Es evidente que la libre apreciación tiene un marco de discrecionalidad mayor a la prueba legal o tasada; e inclusive, la sana crítica, como modalidad, contrae una especie de pesos y contrapesos, dando fuerza a unas pruebas sobre otras, teniendo presente que, en materia penal, no se puede condenar con la duda posible.

> El derecho a la presunción de inocencia, dice Picó i Junoy, despliega su virtualidad, fundamentalmente, en el campo procesal, con influjo decisivo en el régimen jurídico de la prueba. Desde este punto de vista, el derecho a la presunción de inocencia significa que toda condena debe ir precedida siempre de una actividad probatoria, impidiendo la condena sin pruebas. Además, indica que las pruebas tenidas en cuenta para fundar la decisión de condena han de merecer tal concepto jurídico y ser constitucionalmente legítimas. Denota, asimismo, que la carga de la actividad probatoria pesa sobre los acusadores y que no existe nunca carga del acusado sobre la prueba de su inocencia[60].

2.2.1 Tradicionalmente la presunción de inocencia trabaja como presupuesto de los procesos penales. Toda persona es inocente mientras la culpa no se demuestre. En caso de duda se debe estar a favor del imputado.

Estas reglas evolucionaron hasta transformarse en garantías básicas del derecho de defensa en juicio, como lo testimonia, entre muchos otros ejemplos, el artículo 18 de la Constitución Nacional Argentina.

Por ello, la inocencia no es una presunción que beneficia al procesado en los casos de inseguridad sobre la autoría o culpabilidad de un hecho delictual; es un derecho constitucional que tiene base en el derecho de defensa; y una garantía contra la arbitrariedad judicial que, sin prueba o con duda razonable, condena sin atender el principio.

De todas maneras suele utilizarse la expresión "presunción de inocencia" en los tratados internacionales y en algunos códigos, quizás más por tradición que por una exacta precisión lingüista ([61]).

2.2.2 La presunción de inocencia trabaja en dos sectores conectados. Uno se encuentra en el campo de las “garantías procesales” de base constitucional, convirtiendo al precepto en una suerte de reaseguro contra la arbitrariedad judicial. El otro aspecto se ubica en la aplicación práctica que tiene, sea como una pauta de interpretación general; o con una visión más restringida, acotada a la apreciación y valoración de la prueba habida en el proceso.

La primera visión es genérica: *nadie puede ser condenado sin ser oído, ni sentenciado sin prueba corroborante de los cargos imputados*. La prueba es un trabajo del que acusa y el imputado puede descansar, en principio, en la garantía de inocencia.

---

[60] Pico i Junoy, Joan, *Las garantías constitucionales del proceso*, Bosch, Barcelona, 1997, p. 155.

[61] Nosotros, preferimos hablar de "estado de inocencia" porque parece difícil explicar que una persona se presume inocente cuando se la tiene anticipadamente culpable (por ejemplo cuando se le dicta el procesamiento -que es un juicio de probabilidad incriminante-) aplicándole una medida cautelar como la prisión preventiva. Pareciera una autocontradicción (Cfr. Gozaíni, Osvaldo A., *Derecho Procesal Constitucional*, editorial de Belgrano, Buenos Aires, 1999, p. 227).

La segunda perspectiva, en cambio, se instala en las *posibilidades jurisdiccionales*; vale decir, ¿cómo aplica el juez el principio a la hora de sentenciar? ¿si no hay prueba suficiente, puede condenar? y en su caso, ¿es igual la valoración de la prueba en todo tipo de procesos, al punto que la inocencia sea una garantía aplicable a toda materia de conflictos?.

Es cierto que este principio se aplica, también, en procesos no penales (faltas, contravenciones, indisciplinas, etc.), de cuyo resultado pudiera surgir una sanción. Pero también lo es que el problema mayor consiste en determinar si puede extender su alcance a todos los procesos, casi como una regla para el "debido proceso".

Para esclarecer el punto, se interpreta que el principio de inocencia tiene una triple identidad, a saber: como *derecho fundamental*, beneficia al ciudadano que no puede ser condenado sino a través de un proceso regular donde se demuestre su culpabilidad; como *garantía procesal*, implica que la persona no sea tratada como culpable durante el desarrollo del proceso penal porque debe presumirse inocente, al excluir la inversa presunción de culpabilidad criminal; y como *presunción iuris tantum*, exige que el Juez sólo condene cuando se haya destruido esa presunción en base a las pruebas procesales aportadas por la acusación que consideren al individuo responsable de una infracción penal.

2.2.3 Observemos el primer aspecto, antes citado. El principio de inocencia es, como dijimos, un derecho del imputado, pero nunca una franquicia para su exculpación. Esto significa que la producción probatoria y el sistema de apreciación que tengan los jueces, integran en conjunto, el principio de razonabilidad que se espera de toda decisión judicial.

De este modo, no se puede condenar sin prueba fehaciente, ni obligar al juez a extremar su certidumbre por aplicación del mentado principio.

El justo medio entre inocencia presunta y valoración probatoria en el proceso penal, se encuentra en este lugar: no existe principio o presupuesto constitucional o procesal, respectivamente, que obligue a practicar la prueba con formas determinadas, pues en definitiva, la apreciación se realiza sobre el conjunto del material reunido, *con independencia de la aportación*, y ello es lo que origina el resultado favorable o adverso para el imputado.

La particularidad esencial está en que, si el acusador no tiene pruebas, y el encartado usa la falta de ellas como argumentos defensivos, la sentencia debe priorizar el principio de inocencia. Mientras que si la prueba acumulada es de ambas partes, el origen de aportación no tiene incidencia práctica en la determinación de las responsabilidades penales.

Por tanto, la actividad probatoria tiene tanta importancia para la consagración efectiva del derecho de defensa. En este aspecto debemos considerar cómo se ha practicado u obtenido la prueba; si el imputado tuvo posibilidades reales y concretas de control sobre la producción y, en su caso, de contradecirlas; cuál es la prueba principal de la que se toma la imputabilidad; la legalidad de los medios probatorios y, en suma, el control sobre la razonabilidad decisoria.

2.2.4 Nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo, establece en uno de sus párrafos el artículo 18 de la Constitución Nacional.

Por ello, la confesión prestada por el imputado no puede desvirtuar el principio de inocencia, sin importar si el acto fue voluntario. Esta garantía preserva el derecho de defensa y afianza el temperamento por el cual la prueba de los delitos debe provenir de la acusación.

Sin embargo, la amplitud como se entiende en otras latitudes el derecho a negarse a declarar, no está consagrado como garantía constitucional en el derecho interno, por cuanto resulta suficiente, a los fines previstos en la disposición fundamental, la simple oposición del imputado a prestar ese acto[62].

También se encuentra recogido en el art. 14.3 apartado g) del *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, constituyendo una suerte de regla para la corrección procesal que anula el enjuiciamiento si la condena se sostiene en la confesión del inculpado.

Inclusive, pese a las diferencias en el tipo de procesamiento, aplica el principio la quinta enmienda de la Constitución de Estados Unidos de América, cuando proclama que ninguna persona podrá ser obligada, en una causa criminal, a testificar en su contra. Extendiendo el principio de inocencia no sólo a los testimonios que, eventualmente, produzcan una directa incriminación, sino también, a las pruebas logradas por declaraciones del imputado en las etapas previas a la acusación fiscal.

Las reglas de Miranda (1966), tal como se conocen los derechos del imputado a permanecer callado y a tener un abogado que lo asista durante el interrogatorio, refieren a las ilegalidades mencionadas en la fase preliminar (investigación, propiamente dicha).

2.2.5 La confesión del detenido preventivamente por la autoridad policial, ante el funcionario instructor no puede utilizarse como prueba del delito. Varias veces se ha destacado este principio, pero vale reiterarlo: el principio de inocencia sólo puede desvirtuarlo un juicio de culpabilidad plenamente acreditado con pruebas obtenidas legítimamente.

Parece superado el tiempo en que la policía podía tomar declaración indagatoria, pero no los problemas que ocasionan los efectos de los denominados testimonios *espontáneos*, toda vez que, aun sin considerarlos "confesión" se les atribuye valor indiciario.

No puede soslayarse que la protección constitucional prevista repara en la persona detenida, antes que en la demorada para averiguar antecedentes o para tenerla como testigo. De igual modo, tiene otra faceta, cuál resulta de observar la posibilidad de declarar como una facultad, y como tal, disponible y renunciable por el imputado.

---

[62] La Corte Suprema de Justicia de la Nación afirma que, el juramento entraña, en verdad, una coacción moral que invalida los dichos expuestos en esa forma, pues no hay dudas que exigir juramento al imputado a quien se va a interrogar, constituye una manera de obligarle a declarar en su contra [...]. La declaración de quien es juzgado por delitos, faltas o contravenciones, debe emanar de la libre voluntad del encausado, quien no debe verse siquiera enfrentado con un problema de conciencia, cual sería colocarlo en la disyuntiva de faltar a su juramento o decir la verdad (Fallos, 281:177).

Este último aspecto, entonces, permite deducir que la declaración prestada voluntariamente puede ser válida si no fue transgredida la libertad de la persona y tuvo oportunidad fehaciente de conocer las consecuencias del acto efectuado.

La diferencia es cualitativa, porqué admitir la renuncia del imputado no supone tolerar la autoincriminación, sino el ejercicio de un derecho que es absolutamente disponible, aunque ello no elimina la carga de probar por todos los medios posibles la autoría del encartado.

2.2.6 Otra faceta que tiene la presunción pretende esclarecer la armonía existente entre principio de inocencia, derecho de defensa y acumulación de pruebas necesarias para la incriminación, las que requieren, inevitablemente, la colaboración del presunto responsable del delito.

Si ella (la colaboración) no es voluntaria, cabe preguntarse ¿son válidos los cargos? ¿se destruye la presunción de inocencia por la falta de cooperación?.

Las respuestas oscilan entre varias situaciones posibles: *a)* Las pruebas corporales; *b)* Violación del domicilio; *c)* Apertura y revelación de documentos privados; *d)* Afectaciones al derecho de intimidad.

a) Las pruebas corporales

Referimos a las pruebas obtenidas a través de test diversos (sangre, alcohol, voz, huellas dactilares, entre otras) en las que, la negativa del imputado a someterse a ellas, presume en su contra.

El consentimiento no es esencial, pero la obtención de la prueba no puede ser coactiva, lo cual puede llevar a cierta contradicción o peligro con el derecho de defensa. No deben quedar dudas respecto a la plena libertad del individuo para someterse a las inspecciones de su cuerpo.

La opinión prevaleciente en doctrina es que se tratan de pruebas preconstituidas que se documentan en la etapa de investigación y que, en el plenario, adquieren el carácter de pruebas periciales o técnicas.

De todos modos, para que eliminen el principio de inocencia, cada una de las requisas logradas, como la actividad misma, deben de contar con el control de la parte y su defensa.

b) Violación de domicilio

Otro párrafo del mentado artículo 18, constitucional, expresa que:"...*el domicilio es inviolable, como también la correspondencia epistolar y los papeles privados; y una ley determinará en qué casos y con qué justificativos podrá procederse a su allanamiento y ocupación.*

El principio no es absoluto pues la orden judicial competente autoriza superar esta valla. El problema aparece cuando se ingresa al domicilio sin este salvo conducto y para dar legalidad al hecho se argumenta la ausencia de reparos del requisado.

Un procedimiento con estas características es ilegítimo y viola la garantía en estudio. La ilegalidad se transmite a todos los efectos resultantes del acto; elementos secuestrados, declaraciones obtenidas de los moradores de la vivienda, pierden todo valor probatorio ([63]).

La medida que autoriza el allanamiento debe tener las condiciones siguientes:

a) emitida por juez competente

b) fundamentada

La orden se agota en el cumplimiento y no extiende su vigencia autorizando nuevas requisas si ellas fuesen necesarias.

De igual modo, el funcionario que la practica no tiene delegación jurisdiccional, por lo que carece de facultades para ampliar las órdenes recibidas. Sin embargo, si al ingresar en el domicilio se encuentran elementos probatorios vinculados a otras causas en investigación, se permite el secuestro.

Otra variante de excepción a la regla se encuentra en los casos de "persecución" de un delincuente, porque allí se puede ingresar al domicilio con la finalidad de aprehenderlo, siempre que el acto sea continuo. Es decir, que la necesidad del allanamiento surja a consecuencia del ocultamiento del individuo que persigue la autoridad policial.

c) Apertura y revelación de documentos privados

La inviolabilidad dispuesta constitucionalmente para el domicilio, se extiende a los papeles privados y la correspondencia epistolar.

Si del acto de allanamiento se encuentran cartas o documentos de propiedad del imputado, la garantía se aplica a ellos para reafirmar el derecho a la privacidad e intimidad sin que ninguno pueda alterarlos.

Solamente el juez puede ordenar el secuestro de esos elementos y proceder a su lectura.

2.2.7 De esta primera parte se puede colegir que el principio de inocencia trasciende el mero concepto de “presunción favorable” para convertirse en una auténtica garantía procesal.

Sus principales características serían:

a) Nadie puede ser arbitrariamente detenido sin explicar con fundamentos la causa de ello.

b) Nadie puede ser detenido indefinidamente sin darle derecho a ser oído.

c) No puede haber condena cuando hay dudas razonables, pues priva en la causa el principio *in dubbio pro reo.*

---

[63] La Corte Suprema, en el caso "*Fato*" (Fallos, 311:836), donde se practicó un allanamiento sin orden judicial, al que pretendió dársele validez alegando el consentimiento del procesado, sostuvo que esa autorización relevaba a la policía de su obligación de requerir la pertinente orden judicial.

d) La falta de colaboración probatoria del imputado no elimina ni compensa la presunción de inocencia con la presunción de culpa o responsabilidad, pero son pautas que se estiman en la apreciación conjunta de la prueba.

2.2.8 ***La presunción de inocencia en procesos no penales***

La segunda propuesta que hace el principio es proyectarse a todos los procesos, de manera que los presupuestos indicados en los puntos precedentes debieran ser analizados en igual consideración.

No obstante, antes de llegar a esta conclusión, es preciso anotar algunas precisiones de nombre, y otras que son metodológicas.

En efecto, cuando se habla de "acusación en materia penal" se debe comprender que la actuación judicial consecuente estará definida por la naturaleza de la infracción y por el grado de rigor de la pena en que se incurre.

> Una acusación puede constituir una imputación en materia penal aunque la infracción no tenga carácter penal de conformidad con la legislación nacional: Por ejemplo: *a)* las acusaciones en materia penal se refieren a todas las infracciones castigadas con penas que supongan una grave privación de libertad. La prisión es siempre una grave prohibición de libertad. La expulsión del país mediante un decreto administrativo también constituye una grave mengua, que exige la garantía de un juicio penal imparcial; *b)* las sanciones adoptadas por órganos disciplinarios no constituyen acusaciones en materia penal cuando la pena impuesta consiste sólo en una amonestación o advertencia; *c)* la "determinación de los derechos y obligaciones de carácter civil" se define según el carácter de los derechos de que se trate. Los derechos y obligaciones de carácter civil abarcan todas las actuaciones que influyen decisivamente sobre los derechos y obligaciones privados, incluidas las actuaciones ante tribunales administrativos: *d)* los derechos y obligaciones de carácter civil se pueden determinar en diversos procedimientos, incluidos los juicios de quiebra; el trámite de internamiento de una persona en una institución psiquiátrica, las solicitudes de indemnización formuladas contra las autoridades nacionales, los derechos y obligaciones contractuales; los permisos de conducir; las cuestiones relativas a la familia; las prestaciones del seguro médico; los litigios laborales; los litigios por concentración parcelaria; los procesos por calumnias; las demandas por lesiones; las cuestiones relativas a la calificación profesional y a los derechos laborales; el derecho de propiedad y el alcance y la propiedad de las patentes, así como otros procedimientos en los que una persona tenga el derecho de comparecer y aportar pruebas.

Además, el concepto de procedimientos relativos a los derechos y obligaciones de carácter civil no requiere que ambas partes sean personas privadas; por lo tanto, ese concepto abarca las audiencias realizadas ante órganos administrativos, en las que una de las partes es una autoridad pública y la otra una persona privada[64].

Si uno tiene en cuenta estas definiciones, evidentemente el uso de la presunción adquiere connotaciones distintas, como veremos más adelante.

El Tribunal Constitucional español ha dicho que, la presunción de inocencia ha dejado de ser un principio general del derecho que ha de informar la actividad judicial

---

[64] La Comisión de Derechos Humanos de la OEA, en la Sub comisión de Prevención de Discriminaciones y protección de las minorías, estableció algunas de estas identificaciones y características, en el 45º período de sesiones, como tema 10.D del programa provisional.

para convertirse en un derecho fundamental que vincula a todos lo poderes públicos y es de aplicación inmediata[65].

En terreno probatorio, sostiene de un lado el principio de la libre valoración por los jueces; y por otro supone que, para desvirtuar esa presunción, es preciso que se den medios de prueba válidos y lícitamente obtenidos en el proceso, dando siempre lugar a la defensa del acusado.

Además, éste tiene el deber de colaborar en la obtención de la verdad, aunque el artículo 24.2 de la Constitución española contiene una exclusión específica. El fundamento de la supresión es doble, por un lado no obliga a declarar contra un familiar por el evidente condicionamiento que el parentesco produce; por otro, la salvaguarda del derecho al secreto profesional que disfrutan los abogados, médicos, sacerdotes, etc.

De este encuadre surgiría una limitación al principio estricto de la inocencia invulnerable sin prueba en contrario, pues la falta de colaboración sería suficiente para utilizar otra presunción (de culpa) aunque necesite de prueba corroborante.

> Con relación a los *procesos no penales*, la sentencia del 19 de junio de 1997 dijo claramente […]: "el principio de presunción de inocencia se aplica a todo el campo del Derecho pero sólo en caso de normas represivas, punitivas o sancionadoras; en general, para el Derecho civil, el principio no se aplica, porque no contiene este tipo de normas, sino relativas a derechos o intereses privados, por lo que muy raramente es aplicable tal presunción; en concreto, para el Derecho de obligaciones: se trata de acreedor y deudor, no de culpable o inocente, incluso en materia de responsabilidad extracontractual"[66].

Después sostuvo que […]

> "El derecho a la presunción de inocencia no puede entenderse reducido al estricto campo del enjuiciamiento de conductas presuntamente delictivas, sino que debe entenderse también que preside la adopción de cualquier resolución, tanto administrativa como jurisdiccional, que se base en la condición o conducta de las personas y de cuya apreciación se derive un resultado sancionatorio para las mismas o limitativo de sus derechos" (TC, sentencia del 1º de abril de 1982, Nº 13)
>
> Pero la calidad de proceso sancionador se depura en su concepto para afirmar que "no basta la sola pretensión de constreñir al cumplimiento de un deber jurídico (como ocurre con las

---

[65] TC, sentencia 31/1981. Allí se repite que se está una presunción de la denominadas *iuris tantum*. Esto significa que toda persona se presume inocente hasta que no quede demostrada su culpabilidad. Es una presunción que, por tanto, admite prueba en contrario, pero lo relevante es que quien acusa es quien tiene que demostrar la culpabilidad, el acusado pues no tiene que demostrar su inocencia, ya que de ella se parte. La carga de la prueba es así de quien acusa.

[66] La sentencia C-1096/03 de la Corte Constitucional de Colombia sigue un temperamento similar al sostener en una causa sobre extinción de dominio, que como era de contenido patrimonial, vale decir, más civil que penal. Debía aplicarse el código de procedimientos en materia civil. " [...]...Por ello, el principio de inocencia tan pregonado por quienes quieren fungir de garantistas, no es aplicable aquí ya que dicho concepto si bien es aplicable en el ámbito penal, es claro que no estamos frente a un proceso penal, pues nos movemos en el contexto de los bienes. La Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia ya han indicado que no se requiere de una sentencia condenatoria para proceder al adelantamiento de la acción penal por el delito de enriquecimiento ilícito, y con mayor razón frente al trámite de extinción de dominio, por lo que resulta improcedente hablar del principio de presunción de inocencia...[...]. En este procedimiento debe manejarse el concepto de carga de la prueba y no el principio de inocencia, toda vez que la acción de extinción de dominio, en tanto acción real, se inscribe más dentro del proceso civil. En este caso se allegan unas probanzas que implican unas afirmaciones respecto de las cuales quienes se consideren afectados pueden proponer los medios exceptivos a fin de controvertir lo aseverado; entonces, como puede advertirse, no existe inversión de la carga de la prueba...[...]".

> multas coercitivas) o de restablecer la legalidad conculcada frente a quien se desenvuelve sin observar las condiciones establecidas por el ordenamiento para el ejercicio de una determinada actividad" (caso de la prohibición de actividades verificadas al margen de una concesión administrativa necesaria), sino que "es preciso que, de manera autónoma o en concurrencia con esas pretensiones, el perjuicio causado responda a un sentido retributivo, que se traduce en la irrogación de un mal añadido al que de suyo implica el cumplimiento forzoso de una obligación ya debida o la imposibilidad de seguir desarrollando una actividad a la que no se tenía derecho".
>
> "El restablecimiento de la legalidad infringida deriva siempre en el perjuicio de quien, con su infracción, quiso obtener un beneficio ilícito, del que se ve privado". En definitiva, el sentido sancionador "de la reacción del ordenamiento sólo aparece cuando, al margen de la voluntad reparadora, se inflige un perjuicio añadido con el que se afecta al infractor en el círculo de los bienes y derechos de los que disfruta lícitamente" (STC 48/2003, de 12 de marzo).

Dicho lo cual hay que tener en cuenta finalmente que, las limitaciones de derechos fundamentales exigen que la autoridad que las acuerde esté en condiciones de ofrecer la justificación pertinente, lo que, traducido al ámbito que nos ocupa, significa que los presupuestos justificativos de la limitación han de hallarse probados.

Por tanto […]

> "Hay, pues, también aquí una atribución de la carga de la prueba al Estado, semejante a la que tiene lugar en virtud de la presunción de inocencia, si bien las exigencias probatorias no sean las mismas que las que rigen el proceso penal. Esto sentado, y dado que la valoración de la prueba corresponde exclusivamente a los Jueces y Tribunales ordinarios, nuestro control se limita también aquí a la determinación de si ha habido o no prueba de los hechos que determinan la limitación del derecho y si de esa prueba se infieren de modo razonable y no arbitrario dichos hechos" (STC 48/2003, de 12 de marzo).

2.2.9 ***La presunción de inocencia trabaja con la carga de la prueba***

El prolegómeno de fallos dictados por el Tribunal Constitucional español no es sobreabundante, porque refleja criterios que se repiten en nuestras jurisdicciones latinoamericanas.

De ellos van surgiendo elementos que caracterizan y definen el uso de la presunción de inocencia en procesos no penales, reservando su aplicación, en este primer espacio, para los procesos sancionadores.

En efecto, la guía o puntal del precepto está en armonizar la regla con la carga de la prueba: si el resultado perseguido es una sanción, se debe probar la culpa o responsabilidad por quien imputa la falta.

La segunda regla, ya comentada, estaría en la cooperación del imputado en la producción probatoria, habiéndose llegado a la conclusión que no está obligado, aunque sufre por ello una presunción en su contra.

La siguiente mensura la da la valoración de ambos, puestos en armonía: la prueba del actor y la falta de colaboración del encartado que sufre así una presunción desfavorable, no son suficientes para sancionar si no hay otras pruebas corroborantes[67].

---

[67] El TC español repite en varias ocasiones su doctrina sobre el derecho a la presunción de inocencia, concebida como regla de juicio que, en esta vertiente y en sede constitucional, entraña el derecho a no ser condenado sin pruebas de cargo válidas, lo que implica (desde la STC 31/1981, de 28 de julio, SSTC

Alcanzada esta instancia la problemática refleja el sentido que debe acordarse al estado de inocencia en procesos civiles, porque leído en forma plana, sin sutilezas ni aclaraciones, la regla sería: *quien demanda debe probar*.

Este es precisamente, el principio del *onus probandi* vigente en el art. 377 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (CPCC), el cual ha tenido numerosas variables para torcer, desviar o encausar dicha regla, según como se mire la aplicación de cada término.

Clásicamente, la carga de la prueba se postuló como una regla de confirmación que tenía quien invocaba un derecho en su favor: el actor debía probar su pretensión, y el demandado sus defensas.

Esta orientación, de alguna manera, soportaría el uso del principio de inocencia en el proceso civil, porque solamente debe probar quien afirma, pudiendo el demandado descansar en la simple negativa (art. 356, CPCC).

Sin embargo, esta forma en apariencia equitativa, en la práctica portaba una dureza rígida y extrema. Las partes otorgaban a la verificación una ejercicio interesado, donde no había cooperación entre ellas ni solidaridad hacia el órgano que debía captar la los hechos y sus verdades. Colofón de esta característica era la imposibilidad de probar actos que no fueran aportados por ambas partes, o que siendo manifestado por solo una de ellas, la otra quitaba toda posibilidad para demostrar y, ante la falta de colaboración, era sumamente difícil alcanzar el objetivo de certidumbre.

Conviene aclarar que el planteo se presentaba en el esquema de un procedimiento absolutamente dispositivo, que la historia, posteriormente, va tratando de atenuar al conjuro de principios que fueron evolucionando, los que en líneas muy simples informan las etapas siguientes:

a) Primero se dijo que ***la carga probatoria le corresponde al actor*** (*onus probandi incumbit actori).* La tesis es de cuño romano. Se basa en que el demandante debe probar la verdad de sus dichos so pena de perder el juicio. Al reposar en el actor toda la actividad de prueba, el principio se volvía contra sí por la injusticia que creaba cuando el demandado, aun negando, escondía un artilugio de hechos impeditivos, extintivos o modificativos que también aquél debía verificar. Por otra parte, resultaba inaplicable en los casos de hechos beneficiados por una presunción legal, con el déficit acusado de no poder mudar el *onus probandi* o dejar al proceso con la inseguridad de no saber si el Juez atendería esa presunción, o bien que había falta de prueba.

33/2000, de 14 de febrero, 109/2002, de 6 de mayo, entre otras) que toda Sentencia condenatoria: a) debe expresar las pruebas en que se sustenta la declaración de responsabilidad penal; b) tal sustento ha de venir dado por verdaderos actos de prueba conformes a la Ley y a la Constitución; c) éstos han de ser practicados normalmente en el acto del juicio oral, salvo las excepciones constitucionalmente admisibles; d) las pruebas han de ser valoradas por los Tribunales con sometimiento a las reglas de la lógica y la experiencia, y e) la Sentencia debe encontrarse debidamente motivada. También ha declarado constantemente que la prueba de cargo ha de estar referida a los elementos esenciales del delito objeto de condena, tanto de naturaleza objetiva como subjetiva (STC 252/1994, de 19 de setiembre; 35/1995, de 6 de febrero; 68/2001, de 17 de marzo, y 222/2001, de 5 de noviembre).

b) El mismo derecho romano se hizo cargo del error y motivó un nuevo principio, que consistió en sostener que ***la carga de la prueba le corresponde al que afirma o al que niega***, evitando que la prueba fuera exclusiva tarea del actor, pero sin lograr demasiados cambios. Quizá, el más importante, haya sido la inclusión de las "*pruebas leviores*" o de difícil o imposible obtención si no se tiene la ayuda de la contraparte.

De todos modos, no existían variables significativas, porque afirmar era probar, y como negar con otros hechos, era una forma de expresarse con hechos negativos, obviamente también éstos necesitaban de verificación por el interesado en confirmarlos.

c) Como una proyección de esta idea se dijo que ***la carga de la prueba también le corresponde al que excepciona,*** sin agregar demasiado a los problemas que antes mencionamos.

Con Chiovenda se va a argumentar que el *onus probandi* ***depende de los hechos***, a cuyo fin se los clasificó en constitutivos, impeditivos, convalidativos y extintivos[68]. Consecuencia natural de esta división fue la distribución de obligación probatoria entre hechos normales y extraordinarios, interpretando que los primeros estaban exentos de actividad, y los restantes debían probarse.

d) Con el paso del tiempo, la carga de la prueba pasó a ser una cuestión afincada, antes que en la obligación de probar, en la actividad necesaria para alcanzar la verdad. Por eso, tanto en Europa como en América, se comenzó a referir a la necesaria colaboración entre las partes, siendo la ***carga de la prueba un principio trabajado desde la solidaridad entre litigantes.***

En nuestro país, Morello fue uno de sus propulsores. Las ideas del maestro platense ilustran al moderno derecho procesal en el sentido de la eficacia que de él se espera. El rendimiento de las instituciones no puede seguir descansando en preceptos sin vida práctica y funcional. Existe un acertado enfoque en dinamizar las conductas que, sin rechazar enroques inconvenientes, pongan a prueba el objetivo de alcanzar la verdad por ambas partes, en solidaridad y mutua colaboración procesal. Es evidente que la carga de la prueba, tal como actualmente se diseña, es una excusa del *non liquet.* Porque si la prueba obra incorporada al proceso, desaparece el problema de la carga y se concreta la *adquisición* para el juez.

Resulta claro, entonces, que ante esa constatación es baladí hurgar en el presupuesto de a quien correspondía la prueba. Es indiferente establecer el sujeto que tenía el deber de verificar sus afirmaciones sí ellos están ya demostrados.

No compartir este temperamento supone mantener enhiesta la figura del proceso como lucha entre partes, donde lo que interesa es la victoria sin importar los contenidos verificados ni los medios como se consigue.

El fenómeno de la solidaridad se torna en justicia cuando nos referimos a las pruebas que sólo puede acercar el adversario, por tenerlas a su disposición; de sostener

---

[68] Chiovenda, José, *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, Cárdenas, México, 1985, p. 92

que esto impide el equilibrio entre las partes, la posibilidad de incorporación es dificultosa al extremo, cuando no, prácticamente nula.

Con este emplazamiento final, que no es definitivo ni aparece totalmente consagrado, la prueba en el proceso aligeró el principio rotundo de la máxima "el que afirma debe probar", precepto que para algunos, era la base donde asentaba la presunción de inocencia en el proceso civil.

De este modo, el llamado "garantismo", puso en duda que la verdad sea un objeto del proceso, el cual solo se conforma con la certidumbre.

Siendo así, el precepto por el cual "quien alega debe confirmar lo que dice", no podría sufrir resignaciones con acciones tales como la fijación de los hechos probatorios (art. 360.3, CPCC), la indicación de los medios de prueba (art. 360.5 del mismo ordenamiento), el tiempo para hacerlo (art. 367, citado), la determinación oficiosa de prueba a producir (art. 452, mencionado), o la producción de medidas para mejor proveer[69].

Además, se argumenta que la orientación jurisprudencial de la Corte IDH sostiene que el estado de inocencia es aplicable a todo tipo de procesos. Para ello se

---

[69] Omar A. Benabentos, en la ponencia presentada en las jornadas del Instituto Panamericano de Derecho Procesal (Arequipa <Peru> octubre-2005) sistematiza los argumentos garantistas por el cual sostiene que el principio de inocencia es aplicable en el proceso civil. Allí desarrolla que, [...] "...por lo pronto la grotesca antinomia que reflejan las *distintas* potestades probatorias otorgadas a los jueces -según se trate de procesos civiles y penales- nos deja perplejos...[...].Propongo que juntos reflexionemos y nos indaguemos sobre los siguientes cuestionamientos:

¿Si la agresión de los bienes jurídicos tutelados por el derecho penal es la que -supuestamente- debe protegerse con mayor celo, (asumiendo que es *el ilícito penal* el que provoca mayor "alarma social") cómo se entiende la "tendencia" a *recortar* los *poderes de investigación y prueba* del órgano jurisdiccional penal?

¿Cómo se explica que se *prohíba* al juez penal investigar y probar *de oficio* y, de suyo, alterar la carga de la prueba y a la par, se le genere al juez civil -hasta en simples cuestiones de índole patrimonial- el *deber* de probar *oficiosamente* para esclarecer la verdad de los hechos o variar la carga probatoria de forma libre?

¿Será más *importante* para el poder judicial civil comprobar si el demandado le debe al actor efectivamente una suma de dinero o acreditar en un proceso penal que el imputado es autor de un delito aberrante, por ejemplo, la violación o el homicidio de una víctima*?*

¿Resultan más *trascendentes* los conflictos civiles que los conflictos penales para que se justifique que el Estado, en representación de la sociedad, esté más "interesado en llegar a la "verdad real" en el ámbito civil, *autorizando* pruebas de oficio o alteración de las reglas de la carga de probar en los primeros, pero. *prohibiéndolas* en los segundos?

¿Cómo se ha caído en la *esquizofrenia* científica de vetar en el campo procesal penal poderes probatorios a los jueces y, a la par, ampliarlos cada vez más en el proceso civil?

Pues bien, quienes postulan *un derecho procesal civil autoritario, con jueces inquisidores y "buscadores de la verdad real"* es obvio que no pueden dar una respuesta *coherente* a las flagrantes contradicciones que vengo señalando.

Luce directamente *exótico* que a los jueces penales *no se los quiera investigando y probando de oficio (y tampoco alterando el régimen de la carga de la prueba)* y a los jueces civiles -a la par - se les *imponga* el deber de investigar y probar oficiosamente o se admita que varíen las reglas de la carga de la prueba establecidas por las leyes procesales.

tiene en cuenta el modo como trabajan los principios *nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege, y non bis in idem.*

Nosotros hemos dicho que la unidad llega desde la justicia transnacional, y se afinca en la noción de "debido proceso" el cual, se amplía hacia todo tipo de procesos (derecho a un proceso con todas las garantías) ofreciendo una cobertura necesaria en varios frentes: el derecho a ser oído, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un tribunal competente, independiente e imparcial, y un número no taxativo de garantías procesales que se consideran esenciales para un juicio justo.

> En efecto, siguiendo el informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre terrorismo y derechos humano (OEA/ ser.L/V/2.116, doc. 5 rev. 1, del 22 de octubre de 2002) se establece que: *las normas y principios consagrados en las protecciones mencionadas, son relevante no sólo para los procesos penales, sino también, mutatis mutandi, para otros procedimientos a través de los cuales se determinen los derechos y obligaciones de carácter civil, laboral, fiscal y de otra índole.*

Sin embargo, la desenvoltura que hace el garantismo para llegar a una conclusión tan simplista, no repara que la aplicación extensiva solamente se refiere a los presupuestos necesarios para el debido proceso, encontrando que el principio de inocencia solamente es aplicable en los procesos sancionatorios.

De todos modos, es un problema de lecturas y de la filosofía como se adopte una estructura gnoseológica para el proceso civil.

El garantismo sostiene que no deben existir diferencias entre el proceso penal y el proceso civil respecto a las facultades o poderes de los jueces. Mientras en el primero se persigue que si juzga no investigue (principio acusatorio), en el segundo no se concibe la iniciativa probatoria del juez porque se cree que con ello se vulnera el principio dispositivo, según el cual, "quien afirma debe probar".

Pero esta distinción no es tan evidente como se la expone, en la medida que la justicia no quiere jueces desinteresados que vean al proceso como una simple confrontación de intereses particulares donde su actividad sea únicamente decir el derecho aplicable.

Tampoco supone que la iniciativa probatoria ponga en crisis el principio de igualdad, porque la producción de prueba de oficio sirve al proceso y no al interés individual de quien, recién con la obtención encontrará o no un beneficio.

Inclusive, esta eventual ventaja, es conjetural, toda vez que rige el principio de la libertad en la apreciación total de la prueba que se reflejará al tiempo de dictar sentencia.

2.2.10 ***Las potestades del Juez y el principio de inocencia***

Es cierto que en el principio de inocencia confluye una idea común, donde se pretende evitar la condena irrazonable o arbitraria. Solo la confirmación de los cargos e imputaciones a través de la reunión de prueba permitirán fundar una sentencia.

Es el mismo criterio que inspira otro principio: la carga de la prueba; según el cual, si alguien pretende un pronunciamiento favorable para sus intereses, deberá demostrar al juez la razón y el derecho que le asiste.

La diferencia entre la prueba civil y la penal no existe, porque la producción es la misma y rige en ambos casos el principio de adquisición, según el cual la prueba que llega al proceso es de él y no de las partes.

La distancia puede estar en el sistema de apreciación, y en los grados de certeza que se exigen. Por ejemplo, es diferente la regla de la íntima convicción para condenar respecto a la sana crítica.

> Observemos algunos temas puntuales: en el caso "*Raia*" (Fallos, 292:561), la Corte Suprema debió analizar la situación de una mujer absuelta del delito de bigamia en primera instancia, porque no estaba probado el estado civil por la fiscalía. La Cámara revocó la absolución manifestando que correspondía a la acusada probar la inexistencia del primer matrimonio. Luego, el Alto tribunal sostuvo que la carga probatoria era del que acusa y no de quien se defiende.
>
> Tiempo después, en la causa "*Acosta*" (Fallos, 295:782), la Cámara condenó a un imputado por contrabando, sosteniendo que no había demostrado su falta de responsabilidad, toda vez que en los delitos de esta naturaleza "el inculpado debe demostrar fehacientemente su inocencia". La Corte revocó esta resolución estableciendo el principio de que "la culpabilidad debe ser establecida con arreglo a las pruebas producidas". El principio de inocencia implica que en todos los casos debe haber prueba de la culpabilidad.
>
> En el año 1993 (11.05.03) se resolvió el caso "*Karakolis, Dionisio*", donde se expresó que: "Las restricciones de los derechos individuales impuestas durante el proceso, son de interpretación y aplicación restrictiva, cuidando de no desnaturalizar la garantía del art. 18 de la Constitución según la cual todas las personas gozan del estado de inocencia hasta tanto una sentencia final y dictada con autoridad de cosa juzgada no la destruya declarando su responsabilidad penal".

Como se observa, el principio de inocencia trabaja como un límite judicial. No se admite que la demostración de culpa o responsabilidad llegue y se confirme con la prueba del imputado. En caso de duda no hay condena. Es así, un principio cardinal que se implanta como regla del debido proceso actuando bajo la consigna de la seguridad jurídica.

Pero esta conclusión no es igual en los procesos no penales.

> Se dijo hace mucho tiempo que, si bien la carga de la prueba con perspectiva civilista no funciona en la esfera penal -instructoria- donde el principio de la verdad material u objetiva hace que el juez disponga de facultades para suplir la inercia de las partes, no es menos cierto que en la verdadera faz del juzgamiento, cuando el debate encuentra su plenitud, la iniciativa corresponde a los sujetos esenciales del proceso, que se encuentran ahora en igualdad de derecho. Por ello, llegado al plenario, la carga de la prueba debe -como regla- gravitar sobre las partes, carga que de no conseguir su objetivo se traduciría en que las alegaciones de parte no podrían ser tomadas en cuenta como base para la decisión (CNFed. Crim. y Correc., Sala II, 2 de julio de 1981, "*Martínez de Perón, María E. y otros*", La Ley, 1981-D, 101 - ED, 94-707).

Esta diversidad suele confundir, a veces, al intérprete, y sostener –como se dijo antes de ahora- que no es posible pensar en un potestad judicial diferente según el proceso sea civil o penal. Lo que sucede es que, cuando la prueba se ha producido desaparece el problema de la carga de la prueba y se origina la adquisición por el juez. No cabe detenerse a indagar a quién correspondía probar, sino apreciar esas pruebas acorde con la sana crítica. Es indiferente establecer el sujeto que tenía que acreditar los hechos, si ellos han quedado acreditados; el instrumento de convicción está en el proceso y su único destinatario es el órgano que debe hacer justicia.

Por eso, aun con la certeza que la carga de la prueba consiste en un imperativo del propio interés del que la soporta y por consecuencia, hace que quien no desee salir derrotado en un pleito, deba acompañarle al juez las pruebas que sustenten sus pretensiones. También es cierto que, el "onus probandi" es el imperativo que pesa sobre uno de los litigantes de suministrar la demostración de un hecho controvertido, mediante su propia actividad, si quiere evitar la pérdida del proceso.

Es decir, que se trata de la conducta impuesta a uno o a ambos litigantes para que acrediten la verdad de sus afirmaciones y para el juez implica que debe resolver la duda acerca de un hecho determinado en sentido desfavorable a la parte que tiene interés en afirmarlo y no lo hace

Las facultades instructorias acordadas a los jueces, no están destinadas a sustituir la actividad probatoria que incumbe a las partes y que éstas deben desarrollar de conformidad con las reglas relativas a la distribución de la carga de la prueba.

Su objetivo consiste en despejar las dudas con que tropiece el convencimiento del juez en aquellos supuestos en que la prueba producida por las partes no sea lo suficientemente esclarecedora.

En tal sentido se comprende, entre múltiples situaciones, porque se afirma que, si bien la declaración de rebeldía no altera la sustancia de las reglas de la distribución de la carga de la prueba, sería injusto que esta circunstancia redundase en perjuicio de la parte diligente y beneficiarse a quién no cooperó con el esclarecimiento de la verdad, máxime que el art. 60 del Código Procesal, agrega en su segundo párrafo que "en caso de duda", la rebeldía declarada y firme constituirá presunción de verdad de los hechos lícitos afirmados por quien obtuvo la declaración.

Inclusive, si evitamos formalizar con principios inaplicables al proceso civil, las reglas de la prueba, comprenderemos mejor la famosa solidaridad o colaboración probatoria.

> Por ejemplo, se dice que, en materia de responsabilidad médica, el juez puede recurrir con carácter excepcional al "favor probationes" o la teoría de las cargas probatorias dinámicas, si comprueba en un caso puntual que la aplicación rígida de los principios de distribución de la carga de la prueba devienen ostensiblemente injustos o inicuos (CNCiv., Sala D, 29 de mayo de 2002, "*A. F., M. E. c. S., C. D. y otro*", RCyS, 2002, 443 - Con nota de Calvo Costa, Carlos Alberto).
>
> O también cuando se afirma que si la responsabilidad profesional se funda en la culpa, ésta debe ser, en principio, probada por el actor. Ello sin perjuicio de que el juez tenga en cuenta la importancia de las presunciones judiciales y del concepto de carga probatoria dinámica - cuya aplicación es excepcional- que hace recaer la carga de la prueba en cabeza de aquel que se encuentra en mejor situación para probar (CNCiv., Sala D, 28 de febrero de 1996, "*G., F. M. y otro c. Centro Médico Lacroze y otros*", La Ley, 1996-D, 451, con nota de Roberto A. Vázquez Ferreyra).

Para cerrar estas apreciaciones, algo extensas en orden al objeto de precisar los contenidos del artículo 18, CN, es conveniente mostrar cómo evoluciona la jurisprudencia que lo interpreta […]

> La prohibición de obligar a una persona a declarar contra si misma se ve violada si se interroga como testigo, bajo juramento de decir verdad, a la persona que según el interrogatorio aparece como sospechada de ser autor o cómplice de los supuestos hechos que se trata de esclarecer (CS, "*Rodriguez Pamias*", Fallos, 227:63).

La identificación en rueda de presos no resulta violatoria de la cláusula que veda la exigencia de declarar contra si mismo (CS, "*Cincotta*", Fallos, 255:18 y 311:2325).

El examen del acta donde consta la declaración indagatoria del acusado permite concluir que el magistrado actuante dio cumplimiento en dicha ocasión con el mandato constitucional de que nadie debe ser obligado a declarar contra si mismo, toda vez que en la citada actuación consta que el procesado no se opuso a que se le tomara declaración indagatoria. Lo dicho permite concluir que la mencionada declaración ha cumplido con el requisito constitucional de emanar de la libre voluntad del nombrado (CS, "*Schoklender*", Fallos, 311:340).

El acatamiento por parte de los jueces del mandato constitucional del art. 18 CN no puede reducirse a disponer el procesamiento y castigo de los eventuales responsables de los apremios, porque otorgar valor al resultado de su delito y apoyar sobre él una sentencia judicial, no sólo es contradictorio con el reproche formulado, sino que compromete la buena administración de justicia al pretender constituirla en beneficiaria del hecho ilícito (CS, "*Montenegro*", Fallos, 303:1938).

No existe violación a la garantía de no declarar contra uno mismo si el procesado en su declaración indagatoria ratificó lo dicho con anterioridad en sede policial y reconoció su intervención en los hechos (CS, 10/8/95, "*Garcia D'Auro, Ramiro Eduardo*").

Existe violación a la garantía de no declarar contra uno mismo si la autoridad policial -lejos de limitarse a recoger las manifestaciones del acusado-, lo sometió a un interrogatorio destinado a determinar su responsabilidad en el hecho, en abierta violación del art. 316 inc 1º del CPMP (disidencia de los Dres. Belluscio, Petracchi y Boggiano) (CS, 10/8/95, "*Garcia D'Auro, Ramiro Eduardo*" en La Ley, 1996-B-385).

Interrogar como testigo (obligado a declarar bajo juramento de decir verdad y bajo pena de las sanciones que establece el Código Penal para quienes se pronuncian con falsedad) a la persona que según el interrogatorio aparece como sospechosa de ser autora o cómplice de los supuestos hecho ilícitos que se trata de esclarecer puede importar obligarlo o bien a mentir, faltando asi a su juramento e incurriendo en la infracción penal precedentemente señalada, o bien a declarar contra si mismo, contrariando así la prohibición terminante del art. 18 de la Constitución Nacional (disidencia de los Dres. Belluscio, Petracchi y Boggiano) (CS, 10/8/95, "*Garcia D'Auro, Ramiro Eduardo*", en fallo anterior).

No hay delito de falto testimonio si pese al caracter de testimonio bajo el cual se los llamó a declarar, los imputados carecían de esa condición. Se hallan excluídos del delito de falso testimonio los que declarasen en "causa propia", entendiéndose dicha expresión como comprensiva de las manifestaciones que puedan acarrear al sujeto un perjuicio de cualquier naturaleza (CNCas. Penal, Sala I, 23/3/95, "*Archivo s/ falso testimonio Sabella, Pablo*").

Si de las preguntas formuladas en juez puede derivar responsabilidad personal para el testigo, ha de entenderse que declara en causa propia y por lo tanto no le es exigible la verdad de los hechos sobre los que versa el interrogatorio (CNCrim., Sala IV, 3/5/66, "*Montero*", La Ley, 123-628; "*Tomljenovic*", La Ley, 140-700; "*Anselmo c. Garcia*", JA, 1937-59-294; "*Buckar*t", JA, 1946-III-95).

Cuando el art. 18 de la Constitución Nacional dispone categóricamente que ningún habitante de la Nación será penado sin juicio previo, establece el principio de que toda persona debe ser considerada y tratada como inocente de los delitos que se le imputan hasta que en un juicio respetuoso del debido proceso se demuestre lo contrario mediante una sentencia firme (CS, 25/10/2016, "*Carrera, Fernando Ariel s/causa nº 8398*).

Si tras casi nueve años de trámite de la causa aún no ha sido dictada una decisión que trate de modo compatible con el debido proceso la hipótesis de los hechos presentada por la defensa -vinculada con la inocencia en los delitos que se atribuyen- y dado que el análisis parcial e incongruente del caso resulta incompatible con la necesaria certeza que requiere la sanción punitiva adoptada, corresponde que la Corte haga uso de las facultades establecidas en la segunda parte del art. 16 de la ley 48, absolviendo al procesado de conformidad con lo dispuesto por el art. 3° del Código Procesal Penal de la Nación (Ibídem).

Corresponde revocar la decisión que anuló el auto que había rechazado la solicitud de suspensión del juicio a prueba (art. 76 bis del Código Penal) en una causa en que no se ha puesto en crisis la calificación de los sucesos investigados como hechos de violencia contra la mujer, ya que el art. 7 de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer impone considerar que en el marco de un ordenamiento jurídico que ha incorporado al referido instrumento internacional como nuestro país, la adopción de alternativas distintas a la definición del caso en la instancia del debate oral es improcedente, lo que surge de considerar que el sentido del término juicio ("un juicio oportuno" según el inc. f del artículo mencionado) resulta congruente con el significado que en los ordenamientos procesales se otorga a la etapa final del procedimiento criminal, en tanto únicamente de allí puede derivar el pronunciamiento definitivo sobre la culpabilidad o inocencia del imputado, es decir, verificarse la posibilidad de sancionar esta clase de hechos exigida por la Convención (CS, Fallos, 336:392 del 23/04/2013, "*Góngora, Gabriel Arnaldo s/causa n° 14.092*").

Si la anulación del fallo absolutorio a raíz del recurso de casación de la querella obedeció fundamentalmente a una actividad jurisdiccional que, distanciándose de los postulados propios de un modelo acusatorio como el regido por la Constitución Nacional obligó a un tribunal a disponer prueba de oficio que asumió una tendencia incriminante -al punto que modificó sustancialmente el resultado del proceso, trocando absolución por condena-, con la necesaria confusión de roles entre acusador y juez, ello afectó la garantía de defensa en juicio del imputado al someterlo a un segundo riesgo de condena por los mismos hechos, en la medida en que el nuevo proceso resultó de la vulneración de los principios de igualdad y de división de los poderes que caracterizan a la etapa acusatoria del sistema mixto de enjuiciamiento criminal adoptado por la legislación provincial, con mengua del estado de inocencia (Voto del Dr. E. Raúl Zaffaroni) (Fallos, 333:1687).

Además de comprometer seriamente el principio de inocencia, la figura de los arts. 95 y 96 del Código Penal enerva los fundamentos de la responsabilidad personal, la cual, para mantenerse incólume, requiere que el hecho determinado por previa conminación legal e imputado en el proceso, sea atribuible al autor (art. 18 de la Constitución Nacional) (Voto del Dr. Carlos S. Fayt) (Fallos, 331:488).

Corresponde dejar sin efecto la sentencia que declaró improcedente el amparo y dispuso que el Ministerio de Relaciones Exteriores dictase el acto de trámite o de fondo, relativo a la solicitud de ingreso al país de la esposa del recurrente ya que el art. 29 de la nueva ley 25.871 determina una serie de impedimentos al ingreso y permanencia de extranjeros, entre los que no se encuentra la "proclividad al delito", causal bajo la cual se negó el pedido, categoría abandonada para establecer la necesidad en todos los casos, de la existencia de una condena penal (confr. incs. c, f, g, y h) requisito esencial a la luz del principio de presunción de inocencia y del resguardo del debido proceso (Fallos, 330:4554).

En función del principio in dubio pro reo cabe dilucidar si, con las pruebas adquiridas en el proceso, puede emitirse un juicio de certeza sobre que la finalidad invocada -tenencia de estupefacientes para uso personal- de ninguna manera existió. Lo contrario deja un resquicio a la duda, tratándose, cuanto mucho, de una hipótesis de probabilidad o verosimilitud, grados de conocimiento que no logran destruir el estado de inocencia del acusado con base en aquel principio (art. 3 del Código Procesal Penal de la Nación) (Fallos, 329:6019).

La valoración de los hechos o circunstancias fácticas alcanzadas por el in dubio pro reo incluye también los elementos subjetivos del tipo penal, cuya averiguación y reconstrucción resulta imprescindible para aplicar la ley penal. La falta de certeza sobre estos últimos también debe computarse a favor del imputado (Ibídem).

La condena sobre la base de reconocimientos impropios que carecen de apoyatura en otros elementos de convicción, cuando a su vez existen numerosas pruebas que incriminan a un tercero, afecta el principio del in dubio pro reo que deriva de la presunción de inocencia (art. 18 Constitución Nacional y arts. 11.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y 8.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), y su no aplicación descalifica al pronunciamiento en la medida en que obedece a un proceder claramente

> arbitrario que se traduce en la privación de libertad de una persona por un prolongado lapso sin que mediare sentencia fundada en ley (Ibídem).

2.3 El derecho de defensa "lato sensu"

El art. 18 continúa con la regla genérica que sostiene la inmaculación del derecho de defensa. De este aspecto nos vamos a referir en particular más adelante, porqué las proyecciones que tiene en la actualidad distan de aquella defensa técnica que se pensó en los orígenes.

> Si bien la preservación de la garantía de defensa en juicio no exige una mecánica traslación al juez político de las normas vigentes en el marco de los procesos judiciales, debe exigirse como presupuesto de validez el respeto de los principios que hacen a la estructura de todo tipo de juicios y que revisten condición de axiomas para la Constitución Nacional, cuales son, la ocasión de hacer valer los medios de defensa, y la garantía de un pronunciamiento racionalmente fundado por un tribunal imparcial (del voto de los doctores Nazareno y López) (CS, 1994/08/18, "*A. T. E. San Juan, Secretario General Sánchez Héctor*", DJ, 1995-1-954 - ED, 160-15).

La defensa en juicio es para las personas y los derechos, mención que pudo ser casual cuando se estableció en la constitución decimonónica, pero que hoy trasciende el significado al permitir que el individuo se proteja haciendo actuar los principios especiales del proceso penal; y al mismo tiempo los derechos escalan de lo subjetivo a lo grupal permitiendo que se tutelen aquellos que por impacto quedan afectados, como también por otros que no reconozcan una legitimación procesal propia al estar en el plano de lo colectivo.

Esto quiere decir que al encartado se lo debe asistir garantizándole el derecho de defensa en juicio; y también a los derechos, ya no individuales sino los que por influencia quedan alterados, como también los que sean del tipo difuso o de incidencia colectiva.

> La garantía constitucional de la defensa en juicio impone la posibilidad de ocurrir ante un órgano jurisdiccional en procura de justicia (CS, 1991/07/23, "*Alonso, Jorge F. y otros*", La Ley, 1991-E, 637 - DJ, 1992-1-547).
>
> Afecta la garantía de la defensa en juicio la sentencia de la Suprema Corte de la provincia de Buenos Aires que, sin mediar agravio fiscal, modificó el monto de pena aumentándolo, con lo que excedió su jurisdicción e incurrió en una "*reformatio in pejus"* (CS, 1994/09/22, "*Alvarez, Rafael L.*", La Ley, 1995-E, 149 - JA, 1995-I-330).
>
> Debe reputarse incluido en la garantía de defensa en juicio consagrada por el art. 18 de la Constitución Nacional, el derecho de todo imputado a obtener, después de un juez tramitado en legal forma, un pronunciamiento que, definiendo su situación frente a la ley y a la sociedad, ponga término, del modo más rápido posible, a la situación de incertidumbre y de innegable restricción de la libertad que comporta el enjuiciamiento penal (CS, 2000/05/04, "*Amadeo de Roth, Angélica L.*", La Ley, 2001-A, 514, con nota de Augusto M. Morello - DJ, 2001-1-99 - JA, 2001-IV-674).

Sin embargo, de esto nos ocuparemos después. En la inviolabilidad impuesta para la garantía de defensa, lo esencial que se tuvo presente fue que quien debía quedar sometido al enjuiciamiento penal, no sufriera los embates del autoritarismo judicial propio de los sistemas inquisitivos de otrora. Por eso, se reitera la inviolabilidad del domicilio, de la correspondencia particular y de los papeles privados. La abolición de la pena de muerte por causas políticas, y toda especie de tormentos y castigos.

> Para Ferrajoli, este derecho exige que la contienda se desarrolle lealmente y con igualdad de armas, y en perfecta igualdad de las partes: en primer lugar, que la defensa esté dotada de la misma capacidad y de los mismos poderes que la acusación; en segundo lugar, que se admita su papel contradictor en todo momento y grado del procedimiento y en relación con cualquier acto probatorio, de los experimentos judiciales y de las pericias al interrogatorio del imputado, desde los reconocimientos hasta las declaraciones testificales y los careos[70].

Hay entre los contenidos del derecho de defensa tradicional especificaciones no dichas pero presentes por supuestos. Es el caso del derecho a alegar y probar, de tener una resolución debidamente fundada en ley y con derechos a revisar la sentencia condenatoria.

No obstante, nuestra Corte Nacional ha dicho que […]

> Es jurisprudencia invariable de esta Corte que la garantía de la defensa en juicio sólo exige que el litigante sea adecuadamente oído y su efectividad no depende del número de instancias que las leyes establezcan (CS, 27 de diciembre de 1984, "*Anaya, Jorge I.*", La Ley, 1985-A, 360).
>
> Y con relación a lo demás sostiene que […]: La motivación de la sentencia pronunciada en juicio político no sólo hace a la garantía de la defensa en juicio, sino a la esencia del régimen republicano de gobierno, pues no puede privarse a los ciudadanos de la provincia del acceso a las razones concretas que determinaron la revocación de un mandato de gobierno conferido por el voto popular (del voto del doctor Moliné O'Connor) (CS, 18 de agosto de 1994, "*A. T. E. San Juan, Secretario General Sánchez Héctor*", DJ, 1995-1-954 - ED, 160-15).
>
> La violación de la garantía de defensa en juicio en el marco de los juicios políticos, que irrogue un perjuicio a derechos jurídicamente protegidos, puede y debe ser reparada por los jueces de acuerdo con el principio de supremacía de la Constitución y con arreglo al control de constitucionalidad (art. 31 y concs.), siempre que se encuentren reunidos los restantes recaudos de habilitación judicial (Ibídem).
>
> Si bien en orden a la justicia penal, el deber de los magistrados, cualesquiera que fuesen las peticiones de la acusación y la defensa o las calificaciones que ellas mismas hayan formulado con carácter provisional, consiste el precisar las figuras delictivas que juzgan, con plena libertad y exclusiva subordinación a la ley, ese deber encuentra su límite en el ajuste del pronunciamiento a los hechos que constituyen la materia del juez (CS, 10 de diciembre de 1996, "*Acuña, Carlos M. R.*").
>
> La garantía constitucional de la defensa en juicio incluye el derecho a obtener un pronunciamiento rápido dentro de un plazo razonable, pues la dilación injustificada -en el caso, tres años desde que una causa de índole previsional estuvo para dictar sentencia- de la solución de los litigios implica que los derechos puedan quedar indefinidamente sin su debida aplicación, con grave e irreparable perjuicio de quienes los invocan (CS, 14 de junio de 2001, "*Anderle, José C. c. A.N.Se.S.",* DJ, 2001-3-379).
>
> Es arbitraria la sentencia que, al condenar como autor de hurto continuado al apelante, prescinde de individualizar las circunstancias de modo, tiempo y lugar de los ilícitos que se imputan, y más aún, omite determinar concretamente los hechos por los cuales se le reprocha penalmente, violando su derecho de defensa en juicio, al impedirle demostrar que un determinado delito no había sido cometido y, eventualmente, que no se encontraba en el lugar del hecho en las circunstancias de tiempo y lugar en que se cometiera (CS, 14 de septiembre de 1982, "*Andrada, Omar R. y otros*", Fallos, 304:1318).

2.4 Prueba ilícita y castigos abolidos

---

[70] Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del Garantismo Penal*, Trotta, Madrid, 1995, p. 614.

Continúa el art. 18 de la CN indicando que el domicilio es inviolable, como también la correspondencia particular y los papeles privados. Se prohíbe el allanamiento de cosas y lugares sin orden competente y se consignan las penas que quedan desterradas para siempre.

La correspondencia particular y los papeles privados pensados por entonces, significaban evitar la apropiación indebida de prueba de cargo que, de tomarse compulsivamente, afectaba la esfera de los derechos personalísimos.

La dimensión de los derechos tiene presente, en definitiva, la seguridad individual y no es otro el sentido que orientan otras normas primigenias como el Código Civil, en particular el artículo 1071 bis, y el Código Penal que receptó el garantismo del artículo 18 constitucional.

Avanzando en el tiempo, con mayor preocupación, el Pacto de San José de Costa Rica (art. 11), y otros tratados y convenciones (v.gr.: art. 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; art. 17 del Pacto Internacional de derechos civiles y políticos) prefieren evitar toda intromisión arbitraria en la vida privada, domicilio, vida familiar y correspondencia privada, que son los numerales que acepta el derecho a la intimidad en sentido lato.

Esta garantía se fue moldeando, con sentido amplio, con el desarrollo tecnológico y la protección a la intimidad. El caso de las cartas misivas alcanzó los mensajes del correo electrónico, los informes del "pager" o "beeper" (pese a la intervención de un tercero que mediatiza el mensaje pero que participa de la confidencialidad), y todo tipo de mensajero que aplica esa función de correspondencia a particulares. Lo mismo puede ser dicho respecto a los papeles privados, los cuales conservan el derecho al secreto y a su invulnerabilidad (por ejemplo: legajos personales, fichas de trabajo, historias clínicas, etc.). La extensión mentada se aplica a todo tipo de comunicaciones interpersonales, de forma tal que el medio utilizado no es trascendente como sí lo es la garantía que preserva la libertad de intimidad.

> Con la técnica moderna –agrega Bidart Campos[71]- consideramos que la libertad de intimidad se extiende a otros ámbitos: comunicaciones que por cualquier medio no están destinadas a terceros, sea por teléfono, por radiotelegrafía, etc. Este último aspecto atañe simultáneamente a la libertad de expresión: la expresión que se transmite en uso de la libertad de intimidad no puede ser interferida o capturada arbitrariamente. La captación indebida tampoco puede, por ende, servir de medio probatorio. Sería extenso enumerar otros contenidos que quedan amparados en la intimidad, y sobre los cuales sólo puede avanzar una ley suficientemente razonable con un fin concreto de verdadero interés. Así, el secreto financiero y bancario, el retrato o la imagen, etc.

De este modo, debemos partir de la base de sostener que el concepto no está limitado a las cartas misivas, sino a todo tipo de comunicaciones que emitan información privada y que no importa que en el intercambio participen terceras personas. Esta actuación necesaria o contratada de otro individuo o de un medio técnico controlado por otro, no significa publicitar o dar sentido público al envío. Por eso, hay que resguardar y asegurar el derecho a mantener secreta cierta información que le concierne, de modo tal que no esté al alcance de persona alguna, a excepción de autorizaciones judiciales expresamente indicadas.

---

[71] Bidart Campos, Germán J., *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*, Tomo 1: *El derecho constitucional de la libertad*, Ediar, Buenos Aires, 1986, p. 145.

Un aspecto más se vincula con las nuevas modalidades de información que una persona investiga y que, sin saberlo ni quererlo, tiene "buscadores" que siguen sus preferencias para utilizar ese dato obtenido.

No obstante, la relación entre la garantía de inviolabilidad pone en el escenario de la polémica la relación entre intimidad y secreto protegidos, y el deber de investigar que tiene el proceso penal.

Por eso, hay que encontrar algún punto de equilibrio entre prohibir e investigar en la búsqueda del derecho a la verdad. En tal sentido, no todo lo secreto será íntimo; aquello que es revelado en determinadas circunstancias o a determinadas personas aunque no se identifique con la interioridad del individuo, con su esencia personal, deberá ser ocultado por aquellos a quienes se comunicó, es decir, tienen el deber jurídico, además de moral, de no compartir la información recibida con terceros extraños. Si la explicación la abordamos desde la protección a la correspondencia y papeles privados, la cuestión puede ser más clara.

En efecto, el artículo 18 de la Constitución Nacional y distintas normas de los códigos civil y penal, garantizan la inviolabilidad de las cartas y otros papeles privados que contengan la expresión de un pensamiento aunque no esté destinada a ser comunicada a otro, siempre que estén dentro de la esfera de custodia de la persona.

Es decir, la garantía está en el secreto de lo que se dice o escribe, sin importar si las expresiones constituyen revelaciones de intimidades o son hechos intrascendentes. La idea es que la persona tenga libertad para expresar aquello que a otros comunica sin que nadie pueda interferir en forma directa o solapada. Por eso las intercepciones telefónicas son ilegítimas, como lo es también la apertura indebida de una carta, un pliego cerrado o un despacho telegráfico o de cualquier naturaleza.

> En relación con ello la Convención Europea para la protección de los derechos humanos resguarda la capacidad legal de mantener cierta información secreta o fuera del alcance de la autoridad estatal y de otras personas. El artículo 8º se preocupa e insiste sobre la inviolabilidad de la correspondencia, el domicilio y la vida privada y familiar, a excepción que una ley lo autorice expresamente y constituya una medida resuelta dentro de una sociedad democrática. Además, debe revestir el carácter de "necesaria" para sostener la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de las libertades y derechos de los demás.

Es decir, la privacidad se recorta en dos vertientes: la vida personal y la vida familiar, y en la misma línea, la inviolabilidad del domicilio y de la correspondencia particular. Por eso la vida privada excede a la intimidad, y por tanto comprende, además de los bienes que el fallo enumera, otros como la imagen y el honor.

> La distancia entre vida personal y derecho a la intimidad no supone que la primera necesite de una regulación legal expresa mientras la segunda cuente con respaldo constitucional, en razón de que nuestro país, de conformidad con el artículo 75 inciso 22 de la Ley Fundamental, reconoce varios tratados y convenciones donde se distingue la defensa que al domicilio, a la correspondencia, a la propia imagen y a la individualidad se dispensa.
>
> De algún modo puede coincidir con esta idea la opinión de Martínez Sospedra cuando expresa que […] "de este modo aquellas áreas de la vida privada que exceden del ámbito de la intimidad y no se hallan protegidas ni por el derecho fundamental a la misma ni por los otros derechos fundamentales con incidencia en aquella obtienen protección constitucional mediante la internalización de las disposiciones de los tratados que reconocen el derecho a la vida privada que provoca la ratificación de los mismos. En sentido estricto no hay, pues, en nuestro ordenamiento (España) un derecho propiamente constitucional a la vida privada,

> pero si existe, mediante la vía señalada, una suerte de derecho paraconstitucional, si bien el mismo sólo es protegible en amparo en aquellos supuestos en que se puede obtener la cobertura del artículo 18 de la Constitución española"[72].

La jurisprudencia argentina ha progresado en esta línea, dando un sentido más acorde con la finalidad tuitiva del art. 18.

> En ningún caso las medidas de oficio que está autorizada a tomar la administración pueden extenderse a la apropiación de papeles en el domicilio de los particulares que puedan comprometer el secreto de la correspondencia y de los negocios privados (CS, 9 de junio de 1891, "*Charles Hnos*.", Fallos 46:36).
>
> Ya sean auténticos o falsos, los papeles privados no pueden servir de base a un procedimiento ni de fundamento a un juez: si lo primero, porque siendo el resultado de una sustracción y de un procedimiento injustificable y condenado por la ley, aunque se halla llevado a cabo con el propósito de descubrir y perseguir un delito o de una pesquisa desautorizada y contraria a derecho, la ley, en el interés de la moral y de la seguridad y secreto de las relaciones sociales, los declara inadmisibles; y si lo segundo, porque su naturaleza misma se opone a darles valor y mérito alguno (Ibídem).
>
> El art. 18 de la CN consagra el derecho individual a la privacidad del domicilio de todo habitante -correlativo del principio general del art. 19 CN-, en cuyo resguardo se determina la garantía de su inviolabilidad, oponible a cualquier extraño, sea particular funcionario público (CS, 27/11/84, "*Fiorentino*", Fallos, 306:1752).
>
> Si el consentimiento puede admitirse como una causa de legitimación para invadir la intimidad de la morada, él ha de ser expreso y comprobadamente anterior a la entrada de los representantes de la autoridad pública a la vivienda, no debe mediar fuerza o intimidación, y a la persona que lo presta se le debe hacer saber que tiene derecho a negar la autorización para el allanamiento (del voto del Dr. Petracchi) (CS, 27 de noviembre de 1984, "*Fiorentino*", Fallos 306:1752).
>
> La protección constitucional del domicilio no se puede anular absolutamente, porque esto le estaría vedado aun a los jueces, y la orden de allanamiento sólo tiene por efecto franquear este domicilio a único fin de realizar una diligencia concreta. Mientras dura la diligencia se encuentra enervado el derecho de exclusión del habitante de la morada, de modo que carecerían de eficacia las objeciones que pretendieran oponer a cualquier acto que constituyera una ampliación del objeto de la pesquisa; porque su intimidad ha sido en concreto desguarnecida por mandato judicial. Pero una vez que la pesquisa ha concluido, recupera su derecho de oponerse a la entrada de un tercero ajeno a la morada, aun en el caso de encontrarse en la imposibilidad material de repeler la entrada (Fallos, 310:85).
>
> La existencia de un consentimiento tácito al registro del domicilio no puede presumiese por la mera ausencia de reparos, si en las particulares circunstancias esperar una actitud de resistencia importaría una postura no exigible con arreglo a la conducta ordinaria de las personas (Fallos 310:85).
>
> El allanamiento de domicilio supone necesariamente una actividad dirigida a vencer la voluntad de su titular; prestando el titular del domicilio su consentimiento para el ingreso de la autoridad, no resulta de aplicación lo dispuesto por el art. 188 del Código de Procedimientos en materia penal, que supone allanamiento, ni el art. 189, que prevé las excepciones a la regla establecida por el anterior (Fallos, 311:367).
>
> Es infundado el agravio según el cual existiría violación a la garantía del art. 18 CN por haberse obtenido pruebas del cargo como consecuencia de allanamientos domiciliarios ilegales, si la apelante no se hizo cargo de los argumentos del fallo en el sentido de que el

---

[72] Martínez Sospedra, Manuel, *Sobre la intimidad. Derecho a la intimidad, vida privada y* privacy. *El art. 18 CE* in principio *en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, en *Sobre la intimidad*, Fundación Universitaria San Pablo C.E.U., Valencia, 1996, p. 68.

ingreso en el hotel donde residía el imputado fue consentido por la mujer con la que convivía y que en ese momento ejercía la titularidad del derecho de exclusión (Fallos, 311:962).

Si la orden de captura existía con anterioridad al ingreso a la morada, el que se produjo después de haberse frustrado su aprehensión durante anteriores domiciliarios, como consecuencia de la disposición de medios técnicos poco comunes por parte del procesado, el que fue puesto a disposición del juez inmediatamente después del procedimiento impugnado, no se verifica violación alguna a la garantía de la inviolabilidad de domicilio (CS, "*Gordon*", Fallos, 311:2045).

Si el capitán del buque autorizó el ingreso de funcionarios de policía de la navegación al camarote destinado a vivienda de la tripulación, no existe allanamiento que requiera orden judicial. En una construcción flotante corresponde al capitán la titularidad del derecho de exclusión (Fallos, 311: 2171)

No es nula la diligencia de secuestro sí el procesado reconoce haber dado su consentimiento para el ingreso a su domicilio de los preventores y no ha invocado, ni cabe suponer, la existencia de ningún vicio en tal consentimiento prestado cuando se encontraba detenido (Fallos, 313:612).

Fuera de los supuestos de necesidad previstos por el art. 189 citado, o de la existencia de consentimiento para el ingreso, expresado sin vicio alguno de la voluntad, resulta necesaria la orden de allanamiento expedida por el juez competente para el acceso al domicilio o morada por parte de los funcionarios de la autoridad pública encargados de su visita y ulterior pesquisa (CS, 11 de diciembre de 1990, "*Fiscal v. Victor Hugo Fernandez*", Fallos, 313:1305).

No se advierte interferencia ilegítima del Estado en un ámbito en el que, como el domicilio, una persona puede tener la mayor expectativa de intimidad y privacidad, si no obstante que el ingreso de un coprocesado y del oficial que lo acompañaba encubría un procedimiento policial, se produjo por la amistad existente entre el procesado y su cómplice, no existiendo engaño alguno que viciara la voluntad del imputado, no fue practicada pesquisa, registro, inspección o requisa, y el paquete que contenía el estupefaciente fue obtenido por entrega voluntaria del procesado a su cómplice (Ibídem).

Si el titular del derecho de exclusión permitió el acceso a su casa de dos personas, una de las cuales desconocía y era un oficial de policía, sin indagar los motivos del acompañamiento ni cerciorarse debidamente de la identidad del desconocido y con entera libertad desprecio por las eventuales consecuencias de su proceder, descorrió el velo de protección de la intimidad de su hogar y realizó actos que permitieron comprobar el grave delito que estaba cometiendo, no puede ser posteriormente amparado por la cláusula del art. 18 de la Constitución Nacional (Ibídem).

No es válido el secuestro practicado en el cofre cerrado asignado a un dependiente, quien conservaba la llave, si no existió orden judicial de allanamiento, ya que esos recintos privados deben recibir la misma protección que el domicilio (CNCrim., Sala IV, 11 de septiembre de 1990, "*Ayala, Gustavo*", DJ 1991-655).

La invalidez del acta de secuestro por haber sido practicado éste sin orden judicial de allanamiento no impide la condena del procesado si existen suficientes pruebas de la materialidad del hecho y de su responsabilidad, con prescindencia de las viciadas (Ibídem).

2.5 Las cárceles no serán para castigo

El párrafo final es programático, y una expresión de deseos que debiera ser considerado en igual dimensión de las responsabilidades que tiene el Estado para cumplir con los derechos humanos.

En términos generales, la Comisión IDH, ha realizado visitas de inspección en distintos sistemas carcelarios latinoamericanos, advirtiendo en casi todos ellos que no existen

> criterios mínimos de clasificación de la población interna. Por lo común, en los recintos carcelarios no están separados los individuos condenados de los penados, ni existe una selección con relación a la gravedad de los delitos cometidos. La distribución de los internos es caótica y se basa, principalmente, en religión, zona geográfica de origen o bandas y vínculos afectivos, familiares o amistosos.
>
> En definitiva se ha generado un sistema donde prevalece la corrupción en el interior de la gran mayoría de los centros carcelarios nacionales y que involucra a una cifra destacable de funcionarios públicos, lo cual implica el cobro de altísimas sumas de dinero para garantizar la seguridad y los privilegios, así como el tráfico de estupefacientes y armas de fuego en las instalaciones carcelarias.
>
> En marzo de 1996 *Human Rights Watch / Américas* recomendó un plan de emergencia nacional (era para Venezuela) para el mejoramiento del sistema penitenciario, dada la gravedad de los problemas y la necesidad de resolverlos cuanto antes. "Las iniciativas emprendidas por el gobierno desde nuestra visita, aunque algunas sean alentadoras (se refieren a la demolición del Retén de Catia) son insuficientes para remediar los defectos masivos del sistema. La desfavorable historia de la reforma de las prisiones en Venezuela no aconseja una reforma por niveles y poco sistemática" indican.
>
> Afirma Human Rights Watch que las condiciones de las prisiones violan tanto las leyes internas como las normas internacionales de derechos humanos. El hacinamiento, es una de las más graves situaciones encontradas por esta organización, lo cual se combina con la falta de agilidad procesal. Una gran proporción no tiene condena por delitos y se encuentran procesados o esperando esa condición, a pesar de continuar detenidos.
>
> Existen dos razones básicas por las cuales las prisiones albergan tales desproporcionadas e injustificadas cantidades de prisioneros preventivos. En primer lugar, la mayoría de los procesados penales son encarcelados en lugar de concederles libertad provisional mientras sus procesos están pendientes, lo que supone una violación de las normas internacionales que exigen que se conceda generalmente la libertad durante el juicio. En segundo lugar - debido a que el sistema de justicia es ineficaz, está sobrecargado y politizado; o porque los procesos penales se llevan a cabo de acuerdo a un código procesal anticuado; sin perjuicio de que muchos prisioneros carecen de acceso efectivo al asesoramiento legal y, con frecuencia, ni siquiera pueden presentarse físicamente ante los tribunales- es típico que los casos penales se prolonguen durante años. En particular, cuando los procesados están detenidos, este retraso indebido viola las normas internacionales que exigen que el proceso penal sea completado en un tiempo razonable.
>
> En su informe *Human Rights Watch* se refiere además al tema de las inspecciones vaginales durante las visitas de familiares, las deplorables condiciones físicas de muchas prisiones, la deficiente atención médica, el problema del ocio y la inactividad, y el tema de las visitas conyugales de las prisioneras femeninas, entre otros asuntos.

La protección internacional derivada de Pactos y Convenciones es manifiesta. El art. 10 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos indica que […] "toda persona privada de libertad será tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano". Por su parte los Principios básicos elaborados por las Naciones Unidas para el tratamiento de reclusos expresa que […] "con excepción de las limitaciones que sean evidentemente necesarias por el hecho del encarcelamiento todos los reclusos seguirán gozando de los derechos humanos y libertades fundamentales consagrados en la Declaración Universal de Derechos Humanos..." (aprobado por Asamblea General, resolución 45-111 del 14 de diciembre de 1990, ap. 5°).

El Conjunto de Principios para la Protección de todas las Personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión prescribe que […] "Ninguna persona sometida a cualquier forma de detención o prisión será sometida a tortura o a tratos crueles o penas

crueles, inhumanas o degradantes. No podrá invocarse circunstancia alguna como justificativo para la tortura o de otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (Principio Sexto, Asamblea General Resol. 43/173 del 9 de diciembre de 1998). Por su parte las Reglas Mínimas para el tratamiento de reclusos expresan que […] "Los reclusos pertenecientes a categorías diversas deberán ser alojados en diferentes establecimientos o en diferentes secciones dentro de los establecimientos, según su sexo y edad, sus antecedentes, los motivos de su detención y el trato que corresponda aplicarles.

> Es decir que: a) Los hombres y las mujeres deberán ser recluidos, hasta donde fuere posible, en establecimientos diferentes; en un establecimiento en el que se reciban hombres y mujeres, el conjunto de locales destinado a las mujeres deberá estar completamente separado; b) Los detenidos en prisión preventiva deberán ser separados de los que están cumpliendo condena; c) Las personas presas por deudas y los demás condenados a alguna forma de prisión por razones civiles deberán ser separadas de los detenidos por infracción penal; d) Los detenidos jóvenes deberán ser separados de los adultos (arts. 8 y 9 aprobadas por el Consejo Económico y Social en sus res. 663 C 31-7-57 y -52- 2076-13-5-77).

Respecto a los niños, y en igual sentido, la regla 13.5 de 1997 de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad establece que […]: "No se deberá negar a los menores privados de libertad, por razón de su condición, los derechos civiles, económicos, sociales o culturales que les correspondan de conformidad con la legislación nacional o el derecho internacional y que sean compatibles con la privación de la libertad".

Asimismo, las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores (Reglas de Beijing) disponen que: Los menores confinados en establecimientos penitenciarios recibirán los cuidados, la protección y toda la asistencia necesaria Csocial, educacional, profesional, sicológica, médica y físicaC que puedan requerir debido a su edad, sexo y personalidad y en interés de su desarrollo sano.

> También resultan importantes, sobre el agravamiento de las condiciones de detención la Declaración sobre Protección de Todas las Personas contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (Adoptada por la Asamblea General en su resolución 3452 (XXX), del 9 de diciembre de 1975), la Convención Contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles Inhumanos o Degradantes (Adoptada y abierta a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 39/46, de 10 de diciembre de 1984), así como las Observaciones del Comité Derechos Humanos respecto "Las Torturas y las Penas o Tratos Crueles Inhumanos o Degradantes" (art. 7 del 30 de julio de 1982); Trato Inhumano de las Personas Privadas de su libertad (art. 10) del 30 de julio de 1982 Observación General n° 9 del 10 de abril de 1992, la Observación n° 20 y 21 del 10 de abril de 1992, entre otras.

Con relación a las formas para determinar las condiciones de alojamiento de los detenidos, resultan aplicables las "Reglas Mínimas para el tratamiento de los reclusos adoptadas por el 1° Congreso de la Naciones Unidas sobre prevención del delito y tratamiento del delincuente".

El caso *Verbitsky*[73] le permitió a la Corte analizar el contenido colectivo del artículo 18 con relación al sentido que tiene formular que las cárceles deben ser un ambiente de reinserción y no un sitio de castigo. Con ello, se confirmó que no es este artículo una garantía individual, porque aunque la Constitución no menciona en forma

[73] Fallos, 328:1146.

expresa el habeas corpus como instrumento deducible también en forma masiva, es lógico suponer que si se reconoce la tutela colectiva de los derechos citados en el párrafo segundo, con igual o mayor razón la Constitución otorga las mismas herramientas a un bien jurídico de valor prioritario y del que se ocupa en especial, no precisamente para reducir o acotar su tutela sino para privilegiarla.

El tribunal en un precedente anterior había dicho que […]

> "Si el estado no puede garantizar la vida de los internos ni evitar las irregularidades que surgen de la causa de nada sirven las políticas preventivas del delito ni menos aún las que persiguen la reinserción social de los detenidos. Es más, indican una degradación funcional de sus obligaciones primarias que se constituye en el camino más seguro para su desintegración y para la malversación de los valores institucionales que dan soporte a una sociedad justa" (Fallos: 318:2002).

Cabe considerar, además, que el funcionamiento de las cárceles es función del Poder Ejecutivo, dejando la misión de control en el Poder Judicial. Esta característica pone en duda si puede la jurisdicción evaluar la forma dispuesta para ejecutarlo, en la medida que podría tratarse de una cuestión claramente no judiciable. Sin embargo, corresponde sin duda alguna al Poder Judicial de la Nación garantizar la eficacia de los derechos, y evitar que éstos sean vulnerados, como objetivo fundamental y rector a la hora de administrar justicia y decidir las controversias.

> Ambas materias se superponen parcialmente cuando una política es lesiva de derechos, por lo cual siempre se argumenta en contra de la jurisdicción, alegando que en tales supuestos media una injerencia indebida del Poder Judicial en la política, cuando en realidad, lo único que hace el Poder Judicial, en su respectivo ámbito de competencia y con la prudencia debida en cada caso, es tutelar los derechos e invalidar esa política sólo en la medida en que los lesiona. Las políticas tienen un marco constitucional que no pueden exceder, que son las garantías que señala la Constitución y que amparan a todos los habitantes de la Nación; es verdad que los jueces limitan y valoran la política, pero sólo en la medida en que excede ese marco y como parte del deber especí- fico del Poder Judicial. Desconocer esta premisa sería equivalente a neutralizar cualquier eficacia del control de constitucionalidad. No se trata de evaluar qué política sería más conveniente para la mejor realización de ciertos derechos, sino evitar las consecuencias de las que clara y decididamente -38- ponen en peligro o lesionan bienes jurídicos fundamentales tutelados por la Constitución, y, en el presente caso, se trata nada menos que del derecho a la vida y a la integridad física de las personas[74].

En consecuencia cuando el art. 18 que se menciona prescribe que "*las cárceles de la Nación serán sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ella, y toda medida que a pretexto de precaución conduzca a mortificarlos más allá de lo que ella exija, hará responsable al juez que la autorice*", reconoce a las personas privadas de su libertad el derecho a un trato digno y humano, como así también establece la tutela judicial efectiva que garantice su cumplimiento.

El alcance de este texto ha sido puesto en discusión, dudándose si abarcaba a los condenados, pues tiene un claro origen histórico iluminista referido a la prisión cautelar, como que parece provenir de Lardizábal […]

> "Aunque la cárcel no se ha hecho para castigo, sino para custodia y seguridad de los reos..." (Discurso sobre las penas contrahido á las leyes criminales de España, para facilitar su reforma, Madrid, 1782, p. 211, edición con estudio preliminar de Manuel de Rivacoba y Rivacoba, Fundación Sancho El Sabio, Vitoria, 2001). Sin embargo, ha quedado superada

---

[74] Fallos, 328:1146.

> la discusión después de la reforma constitucional de 1994, en cuanto a que los fines reintegradores sociales de la pena de prisión están consagrados en virtud del inc. 22 del art. 75 constitucional, y, además, en el caso se refiere al 75% de los amparados, que son presos cautelares[75].

El postulado del art. 18, contenido en el capítulo concerniente a las declaraciones, derechos y garantías, reconoce una honrosa tradición en nuestro país ya que figura en términos más o menos parecidos en las propuestas constitucionales de los años 1819 y 1824 a más de integrar los principios cardinales que inspiran los primeros intentos legislativos desarrollados por los gobiernos patrios en relación a los derechos humanos.

Aunque la realidad se empeña muchas veces en desmentirlo, cabe destacar que la cláusula tiene contenido operativo. Como tal impone al Estado, por intermedio de los servicios penitenciarios respectivos, la obligación y responsabilidad de dar a quienes están cumpliendo una condena o una detención preventiva la adecuada custodia que se manifiesta también en el respeto de sus vidas, salud e integridad física y moral.

> "La seguridad, como deber primario del Estado, no sólo importa resguardar los derechos de los ciudadanos frente a la delincuencia sino también, como se desprende del citado art. 18, los de los propios penados, cuya readaptación social se constituye en un objetivo superior del sistema y al que no sirven formas desviadas del control penitenciario" (Fallos: 318:2002).

La Corte IDH se ha pronunciado de modo mucho más específico sobre este sentido protector, al analizar la violaciones de diversos derechos de la Convención Americana, en virtud de las condiciones de detención en el Establecimiento "Panchito López" en el Paraguay, que resultan de ineludible exposición […]

> En dicho caso el tribunal internacional tuvo por probado que el crecimiento de la población carcelaria, originó serios problemas de hacinamiento e inseguridad entre los internos de dicho instituto paraguayo. Los internos se encontraban recluidos en celdas insalubres con escasas instalaciones higiénicas; mal alimentados y carecían de asistencia médica psicológica y dental adecuada. Los internos que sufrían discapacidades físicas, enfermedades mentales y/o problemas de adicciones, no disponían de una atención médica acorde con las necesidades especiales. Contaban con pocas oportunidades de hacer ejercicio o de participar en actividades recreativas. Muchos de los internos no tenían camas, frazadas y/o colchones, con lo cual se vieron obligados a dormir en el suelo, hacer turnos con sus compañeros o compartir camas y colchones. La falta de camas y colchones, junto con el hacinamiento, facilitaron que hubiera abusos sexuales entre los internos. También sostuvo que a pesar de que el nuevo código procesal paraguayo establecía que la prisión preventiva es la excepción a la regla que es la libertad, "la implementación de esa norma no se llevó a cabo por completo, pues la mayoría de los internos se encontraban procesados sin sentencia". Además los internos procesados sin sentencia no estaban separados de los condenados en el Instituto. Respecto al hacinamiento consideró que fomentaba la desesperación y las tendencias hacia la violencia de los internos, y que "en vez de ser rehabilitados en el Instituto para una reinserción satisfactoria en la sociedad, los internos fueron sometidos a sufrimientos diarios y por lo tanto, a un proceso de aprendizaje negativo y vicioso, el cual, en parte, explicaba el alto índice de reincidencia de los mismos". Como consecuencia de tal estado de hacinamiento se produjeron varios incendios que el Instituto no estaba en condiciones de repeler, ocasionado la muerte de algunos de ellos[76].

---

[75] Fallos, 328:1146.

[76] Corte IDH, *Caso "Instituto de Reeducación del Menor vs. Paraguay". Fondo, Reparaciones y Costas*, sentencia de 2 de setiembre de 2004.

En tal contexto, la Corte Interamericana interpretó los derechos y garantías previstos en el art. 5 de la Convención, el que establece en lo conducente que:

1) Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral.

2) Nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano.

3) La pena no puede trascender de la persona del delincuente.

4) Los procesados deben estar separados de los condenados, salvo en circunstancias excepcionales y serán sometidos a un tratamiento adecuado a su condición de personas no condenadas.

5) Cuando los menores puedan ser procesados, deben ser separados de los adultos y llevados ante tribunales especializados, con la mayor celeridad posible, para su tratamiento.

6) Las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados.

> Quien sea detenido tiene derecho a vivir en condiciones de detención compatibles con su dignidad personal y el Estado debe garantizarle el derecho a la vida y a la integridad personal, y que es el Estado el que se encuentra en una posición especial de garante, toda vez que las autoridades penitenciarias ejercen un fuerte control o dominio sobre las personas que se encuentran sujetas a su custodia. De este modo, se produce una relación e interacción especial de sujeción entre la persona privada de libertad y el Estado, caracterizada por la particular intensidad con que el Estado puede regular sus derechos y obligaciones y por las circunstancias propias del encierro, en donde al recluso se le impide satisfacer por cuenta propia una serie de necesidades básicas que son esenciales para el desarrollo de una vida digna.
>
> Que, en cuanto al derecho a la integridad personal, el tribunal señaló que es de tal importancia que la Convención Americana lo protege particularmente al establecer, inter alia, la prohibición de la tortura, los tratos crueles, inhumanos y degradantes y la imposibilidad de suspenderlo durante estados de emergencia. Agregó que el derecho a la integridad personal no sólo implica que el Estado debe respetarlo (obligación negativa), sino que, además, requiere que el Estado adopte todas las medidas apropiadas para garantizarlo (obligación positiva), en cumplimiento de su deber general establecido en el art. 1.1 de la Convención Americana.

3. La defensa en juicio en la jurisprudencia de la Corte IDH

En términos convencionales el debido proceso se traduce centralmente en las "garantías judiciales" reconocidas en el artículo 8 de la Convención Americana. La referida disposición convencional contempla un sistema de garantías que condicionan el ejercicio del *ius puniendi* del Estado y que buscan asegurar que el inculpado o imputado no sea sometido a decisiones arbitrarias, toda vez que se deben observar "las debidas

garantías" que aseguren, según el procedimiento de que se trate, el derecho al debido proceso[77].

Asimismo, otras disposiciones de dicho instrumento internacional, tal como los artículos 7 y 25 de la Convención, contienen regulaciones que se corresponden materialmente con los componentes sustantivos y procesales del debido proceso.

En el *Caso Cantoral Huamaní y García Santa Cruz vs. Perú*, que se refería a las ejecuciones extrajudiciales de líderes sindicales, la Corte Interamericana sostuvo que las exigencias del artículo 8 de la Convención […]

> "Se extienden también a los órganos no judiciales a los que corresponda la investigación previa al proceso judicial […]"[78]. Por lo tanto, desde el inicio de las primeras diligencias de un proceso deben concurrir las máximas garantías procesales para salvaguardar el derecho del imputado a la defensa[79]. Asimismo, deben concurrir los elementos necesarios para que exista el mayor equilibrio entre las partes, para la debida defensa de sus intereses y derechos, lo cual implica, entre otras cosas, que rija el principio de contradictorio[80].

El derecho a la defensa es un componente central del debido proceso que obliga al Estado a tratar al individuo en todo momento como un verdadero sujeto del proceso, en el más amplio sentido de este concepto, y no simplemente como objeto del mismo[81]. La garantía se debe cumplir desde la imputación y sólo culmina cuando finaliza el proceso, incluyendo, en su caso, la etapa de ejecución de la pena[82].

El derecho a la defensa se proyecta en dos facetas dentro del proceso penal: por un lado, a través de los propios actos del inculpado, siendo su exponente central la posibilidad de rendir una declaración libre sobre los hechos que se le atribuyen y, por el otro, por medio de la defensa técnica, ejercida por un profesional del derecho, quien

---

[77] Cfr. Excepciones al Agotamiento de los Recursos Internos (arts. 46.1, 46.2.a y 46.2.b, Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-11/90 del 10 de agosto de 1990. Serie A Nº 11, párr. 28, y *Caso J. vs. Perú*, supra, párr. 258.

[78] *Caso Cantoral Huamaní y García Santa Cruz vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 10 de julio de 2007. Serie C Nº 167, párr. 133, y *Caso J vs. Perú, supra*, párr. 182. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos también ha afirmado la aplicación de las exigencias del debido proceso a los procedimientos previos al juicio. En efecto, aunque el objetivo principal del artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos [derecho a un proceso equitativo] en lo que se refiere a los procesos penales, es garantizar un juicio justo por un "tribunal" competente para determinar "cualquier acusación en materia penal", el Tribunal Europeo ha sostenido que ello no implica que el artículo no sea aplicable a actuaciones previas al juicio. Así, dicha disposición, y especialmente su apartado relativo a las garantías mínimas del acusado, pueden ser relevantes antes de enviar un caso a juicio si y en la medida en que la justicia [*fairness*] del juicio pueda ser seriamente perjudicada por una falla inicial en satisfacer los requerimientos del juicio justo. TEDH, *Caso de Dzuhlay vs. Ucrania*, Nº 24439/06. Sentencia de 3 de abril de 2014, párr. 84.

[79] Cfr. *Caso Palamara Iribarne vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C Nº 135, párrs. 174 y 175.

[80] Cfr. *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño.* Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A Nº 17, párr. 132, y *Caso Palamara Iribarne vs. Chile, supra*, párr. 178.

[81] Cfr. *Caso Barreto Leiva vs. Venezuela. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 17 de noviembre de 2009. Serie C Nº 206, párr. 29, y *Caso Argüelles y otros vs. Argentina, supra*, párr. 175.

[82] Cfr. *Caso Barreto Leiva vs. Venezuela*, supra, párr. 29, y *Caso Argüelles y otros vs. Argentina, supra***,** párr. 175.

cumple la función de asesorar al investigado sobre sus deberes y derechos y ejecuta, *inter alia*, un control crítico y de legalidad en la producción de pruebas[83].

[83] Cfr. *Caso Barreto Leiva vs. Venezuela*, supra, párr. 61, **y** *Caso Argüelles y otros vs. Argentina, supra*, párr. 177**.**

CAPÍTULO III

LA DEFENSA TÉCNICA

Sumario: 1. Generalidades; 2. La defensa como garantía individual: *2.1 El abogado de confianza; 2.2 Defensa técnica idónea; 2.3 La defensa gratuita;* 3. La defensa en los procesos constitucionales; 4. Evitar la indefensión: *4.1 Efectos de la indefensión; 4.2 Los tiempos de la indefensión; 4.3 Determinantes de la indefensión;* 5. Contenidos básicos y esenciales del derecho de defensa: *5.1 El derecho a la contradicción (principio de bilateralidad); 5.2 El derecho a ser oído y las situaciones urgencia para resolver; 5.3 Espacios del debido proceso*.

1. Generalidades

La defensa en juicio tiene tantas connotaciones que bien podría aplicarse la noción para hablar de debido proceso, o de principios procesales sustanciales y adjetivos, o para referir al ejercicio activo de un derecho contra la acción que otro promueve.

Sin embargo, tantas acepciones resultan propias de ampliaciones que suscitaron la acumulación de contenidos, donde resulta claro que en un primer tiempo el derecho de defensa se adopta como una suerte de reacción contra el ataque, para ir afinando el concepto hacia lo implícito y necesario de esa resistencia, hasta quedar radicado como garantía individual, y principio del proceso cualquiera sea la forma de desarrollo.

De este modo, el derecho de defensa que antes se vinculó para caracterizar al debido proceso, hoy forma parte de él, mostrando aspectos particulares que refuerza, como son la asistencia letrada idónea y la prohibición de indefensión, entre otros contenidos.

El nudo problemático que presenta el tema está, precisamente, en esas dos facetas. La primera que relaciona al derecho de defensa como una garantía individual del que enfrenta a otro que demanda o acusa; y la restante para diferenciar los contenidos de la garantía respecto de los que abarca el debido proceso.

> En el primer terreno, algunos sostienen que […] "la expresión *defensa* no es acertada para calificar, con carácter general, a la actuación de una persona que se dirige a un tribunal, ya sea como sujeto activo o como sujeto pasivo del proceso, para que se declare su derecho en un caso concreto"[84]; mientras que la doctrina tradicional piensa que el derecho de defensa no debe quedar circunscripto a la réplica de un ataque precedente porque dentro de ella habitan otros sectores como: […] "el ejercicio personal o directo de un derecho subjetivo, sin que su titular haya sufrido ataque previo…; el ejercicio de facultades atribuidas al mando para hacer frente a situaciones de excepción…; el ejercicio de una potestad por uno de los sujetos en litigio…; el derecho de combate entre partes enfrentadas, que fían de la

[84] Carocca Pérez, Alex, *Garantía Constitucional de la defensa procesal*, Bosch, Barcelona, 1998, p. 16.

> fuerza y no a la razón la decisión de sus diferencias; o bien, el derecho de coacción sobre la contraparte para lograr imponer el prevalecimiento de los propios intereses"[85].

En este campo la discusión se concentra en saber si el derecho de defensa es una garantía de réplica, o si también lo tiene todo el que actúa en un proceso sin diferenciar el rol que ocupa (actor o demandado).

Con relación a los contenidos, la fórmula amplia del art. 18 de la Constitución Nacional Argentina, permite comprender extensiones que trascienden las dispuestas para el proceso penal. Obsérvese que dispone que […] "*Es inviolable la defensa en juicio de la persona y de los derechos*…", de manera que no incluye únicamente a la tutela individual sino también a los derechos que tras ella se disciplinan.

La cuestión en esta área es desentrañar si las leyes que reglamentan el ejercicio pueden disponer modalidades conforme las circunstancias de estudio, tolerando que cada derecho tome o no adaptaciones o singularidades.

2. La defensa como garantía individual

El derecho de defensa, interpretado como garantía individual, significa acordar un derecho subjetivo a la persona que necesita de consejos y asesoramiento técnico jurídico para argumentar y proteger los derechos que pretende[86].

El sentido va más allá de evitar la indefensión, al perseguir que quienes actúan ante la justicia estén asesorados adecuadamente, permanentemente instruidos, y técnicamente capaces de soportar las exigencias, vaguedades y ambigüedades del proceso judicial.

> La Constitución española se refiere específicamente al "derecho de defensa", llevando al Tribunal Constitucional de ese país a decir que […] "el derecho de defensa y asistencia de letrado que el párrafo 2º del art. 24 de la Constitución reconoce de forma incondicionada a todos es, por tanto, predicable en el ámbito procesal penal no sólo de los acusados, sino también de quienes comparecen como acusadores particulares ejerciendo la acción como perjudicados por el hecho punible. A ellos hay que añadir que el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, en su art. 6.3, *c*, y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en su art. 14.3, *d*, al referirse a los derechos mismos que han de garantizarse a todo acusado, incluye entre ellos el de ser asistido por un defensor de su elección. Por lo que el derecho de defensa y asistencia de letrado consagrado en el art. 24.2 de la Constitución, interpretado de acuerdo con los textos internacionales mencionados, por imperativo del art. 10.2 de la misma, comporta de forma esencial el que el interesado pueda encomendar su representación y asesoramiento técnico a quien merezca su confianza y considere más adecuado para instrumentar su propia defensa, máxime cuando la actuación procesal se supedita al requisito de la postulación" (T.C., sentencia del 24 de Julio de 1981, Sala I).

---

[85] Alcalá Zamora y Castillo, Niceto, *Proceso, autocomposición y autodefensa*, Instituto de Investigaciones Jurídicas – UNAM, México, 1991, ps. 59/60.

[86] Dice Bernal Pulido que […] "El derecho de defensa se erige como uno de los principios integradores más importantes del debido proceso. Este derecho concreta la garantía de la participación de los interlocutores en el discurso jurisdiccional, sobre todo para ejercer facultades de presentar argumentaciones y pruebas. De este modo, el derecho de defensa garantiza la posibilidad de concurrir al proceso, hacerse parte en el mismo, defenderse, presentar alegatos y pruebas. Cabe decir que este derecho fundamental se concreta en dos derechos: en primer lugar el derecho a la contradicción, y, en segundo lugar, el derecho a la defensa técnica…" (Bernal Pulido, Carlos, *El derecho de los derechos*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2005, p. 368).

La cuestión no admite diferencias entre "causas civiles y penales", porque el compromiso constitucional se funda en un concepto previo, por el cual todo proceso judicial debe solventar la "garantía" de protección al justiciable y efectivo cumplimiento del orden jurídico.

Al constituirse en una garantía concreta, es inalienable e irrenunciable por el individuo, prohibiendo situaciones de autodefensa o de exclusión[87].

En consecuencia, la garantía se convierte en una suerte de "*derecho al abogado*" a través del cual toda persona podrá atesorar el cuidado especializado de un profesional desde el comienzo de las actuaciones judiciales y hasta la terminación de la causa, incluida la ejecución de la sentencia.

El patrocinio letrado es obligatorio y de confianza, de manera que cuando un individuo no pueda, por razones económicas, hacerse representar por un abogado de su elección, el Estado debe proveer la asistencia que resguarde el efectivo derecho de defensa.

> La Corte Constitucional de Colombia afirma que una de las principales garantías del debido proceso, es precisamente el derecho a la defensa, entendido como la oportunidad reconocida a toda persona, en el ámbito de cualquier proceso o actuación judicial o administrativa, de ser oída, de hacer valer las propias razones y argumentos, de controvertir, contradecir y objetar las pruebas en contra y de solicitar la práctica y evaluación de las que se estiman favorables, así como de ejercitar los recursos que la ley otorga. Su importancia en el contexto de las garantías procesales, radica en que con su ejercicio se busca impedir la arbitrariedad de los agentes estatales y evitar la condena injusta, mediante la búsqueda de la verdad, con la activa participación o representación de quien puede ser afectado por las decisiones que se adopten sobre la base de lo actuado[88].

Por ello, cualquier decisión individual que pretenda soslayar la intervención letrada en algún tipo de procedimientos, deviene nula, toda vez que vulnera un principio

---

[87] La exclusión del abogado se plantea como una forma de evitar que la técnica defensiva perturbe la investigación de ilícitos graves como los actos de terrorismo. En efecto, dice Gómez Colomer, […] "a través de la exclusión del defensor se pretende acordar una medida, dirigida fundamentalmente contra los abogados defensores, es decir, que no afecta en sí al derecho a la defensa técnica, sino al carácter personal del mismo, pero que tiene repercusiones negativas también sobre el inculpado, en virtud de la cual se da una imposibilidad para un abogado defensor concreto, por diversos motivos tasados legalmente, de defender en un proceso penal o en otros, a un imputado o imputados determinados […] Para comprender el sentido de tal medida, hay que tener en cuenta que en Alemania el abogado no es exclusivamente un representante subjetivo de los intereses del inculpado, sino ante todo un órgano independiente de la administración de justicia, que está a su lado como ayudante.

"Los presupuestos para la exclusión vienen fijados legalmente con carácter taxativo (España): Sospecha de cooperación punible; abuso de comunicación con el fin de delinquir; abuso de comunicación con el fin de atentar contra el establecimiento penitenciario; puesta en peligro de la seguridad del estado, y cooperación en el delito de terrorismo.

"La exclusión tiene como efecto fundamental la prohibición del ejercicio del derecho de defensa, en diversas modalidades, que se pueden resumir diciendo que queda excluido el defensor para todos los casos iguales por un tiempo determinado, pero además en tanto y cuanto la sospecha sea de comisión de un delito, se abre en su contra un proceso penal en el que puede venir condenado, sanciones ambas perfectamente compatibles, al igual que la medida disciplinaria que se le pueda imponer en el procedimiento disciplinario que se abrirá igualmente" (Gómez Colomer, Juan Luís, *La exclusión del abogado defensor de elección en el proceso penal*, Bosch, Barcelona, 1988, ps. 24/25 y 63/64).

[88] Sentencia C 025/2009.

de raigambre constitucional que, por lo demás, obliga a la jurisdicción a cubrirla con los oficios de la defensoría pública.

No obstante, en algunos procesos como los constitucionales destinados al control de la supremacía, este derecho suele interpretarse en forma difusa, pensando que el patrocinio letrado no es obligatorio ni necesario, tal como explicamos en el punto siguiente.

Esta idea, incluso, se habla en el proceso penal, sosteniendo la exclusión del abogado defensor atendiendo algunas particularidades que podrían justificarlo.

Sostenemos nuestra discrepancia con este criterio, al contravenir el principio de igualdad y bosquejar un sofisma de garantía basado en la mera información de los derechos que se tienen. Es claro, nos parece, que la única renuncia posible está sobre el abogado discernido oficiosamente, para suplirlo por el "de confianza", o viceversa.

Es claro que el sistema acusatorio penal produce un equilibrio diferente al que dudosamente tiene el modelo inquisitivo. Desde la forma como trabaja el Fiscal, enfocando la búsqueda de evidencias destinadas a desvirtuar la presunción de inocencia del procesado, hasta el control sobre los actos de la Fiscalía y las prácticas que solicite al juez de garantías, quien en su caso, las autoriza y convalida en el marco de las garantías constitucionales, en todo ello hay un nuevo balanceo entre los derechos del acusado y los que investiga la acusación.

Por eso se ha dicho que […]

> Es claro que cuando las diligencias se practican después de formulada la imputación, el imputado y su defensa pueden participar en la audiencia de control de legalidad si lo desean, para realizar el contradictorio; pero cuando éstas se llevan a cabo antes de formulada la imputación, durante la indagación preliminar, las normas correspondientes permiten dos interpretaciones posibles respecto de la presencia en la audiencia del implicado y su defensor: una primera interpretación excluyente que llevaría a entender que en dicha audiencia no se permite la participación del implicado y su defensor cuando la misma se practica durante la etapa de indagación, la que resulta inconstitucional, pues no existe justificación válida para que se limiten los derechos a la defensa y a la igualdad en la etapa de indagación; y una segunda interpretación incluyente en sentido opuesto a la anterior, es decir, que sí es posible la participación del implicado y su defensor en la audiencia de revisión de legalidad posterior cuando ésta tiene lugar en la etapa de la indagación, que se ajusta plenamente a la Carta en la medida en que, acorde con la jurisprudencia constitucional sobre la materia, garantiza el ejercicio del derecho a la defensa del investigado durante la etapa de indagación y, concretamente, su participación en la audiencia de revisión posterior que sobre las diligencias contenidas en las normas demandadas se lleva a cabo ante el juez de control de garantías[89].

De este modo, el abogado no solo asiste al encartado, sino que le afianza su derecho individual convertido en garantía. Este derecho de defensa en juicio en actuaciones penales se ejerce también durante la etapa de indagación y, concretamente, permite solicitar al juez de garantías que lleve a cabo el control de legalidad sobre las diligencias o actuaciones realizadas en esa etapa, y que a su juicio se hayan practicado con grave afectación de sus derechos fundamentales, máxime cuando en ella se vayan a decidir asuntos de interés para el implicado, que pueden comprometer su futura responsabilidad y definir el curso del proceso -como es precisamente resolver sobre la validez de la evidencia o material probatorio recaudado-, lo que hace imprescindible

---

[89] Corte Constitucional de Colombia Sentencia C 025/2009.

que se garantice su presencia en la audiencia, en aras de asegurarle el ejercicio de su derecho a la defensa, independientemente al momento en que aquella pueda llevarse a cabo, y si bien la distinción entre indagado e imputado, y el reconocimiento de éste último como sujeto procesal, son situaciones jurídicas que a luz del ordenamiento jurídico resultan constitucionalmente admisibles, no constituyen razones de especial relevancia que justifiquen una restricción sustancial del derecho a la defensa del primero[90].

Un aporte más a esta consagración del derecho efectivo al abogado presente, se bosqueja en el clamor de la denominada justicia administrativa reclamando el patrocinio letrado obligatorio de todo administrado en crisis frente al Estado[91].

En suma, el derecho de defensa visto desde la perspectiva del derecho subjetivo a la asistencia letrada, ocupa dos aspectos centrales, de tipo positivo; y otra proyección de tipo negativo. Las primeras se refieren: *a*) el derecho al abogado de confianza y *b*) la defensa técnica idónea. Mientras que la contracara está en: *c*) la garantía para que no se produzca indefensión, y *d*) la asistencia jurídica gratuita.

2.1 El abogado "de confianza"

La asistencia jurídica de las personas, como requisito para deducir pretensiones ante la jurisdicción, es un recaudo procesal tradicional que tiene pocas excepciones. También es propio del ejercicio del derecho de defensa (como reacción al ataque) que quien esté en el proceso como sujeto pasivo cuente con abogado.

La representación del individuo supone evitar la indefensión, pero el derecho de defensa exige algo más: la idoneidad de la actividad desenvuelta. Por eso, el patrocinio letrado es independiente del derecho de defensa, propiamente dicho. Lo primero es un derecho exigible, que puede en ciertas ocasiones ser omitido[92]; en cambio, la defensa es una garantía.

En este aspecto se suele diferenciar entre la simple designación de un abogado para que ejerza la representación del pobre o ausente, respecto de la asistencia letrada efectiva. Mientras algunos suponen que siempre que haya un profesional que practique la defensa se satisface la garantía; otros reclaman la eficacia en el desempeño.

> Por ejemplo, el art. 6.3 del Convenio de Roma no habla de "nombramientos" sino de "asistencia", que es una expresión idéntica a la del art. 24.2 de la Constitución española, de

---

[90] Ibídem.

[91] En verdad, la decisión del legislador de no requerir la asistencia de letrado en los juicios de aparente sencillez procesal puede resultar encomiable como deseo de acercar la justicia a los ciudadanos, pero advirtiendo que en esos juicios se ventilan intereses sociales, dignos de tutela, como el derecho a la integridad física o el derecho a la vivienda en otros casos. Sin embargo, cabe introducir alguna fisura en esa conformidad, observando que la ignorancia de la técnica de defensa procesal puede conducir a apreciar la más grave indefensión judicial de los derechos e intereses legítimos del ciudadano si se le permite caminar por sí solo en el complejo laberinto jurisdiccional (cfr. Gozaíni, Osvaldo Alfredo, *Derecho Procesal Constitucional – Amparo*, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires / Santa Fe, 2002, p. 129).

[92] "En casos penales las enmiendas 6ª y 14 hacen obligatoria la asistencia de un abogado en estos casos, pero en los casos civiles, la garantía constitucional del debido proceso no exige el nombramiento de un abogado, y la Corte no ha desarrollado una doctrina en este sentido" (cfr. Hoyos, Arturo, *El debido proceso*, Temis, Bogota, 1996, p. 26).

> donde se infiere que la norma constitucional pretende que la asesoría técnica sea efectiva, eludiendo el razonamiento formal y restrictivo de la simple designación de un profesional[93].

Las dos posiciones plantean un problema previo ¿quién designa al abogado? La respuesta obvia: le corresponde al interesado proponer la representación por un abogado libremente discernido, y sólo en caso de renuencia u omisión en la práctica, será el tribunal quien proceda a designar un defensor oficial.

Ahora bien, el *quid* aparece con el discernimiento del abogado "de confianza" teniendo para ello presente que esa característica solo puede estar presente cuando es el propio individuo quien resuelve el encargo.

Enlazados cada uno de los contenidos se aprecia que el ejercicio del derecho de defensa debe llevarse a cabo por un abogado, voluntariamente puesto por el individuo que lo requiere, con el fin que cumpla satisfactoriamente con el consejo y patrocinio en las causas que se le encomiendan.

De este modo, defensa no es igual a representación procesal. En consecuencia, cuando el Estado está obligado a suplir la carencia de abogado que actúe en nombre y representación de la parte, no consigue superar el problema de evitar la indefensión, pues si bien el individuo contará de cobertura profesional, en ella está ausente la confianza personal, que viste con presunción de eficacia la libre elección de letrado.

Si la confianza es lo que distingue la cobertura legal que ampara la defensa técnica precisa, por vía de principio sería renunciable la designación del letrado hecha por la jurisdicción, porque a nadie se le puede obligar a que contrate los servicios de un abogado impuesto, aun cuando sus oficios sean gratuitos.

> Gimeno Sendra afirma que esta observación tiene dos importantes consecuencias prácticas: la primera que, siendo el contrato de patrocinio un convenio de *naturaleza personal,* no se le debe siquiera sugerir al detenido la conveniencia de que elija a un determinado abogado de los que suelen pulular por las comisarías; la segunda todavía parece más evidente: en esa relación *intuitu personae,* al Estado no se le autoriza a sustituir la voluntad del imputado en la designación de su abogado de confianza[94].
>
> Continúa el maestro español diciendo que […] "*la renuncia del detenido al abogado de turno de oficio es, sin embargo, irrelevante* desde el punto de vista jurídico, porque, a diferencia del derecho potestativo a la designación del abogado de confianza, la intervención del abogado de oficio viene determinada por normas de derecho público que, en determinados estadios procesales, obligan al Estado a proveer de abogado al imputado. En el que aquí nos ocupa, la razón es clara: cuando la Constitución afirma que "se garantiza la asistencia letrada al detenido" es, en definitiva, la sociedad quien ha impuesto la necesidad de que el abogado intervenga en los interrogatorios policiales, para obtener una certeza de que se han desarrollado con *las manos limpias y con* el objeto de que el futuro tribunal sentenciador pueda conocer, mediante la existencia o no de la firma del abogado en el atestado, acerca de la posible existencia de vicios de consentimiento en la declaración del

---

[93] Sostiene Rodríguez García que […] "El legislador es consciente de que el ejercicio de la autodefensa en los supuestos en que así se permita puede derivar en una indefensión para la parte que lo haga; por eso ha llevado hasta los últimos extremos el reforzamiento de las garantías dirigidas a asegurar la defensa de las partes en el proceso, posibilitando que el órgano jurisdiccional pueda solicitar el nombramiento de Abogado y Procurador de oficio a la parte que quiera comparecer por sí misma si esa actitud autodefensita pone en peligro la igualdad de las partes en el proceso (Rodríguez García, Nicolás, *Justicia gratuita: un imperativo constitucional,* Comares, Granada, 2000, p. 131).

[94] Gimeno Sendra, Vicente, *La asistencia letrada al detenido ¿un derecho renunciable?,* Diario El País (España), del 20.01.1983

> detenido, si bien la sola *confesión* de éste -tal y como ha afirmado recientemente nuestro Tribunal Constitucional- no puede servir nunca de base para una sentencia condenatoria"[95].

Esta asimetría entre procesos penales y no penales puede ser razonable en la dimensión de los derechos en juego, pues la defensa en juicio actúa también como un límite al poder del Estado, estableciendo en la persecución penal la obligación de asistencia jurídica como una valla contra eventuales arbitrariedades y abusos.

La igualdad que se reclama, no solo en la investigación penal preparatoria, sino además en el debate oral o escrito de la acusación y defensa, exige justamente que el consejo profesional trascienda el plano del nombramiento formal.

Sin embargo, tal distancia no parece adecuada para la operatividad de la garantía, porque sería como pensar que el derecho de defensa necesita en algunos casos más plenitudes que en otras; más esfuerzo que aplicaciones, o en otros términos, preferencias con menoscabos.

2.2 Defensa técnica idónea

La defensa técnica debe ser idónea antes que útil y efectiva para los derechos del justiciable. Se trata de resguardar la plenitud del derecho de tutela, que supone plantear todos los argumentos de hecho y de derecho que permita el ordenamiento jurídico.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación dijo que […]

> "No basta para cumplir con las exigencias básicas del debido proceso que el acusado haya tenido patrocinio letrado de manera formal, sino que es menester que aquél haya recibido una efectiva y sustancial asistencia de parte de su defensor". Agregando que […] "frente a la expresa manifestación del recluso de su intención de recurrir a la vía extraordinaria local y federal encontrándose en término para hacerlo, ante la negativa del defensor oficial de no poder cumplir su cometido por no contar con tiempo material, le corresponde al tribunal reemplazar al letrado y brindar la posibilidad real de apelación, pues de lo contrario se viola el derecho de defensa en juicio"[96].

En el sonado caso "*Airey*" fallado por el Tribunal de la Comisión Europea de Derechos Humanos (9.10.1980) ya se había dicho que la necesidad de que la protección de los derechos reconocidos en los términos del convenio (que es válido en su lectura e inteligencia para todos los que se encuentran incorporados a nuestro derecho interno) no sean utópicos o ideales, sino que estén consagrados como derechos reales y efectivos.

Por su parte, la CADH, muestra igual preocupación por garantizar la defensa material y técnica de la persona, en los arts. 8.2 *d*) y 8.2 *e*).

De modo tal que, cuando la complejidad del caso requiera una defensa técnica ante los tribunales para defender adecuadamente la pretensión que se invoca, esta asistencia jurídica se impone como requisito de plenitud para la garantía de defensa.

Esto implica también, el derecho del procesado a elegir su defensor y a que represente con eficacia sus intereses, pudiendo suponer violación del derecho al debido proceso, en ciertas circunstancias, el que el tribunal impida que una parte sea asistida

---

[95] Ibídem.

[96] Caso "*Gordillo*" (Fallos 310:1934).

por abogado, lo que únicamente se justificaría en procedimientos simples y de naturaleza no penal.

La Corte Suprema nacional sostuvo en su oportunidad que […]

> 1) La falta de idoneidad puesta en evidencia por el letrado que omitió fundamentar la presentación "in pauperis" efectuada por su defendido al serle notificado el rechazo del recurso extraordinario deducido contra la sentencia condenatoria, y que no dio cumplimiento a los recaudos de identidad y domicilio exigidos por la acordada 13/90, pese a haber sido intimado en dos oportunidades, importó un inadmisible menoscabo del derecho de defensa que impide mantener la resolución por la cual se tuvo por no presentado el recurso de queja interpuesto.
>
> 2) Cabe disponer el apartamiento del letrado que frente a la presentación "in pauperis" deducida por su defendido en virtud de la denegatoria del recurso extraordinario interpuesto contra la sentencia condenatoria, se limitó a enumerar los agravios que habrían inspirado el reclamo de aquél, sin cumplir mínimamente con la labor técnica que le incumbía pues, dicha falta de argumentación jurídica implicó la no sustanciación, por su parte, de la voluntad recursiva de su defendido
>
> 3) La garantía de defensa en juicio posee como una de sus manifestaciones más importantes el aseguramiento de una defensa técnica a todo justiciable, pero visto que ello no puede quedar resumido a un requisito puramente formal, a tales efectos no resulta suficiente con asegurar al imputado la posibilidad de contar con asesoramiento legal, sino que éste debe ser efectivo.
>
> 4) Si bien no compete a los jueces subsanar deficiencias técnicas de los abogados en sus presentaciones -en el caso, recurso de queja deducido contra una sentencia condenatoria-, constituye una exigencia previa emanada de la función jurisdiccional, el control aun de oficio del desarrollo del procedimiento cuando se encuentran comprometidos aspectos que atañen al orden público[97].

En síntesis, para nosotros el derecho a la defensa y la asistencia letrada se desenvuelve en un plano material, no procesal, porque la Constitución no fue pensada para auspiciar derechos declamativos o ideales. No es menester la prédica de abstracciones o hipótesis sostenidas en la sola formulación; todo lo contrario, en cuanto aquí interesa, el derecho al abogado abarca en materia penal un campo más intenso de obligaciones emergentes que, para la justicia supone informar la apertura del proceso penal y de los motivos de acusación, dotar de asistencia técnica oficial o disponer la libre selección por el encartado; preparar la tesis defensiva y concurrir a todos los actos de adquisición probatoria, entre otros.

Con estos parámetros es imprescindible evitar la autodefensa, aun en las etapas más simples y excusables de la investigación, porque cualquier interrogatorio con fines indagatorios que tienden a resolver una acusación, exige la presencia de un abogado que impida la manipulación o el ejercicio arbitrario de medios compulsivos directos o indirectos (apremios ilegales).

En materia civil, la ley 24.573 de mediación obligatoria (etapa inexcusable antes de promover una demanda) dispone en el art. 11 (parte pertinente) respecto a la necesidad de tener abogado, que […] "*Se la tendrá por no comparecida a la parte que no concurriere con asistencia letrada, salvo que las partes acordaren la determinación de una nueva fecha para subsanar la falta...".*

---

[97] Fallos, 329:4248.

La necesidad de estar debidamente representado, suma como dijimos, la cobertura de idoneidad. En otros términos: el abogado debe saber lo que hace. Una actuación superficial, poco comprometida, ultraja el derecho de defensa.

En nuestro país la ley 23.187 de ejercicio profesional de la abogacía, no instala entre los deberes específicos de los abogados, el ser productor de resultados concretos, es decir, en parte alguna de las misión del abogado está consagrado el deber de ser exitoso, o de lograr una sentencia favorable a su cliente. Ello no impide afirmar, a tono con lo dispuesto en el Capítulo 6 del Código de Ética, que la obligación profesional es de medios, que significa tener que atender los intereses confiados con celo, saber y dedicación, pero sin crear falsas expectativas, ni magnificar las dificultades o garantizar al cliente el buen resultado de su gestión profesional.

Es este un criterio inveterado en la jurisprudencia, que reconoce pocas disidencias. Entre ellas se advierte la responsabilidad emergente de la conducta, porque algunas entienden que no tienen eximentes y otros sostienen que para encontrar responsable al profesional se debe acreditar la culpa.

> En tal sentido, se ha destacado que la actividad profesional no se agota en un ejercicio mecánico, acrítico y superficial; requiere un severo cuestionamiento sobre la relevante función social, sobre el contenido de la prestación y el modo de desplegarla; ello exige conocer las condiciones en las que se desenvuelve el abogado y si esas condiciones influyen en él, pero antes requiere un saber profesional suficiente[98].

2.3 La defensa gratuita

La asistencia letrada idónea trabaja como garantía individual y resuelve la obligación impuesta como deber técnico para satisfacer la validez del proceso. La designación de abogado oficial agrega una característica más que se relaciona con el acceso a la justicia.

En causas penales, desde las primeras actuaciones suscitadas, el acusado debe ser informado del derecho que tiene a nombrar un defensor de confianza, y solo en caso de incumplimiento el juez le designará un abogado de oficio. Este es un beneficio del imputado que estadísticamente constituye la gran masa de protección jurídica asistida.

En cambio en cuestiones privadas (patrimoniales o de otro contenido), la parte que carece de recursos suficientes puede acceder al beneficio de litigar sin gastos, y estará exento, total o parcialmente, del pago de las costas o gastos judiciales hasta que mejore de fortuna. Si vence en el pleito, deberá pagar las causadas en su defensa hasta la concurrencia máxima de la tercera parte de los valores que reciba (art. 84, CPCC).

Ambas situaciones proyectan la idea de "efectividad" en el derecho de defensa, que en algunos países, España por ejemplo, se asume como un derecho constitucional público y subjetivo, en virtud del cual todo imputado tiene derecho a designar un abogado defensor de su confianza, que lo atienda desde el primer acto de imputación y durante todo el proceso, es decir, hasta la terminación de la ejecución en su caso, y, para el supuesto de que no lo pueda designar por el motivo que fuere, incluido el económico, tiene derecho a que se le asigne uno de oficio. Podemos sostener que, con pequeñas diferencias, el sistema rige y se aplica también en el procedimiento local.

---

[98] Cfr. Colección "*Responsabilidad Profesional*", tomo 1, Astrea, Buenos Aires, 1995, p. 67.

Pero veamos la situación en la óptica del proceso civil, o directamente, en los supuestos de procesos constitucionales donde la materia a resolver no ventila -por vía de principio- derechos subjetivos propios.

En nuestro país, el código procesal establece la obligatoriedad del abogado como un problema de representación en juicio. La garantía de defensa se cubre con la sola presencia de partes efectivamente asistidas de letrado o con poderes suficientes de representación.

Las normas que regulan estas cuestiones son de orden técnico, porque lo atinente a la garantía constitucional para tener un "debido proceso" está diseñado como un derecho público subjetivo que el juez o tribunal tiene el deber de cubrir con la designación de un Defensor de pobres o ausentes, según el caso, que son los funcionarios destinados a preservar la garantía de bilateralidad y contradicción.

La defensa en juicio está en el artículo 18 de la Constitución Nacional, pero no especifica en parte alguna este derecho a la asistencia letrada idónea, aun cuando pudiera colegirse entre las garantías implícitas. Tampoco se habla del acceso ilimitado a la justicia (a no ser una expansión inédita del art. 43), ni de resolver por la vía del artículo 16, las dificultades del carente de recursos.

Por eso, si se trata de proteger la garantía de defensa a través de la representación por abogado, antes que salvaguardar el problema de la representación será menester considerar el tipo de obligación que tiene el Estado.

¿Qué importancia tiene esta diferencia? La primera y fundamental es que, el Estado que asume la responsabilidad de prestar justicia gratuitamente, acepta el rol asistencial o solidario que debe tener una prestación tan importante para la vida en sociedad. Esto supone privilegiar la tarea de gobierno antes que descargar en las personas o en las entidades vinculadas al sistema, la obligación de prestar asistencia jurídica.

> Bien apunta Bachmaier que, el derecho a la justicia gratuita se enfoca sobre todo como una prestación para asegurar la efectividad del principio de igualdad en el acceso a la justicia, y no como un servicio público cuyos gastos deban ser asumidos en todo caso y respecto de cualquier ciudadano por el Estado[99].

En segundo término, se puede afirmar que al igual que los derechos fundamentales al debido proceso, a la igualdad de armas, al estar asistido de abogado, de los que la gratuidad es instrumento y concreción, este derecho es no sólo garantía de los particulares, sino también de los intereses generales de la justicia, en tanto que tiende a asegurar los principios de contradicción e igualdad procesal entre las partes litigantes y a facilitar así al órgano judicial la búsqueda de una sentencia ajustada a derecho; aunque sin duda, su finalidad inmediata radica en permitir el acceso a la justicia, para interponer pretensiones u oponerse a ellas, a quienes no tienen medios económicos suficientes para ello. Más ampliamente, trata de asegurar que ninguna persona quede procesalmente indefensa por carecer de recursos para litigar[100].

La relación entre la falta de recursos económicos y la imposibilidad de contar con abogados, había ya merecido la atención de la Corte Interamericana en sus primeros

---

[99] Bachmaier, Lorena, *La asistencia jurídica gratuita,* Comares, Granada, 1997, p. 12.

[100] Cfr. Gozaíni, *Derecho Procesal Constitucional – Amparo,* ob. cit., p. 130.

años, en su Opinión Consultiva N° 11/905. Allí estableció que el artículo 8 de la CADH exige asistencia legal cuando ésta es necesaria para hablar de debidas garantías, aplicándose también a los procesos no penales[101], así […]

> Las circunstancias de un procedimiento particular, su significación, su carácter y su contexto en un sistema legal particular, son factores que fundamentan la determinación de si la representación legal es o no necesaria para el debido proceso y naturalmente que no es la ausencia de asistencia legal lo único que puede impedir que un indigente agote los recursos internos. Puede suceder, incluso, que el Estado provea asistencia legal gratuita, pero no los costos que sean necesarios para que el proceso sea el debido que ordena el artículo 8[102].

3. La defensa en los procesos constitucionales

En algunas legislaciones latinoamericanas, los procesos constitucionales no exigen la intervención de abogados. Parten de entender que la obligación jurisdiccional de fiscalizar el principio de supremacía constitucional, y la aplicación estricta del *iura novit curia* en comunión con los poderes de interpretación, son los que en definitiva se preferencian para declarar o no la constitucionalidad de un acto o precepto.

Pero antes de considerar esta situación recordemos que Jeremías Bentham[103] alegó que cuando existen conflictos sociales de cualquier tipo, la presencia de abogados se puede evitar, porque la función natural de los jueces es dar seguridad jurídica y resolver con justicia y equidad. El proceso es una causa natural, y como todo sucede de este modo, serán los jueces quienes podrán actuar como el buen padre de familia.

> Un buen padre de familia, en medio de los suyos regulando sus disputas es la imagen de un buen juez. El tribunal doméstico constituye el verdadero tipo de tribunal político. Este tipo de justicia, según Bentham, es transmitido a través de las distintas generaciones, aplicado por instinto por el hombre de campo e ignorado o dejado de lado por el hombre de ley. Al destacar los rasgos característicos de un "procedimiento natural", explica que el padre de familia -cuando tiene que resolver una cuestión- hace comparecer a todas las partes interesadas, les permite declarar en su propio favor, pregunta y exige respuestas, hace el interrogatorio en el mismo lugar, no excluye a ningún testigo permitiéndo que cada uno se explaye de la manera que considere más conveniente y reservándose la apreciación de cada testimonio; si hay contradicciones las confronta de inmediato, trata de llegar rápidamente a una conclusión -a fin de evitar problemas en el seno de la familia- y atendiendo al principio de que los hechos recientes son "los más fáciles de conocer y probar", no permite aplazamientos salvo que sea por una circunstancia especial.

Este emplazamiento ideal tiene a los jueces en la cúspide del sistema de resolución de controversias, donde los tres ejes donde gira la garantía son, la imparcialidad, la contradicción y la publicidad.

---

[101] Corte IDH. *Excepciones al agotamiento de los recursos internos* (Arts. 46.1, 46.2.a y 46.2.b), Opinión Consultiva OC- 11/90 de 10 de agosto de 1990, Serie A Nº 11. En ésta se señala que si razones de indigencia o el temor generalizado de abogados para representar un caso impiden utilizar los recursos internos, su agotamiento no puede ser exigido ante la Comisión.

[102] Ibídem.

[103] Cfr. sus obras: *Tratados de la Organización Judicial y la Codificación*, Imprenta de la Sociedad Literaria y Tipográfica, Madrid, 1845, p. 78. *Tratado de las Pruebas Judiciales*, Ejea, Buenos Aires, 1971, p. 17.

Es lógico sostener para una teoría iusnaturalista que no se requiera la presencia de un abogado para asistir a las partes, porque las leyes serían tan claras que cualquier ciudadano podría defender su posición en los tribunales sin que se le menoscaben sus derechos, encontrándose las partes litigantes en un natural equilibrio; pero la evolución de la historia nos indica que estos procedimientos no existen, debido a que la tan mentada idea de la eficiencia del poder penal estatal siempre estuvo un peldaño más arriba que el respeto al sistema de garantías, avalando todo tipo de atropellos sobre los ciudadanos[104].

De allí que el derecho a tener abogado sea específico para el proceso penal, mucho más si se tienen en cuenta los estándares internacionales en esta materia, que como dice García Ramírez […]

> Van más allá de la mera designación de un abogado. En este orden la jurisprudencia interamericana recuerda que el numeral 8 de los *Principios Básicos sobre la función de los abogados,* relativos a las salvaguardias especiales en asuntos penales, que fija los estándares para el ejercicio adecuado de la defensa en estos casos, establece que: *a)* Toda persona arrestada, detenida o presa, se le facilitarán las oportunidades, tiempo e instalaciones adecuadas, para recibir visitas de un abogado, entrevistarse con él y consultarle, sin demora, interferencia ni censura y en forma plenamente confidencial. De esa regla, así como de las disposiciones contenidas en diversos instrumentos –la CADH desde luego- y de las exigencias inherentes a una verdadera defensa –no una defensa aparente- se desprenden diveros datos de la defensa efectiva. Atañen a la designación de defensor, la oportunidad para hacerlo, la relación entre el defensor y el justiciable, la posibilidad efectiva de allegar pruebas de descargo y controvertir las de cargo, etcétera[105].

En cambio, en otros procesos la intervención del abogado es preceptiva; en Argentina es obligatoria al existir en algunas jurisdiccionales nacionales colegiación obligatoria que exige actuación con matrícula profesional; en otros países, se lo considera como personalidad procesal integrada a la del justiciable.

En la mayoría de los supuestos forma parte del ejercicio pleno del derecho defensa, y como tal integra el debido proceso.

> El derecho de defensa, como parte integral del debido proceso, debe ser garantizado al interior de cualquier actuación judicial o administrativa, sin embargo, éste adquiere una mayor intensidad y relevancia en el campo penal, en razón de los intereses jurídicos en juego como la libertad, máxime si se tiene en cuenta las consecuencias negativas que conlleva para el sindicado una sentencia condenatoria. En ese orden de ideas, se puede concluir que la importancia del derecho a la defensa en el contexto de las garantías procesales, está enfocada en impedir la arbitrariedad de los agentes estatales y evitar la condena injusta, mediante la búsqueda de la verdad, con la activa participación o representación de quien puede ser afectado por las decisiones que se adopten sobre la base de lo actuado[106].

Pero donde afincan nuestras dudas es en el permiso de excluir al abogado de intervenir –obligatoriamente- en ciertos procesos constitucionales como el amparo en sus diversas modalidades.

---

[104] Friele, Guillermo Enrique, *La defensa técnica y la autodefensa en el proceso penal,* en http://www.terragnijurista.com.ar/doctrina/detecnica.htm.

[105] García Ramírez, Sergio, *El Debido Proceso. Criterios de la jurisprudencia interamericana*, Porrúa, México, 2012, p. 42.

[106] Gozaíni, Osvaldo A., *Garantías, Principios y Reglas del proceso civil,* Eudeba, Buenos Aires, 2015, p. 245.

En *Colombia*, por ejemplo, se dice que […]

> La acción de tutela puede ser ejercida por toda persona que considere que le están vulnerando sus derechos constitucionales fundamentales, nacional o extranjero, natural o jurídica, ciudadano o no, que se halle en el territorio colombiano o se encuentre por fuera y la autoridad o particular que vulneró los derechos fundamentales se encuentre en Colombia. Así pues, puede ser ejercida directamente o por quien actúe a su nombre, bien sea por medio de (i) un representante legal en el caso de los menores de edad, las personas jurídicas, los incapaces absolutos y los interdictos; (ii) mediante apoderado judicial; y (iii) por agencia oficiosa. En estos tres últimos casos se debe probar la legitimación en la causa por activa.
>
> Aunque una de las características procesales de la acción de tutela es la informalidad, esta Corporación ha indicado que la legitimación para presentar la solicitud de amparo, así como para actuar dentro del proceso, debe encontrarse plenamente acreditada. En el caso que la acción de tutela sea impetrada por medio de apoderado judicial, la Corte ha manifestado que debe ser abogado con tarjeta profesional y presentarse junto con la demanda de tutela un poder especial, que se presume auténtico y no se entiende conferido para la promoción de procesos diferentes a la acción de tutela, por medio del cual se configura la legitimación en la causa por activa sin la cual la tutela tendría que ser declarada improcedente. En el caso de la agencia oficiosa de derechos ajenos la Corte ha exigido que para hacer uso de ella es necesario que el titular de los derechos fundamentales no esté en condiciones de promover su propia defensa, lo cual debe manifestarse en el escrito de tutela o encontrarse probado en el expediente. La exigencia de manifestar en la demanda de tutela que el titular de los derechos no puede interponer directamente la acción encuentra justificación sólo cuando los derechos sometidos a debate interesan únicamente a su titular y no cuando revistan un interés general o colectivo[107].

Temperamento que coincide con la *Ley de Jurisdicción Constitucional de Costa Rica* que colige la tarea de la Sala IV del Tribunal Supremo, como una labor de investigación y toma de decisiones en un procedimiento de bilateralidad atenuada. Por eso todos los procesos constitucionales los puede interponer cualquier persona, y el trámite inmediato se rige por los principios de oficialidad y trámite preferente.

Al respecto aclara parte de la normativa citada que […]

> *Artículo* 39. La tramitación del recurso estará a cargo del Presidente de la Sala o del magistrado a quien éste designe, en turno riguroso, y se substanciará en forma privilegiada, para lo cual se pospondrá cualquier asunto de naturaleza diferente, salvo el de hábeas corpus.
>
> *Artículo* 42. Si el recurso fuere oscuro, de manera que no pudiere establecerse el hecho que lo motiva, o no llenare los requisitos indicados, se prevendrá al recurrente que corrija los defectos dentro de tercero día, los cuales deberán señalarse concretamente en la misma resolución. Si no los corrigiere, el recurso será rechazado de plano.

En *Ecuador*, después del cambio constitucional que modifica las funciones del tribunal convertido en Corte Constitucional, se dicta la "*Ley orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional*" (2009), que proporciona al juez herramientas conceptuales, técnicas y prácticas, con pautas concretas y específicas para examinar la constitucionalidad material y formal del proceso de producción normativa, en un sistema donde la actuación e impulso es de oficio, tolerando que se promueva la participación popular dentro de dichos procesos.

La finalidad es asegurar que los jueces resuelvan todos los asuntos sometidos a su conocimiento desde una perspectiva constitucional y con sujeción a las normas

---

[107] Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-493/07.

constitucionales, y que la Corte Constitucional lidere el proceso de constitucionalización de la justicia.

Según el artículo 8 (Normas comunes a todo procedimiento) se resuelve que […]

> Serán aplicables las siguientes normas:
>
> 1) El procedimiento será sencillo, rápido y eficaz.
>
> 2) El procedimiento será oral en todas sus fases e instancias. La audiencia deberá registrarse por cualquier medio que esté al alcance de la jueza o juez, de preferencia grabación magnetofónica. Donde existan sistemas informáticos se deberá tener un expediente electrónico, salvo documentos que constituyan elementos de prueba y las siguientes actuaciones que deberán reducirse a escrito:
>
> a. La demanda de la garantía específica.
>
> b. La calificación de la demanda.
>
> c. La contestación a la demanda.
>
> d. La sentencia o el auto que aprueba el acuerdo reparatorio.
>
> 3) Serán hábiles todos los días y horas.
>
> 4) Las notificaciones se harán por los medios más eficaces que estén al alcance de la jueza o juez, de la persona legitimada activa y de la persona, entidad u órgano responsable del acto u omisión. De ser posible se preferirán medios electrónicos.
>
> 5) No serán aplicables las normas procesales ni aceptables los incidentes que tiendan a retardar el ágil despacho de la causa.
>
> 6) Un mismo afectado no podrá presentar más de una vez la demanda de violación de derechos contra las mismas personas, por las mismas acciones u omisiones, y con la misma pretensión.
>
> 7) **No se requerirá el patrocinio de una abogada o abogado para proponer la acción ni para apelar**. De ser necesario o cuando la persona lo solicite, la jueza o juez deberá asignar al accionante o persona afectada un defensor público, un abogado de la Defensoría del Pueblo o un asistente legal comunitario según lo que establece el Código Orgánico de la Función Judicial (el destacado nos pertenece) .
>
> 8) Los autos de inadmisión y las sentencias son apelables ante la Corte Provincial.

La intervención ocasional de abogados surge bajo las reglas del mandato y/o la representación, por lo cual no son los fundamentos de la demanda los que guían el sistema de resolución, sino los métodos y reglas de interpretación constitucional que la misma ley proporciona. Los letrados solo dan formas a las reglas, pero no son esenciales para la elección de fundamentos propio de los sistemas de bilateralidad y contradicción.

> *Artículo 3*.- "Las normas constitucionales se interpretarán en el sentido que más se ajuste a la Constitución en su integralidad, en caso de duda, se interpretará en el sentido que más favorezca a la plena vigencia de los derechos reconocidos en la Constitución y que mejor respete la voluntad del constituyente. Se tendrán en cuenta los siguientes métodos y reglas de interpretación jurídica constitucional y ordinaria para resolver las causas que se sometan a su conocimiento, sin perjuicio de que en un caso se utilicen uno o varios de ellos:
>
> *1. Reglas de solución de antinomias*.- Cuando existan contradicciones entre normas jurídicas, se aplicará la competente, la jerárquicamente superior, la especial, o la posterior.
>
> *2. Principio de proporcionalidad*.- Cuando existan contradicciones entre principios o normas, y no sea posible resolverlas a través de las reglas de solución de antinomias, se aplicará el principio de proporcionalidad. Para tal efecto, se verificará que la medida en cuestión proteja un fin constitucionalmente válido, que sea idónea, necesaria para

garantizarlo, y que exista un debido equilibrio entre la protección y la restricción constitucional.

3. Ponderación.- Se deberá establecer una relación de preferencia entre los principios y normas, condicionada a las circunstancias del caso concreto, para determinar la decisión adecuada. Cuanto mayor sea el grado de la no satisfacción o de afectación de un derecho o principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro.

4. Interpretación evolutiva o dinámica.- Las normas se entenderán a partir de las cambiantes situaciones que ellas regulan, con el objeto de no hacerlas inoperantes o ineficientes o de tornarlas contrarias a otras reglas o principios constitucionales.

5. Interpretación sistemática.- Las normas jurídicas deberán ser interpretadas a partir del contexto general del texto normativo, para lograr entre todas las disposiciones la debida coexistencia, correspondencia y armonía.

6. Interpretación teleológica.- Las normas jurídicas se entenderán a partir de los fines que persigue el texto normativo.

7. Interpretación literal.- Cuando el sentido de la norma es claro, se atenderá su tenor literal, sin perjuicio de que, para lograr un resultado justo en el caso, se puedan utilizar otros métodos de interpretación.

8. Otros métodos de interpretación.- La interpretación de las normas jurídicas, cuando fuere necesario, se realizará atendiendo los principios generales del derecho y la equidad, así como los principios de unidad, concordancia práctica, eficacia integradora, fuerza normativa y adaptación.

El *Código Procesal Constitucional de Perú* sigue la línea y dispone que la legitimación sea para toda persona perjudicada o por cualquier otra en su favor, sin necesidad de tener representación, ni exigir que la demanda sea firmada por un letrado, o se impongan tasas de justicia o alguna otra formalidad.

Artículo 27.- Demanda. La demanda puede presentarse por escrito o verbalmente, en forma directa o por correo, a través de medios electrónicos de comunicación u otro idóneo. Cuando se trata de una demanda verbal, se levanta acta ante el Juez o Secretario, sin otra exigencia que la de suministrar una sucinta relación de los hechos.

A diferencia de estos modelos, *Bolivia* cambia el sentido en su Código Procesal Constitucional Plurinacional al sostener que […]

Artículo 29°.- (Reglas generales): En los procedimientos ante juezas, jueces y tribunales en acciones de defensa serán aplicables las siguientes disposiciones:

Capítulo Primero Normas comunes de procedimiento en acciones de defensa

1. La interposición de la acción deberá realizarse en forma escrita, con excepción de la acción de libertad que podrá presentarse de forma oral, de ser así, el secretario del juzgado o tribunal levantará un acta que contenga la relación de los hechos que justifiquen la interposición de la acción.

2. La Jueza, Juez o Tribunal, a petición de la parte accionante, designará defensor público cuando no esté asistida por abogada o abogado particular. En la acción de libertad la parte accionante no requerirá de la asistencia de abogada o abogado.

3. Cuando sea necesario, la Jueza, Juez o Tribunal garantizará la presencia de traductoras o traductores.

La alteración que trae este modelo concentrado de control constitucional es importante en razón de que interpreta entre los primeros derechos de las personas que deben plantear cuestiones jurídicas de cualquier naturaleza ante un tribunal, despojar la idea del deber de respuesta asistencial que tienen los jueces, eludiendo al mismo tiempo

el criterio de ubicar la tarea de abogados en un gestor técnico para que se cumpla con formalidades específicas.

La asistencia letrada ha de ser idónea que pueda patrocinar y defender los derechos que esgrima el interesado, permitiendo con su intervención que la defensa no sea únicamente técnica.

Entre muchas sentencias dijo […]

> "El derecho a la defensa alcanza a los siguientes ámbitos: a) el derecho a ser escuchado en el proceso; b) el derecho a presentar prueba; c) el derecho a hacer uso de los recursos; y d) el derecho a la observancia de los requisitos de cada instancia procesal"[108]. El derecho de defensa de la persona en juicio es inviolable; actualmente se encuentra contemplado como garantía jurisdiccional que prescribe que ninguna persona puede ser condenada sin haber sido oída y juzgada previamente en un debido proceso, lo que implica que el acceso a la justicia comprende el derecho a ser escuchado en proceso; a presentar prueba; hacer uso de los recursos; y la observancia de los requisitos de cada instancia procesal"[109].

La especialidad de los derechos constitucionales alterados o amenazados, e inclusive, aquellos que necesitan de un pronunciamiento judicial interpretativo para determinar el alcance y eficacia de los principios, derechos y/o garantías, se observa con un diseño funcional distinto al que excluye al abogado de protagonismo.

En efecto, en *Argentina* el abogado actúa necesariamente para integrar la personalidad procesal. Puede hacerlo bajo dos formas de ejercicio, o representa a la persona bajo el formato del poder de actuación en juicio, o sigue sus instrucciones y deseos presentando con las respectivas firmas los escritos judiciales.

> "El sistema de la separación ha sido adoptado por las leyes francesas, inglesas y españolas. De acuerdo con los regímenes legales vigentes en esos países, mientras el abogado (*avocat* en Francia; *barrister* en Inglaterra y *abogado* en España) tiene como única función la consistente en asistir a las partes, exponiendo verbalmente o por escrito las razones que aquéllas pueden argüir en apoyo de sus derechos; el procurador (*avoué*, *solicitor* y *procurador*, respectivamente), tiene a su cargo la representación de las partes, estándole particularmente encomendado el cumplimiento de los actos de impulso procesal y la confección de los escritos [...]. Gran parte de la legislación moderna adhiere a aquél en cuya virtud el poder de postulación procesal corresponde, como principio general, a los auxiliares de las partes, de manera tal que estas últimas no pueden comparecer personalmente y deben formular sus peticiones por intermedio de un abogado o procurador" (v.gr.: Alemania, Italia, entre algunos otros)"[110].

La participación obligada de abogados en todos los procesos, no significa que la tarea de dictar sentencia se vuelva en una simple satisfacción de pretensiones, donde sería suficiente elegir la mejor petición, la más fundada, la mejor probada y la que convenciera al juez. Esto es propio, quizás, de un modelo donde el tribunal sea un mero espectador de la contienda entre intereses y vuelque el peso de la decisión a favor de quien lo haya persuadido de razones.

Pero en un proceso constitucional las funciones son diferentes. El abogado presenta el problema (acto lesivo constitucional) en representación de quien pudiendo

---

[108] SC 1670/2004-R de 14 de octubre.

[109] SC 0183/2010-R de 24 de mayo.

[110] Palacio, Lino E. – Alvarado Velloso, Adolfo, *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*, Tomo III, Rubinzal Culzoni, Santa Fe., 2006, p. 130.

hacerlo por sí, necesita del patrocinio para mejor ejercicio de la defensa técnica. Luego se contesta con justificaciones o bajo el modelo de la negativa y contradicción; a veces se necesita de pruebas complementerias cuando las acompañadas no son claras ni manifiestas; finalmente se dicta sentencia.

Esta decisión no es un juego de silogismos sino de interpretación constitucional. Los hechos presentados sirven para esclarecer la trascendencia del conflicto; las pretensiones son los derechos de reparación, cesación, garantía de no continuar con los perjuicios o amenazas. La prueba es el apoyo para conseguir la convicción, y el pronunciamiento judicial tiene otras reglas que no son las del proceso común[111].

Para el tribunal rige el principio *iura novit curia*, que tal como lo dijo la propia Corte IDH […]

> Además de ser un principio clásico es, una máxima del Derecho Romano, que encontró incluso en Aristóteles (384 a.C.-322 a.C.) una clara previsión, una predicción, una antelación. En la apertura de su obra "Retórica", en la cual el filósofo explica la atribución de un abogado, la posición de un juez y el propósito de las promulgaciones legales, él crítica la retórica, la valorización exacerbada de lo no esencial en detrimento de los hechos relevantes para la decisión judicial. Obsérvese como se aplica con perfección el principio *iura novit curia* y la *da mihi factum dabo tibi jus*, otra máxima latina consecuente de la primera. En la opinión aristotélica, está totalmente dentro de la competencia del juez decidir sobre la importancia o irrelevancia, sobre la justicia o injusticia de un hecho sin tomar sus instrucciones a partir de los litigantes[112].

En definitiva, el problema se podría presentar con otra perspectiva y verificar si el proceso constitucional es declarativo dando a la sentencia el valor central de la misión y objeto del tribunal. Si así fuera, no importa la forma como se lleve el caso ante el órgano, ni el formato que se imprima, porqué en definitiva, no se requiere de un proceso sino de un procedimiento que da posibilidades al juez constitucional –cualesquiera que sea- para resolver la cuestión constitucional.

No hablaríamos de proceso, no habría bilateralidad ni contradicción, menos aún carga de la prueba, y la sentencia sería meramente declarativa aunque posea efectos propios de la función cumplida.

No compartimos esta tendencia. Desde que se ponen en juego derechos de las personas, hay un conflicto a resolver. Alguien sufre a causa de otro, y ambos podrán llevar sus razones a un tercero imparcial. Si en el procedimiento recién visto no hay dos partes, no hay imparcialidad porque la tarea es de simple inteligencia constitucional.

Por eso desde que se creó el sistema universal de derechos humanos se erigió el derecho a un proceso judicial sencillo, equivalente a una protección al ciudadano contra procesos y recursos intrincados, complejos para defensores públicos y abogados populares, de difícil comprensión para la persona común que está bajo la jurisdicción, para aquella que raramente trae una causa a juicio, todo en el marco de la garantía al acceso a la justicia y al recurso (proceso) efectivo. También es claro que la ley puede establecer presupuestos generales para recursos, pero el rigor excesivo que restringe su observancia, además de aquellas restricciones expresas en ley, no atenderá siempre al

---

[111] Cfr. Gozaíni, Osvaldo A., *Teoría de la sentencia constitucional*, Biblioteca Porrúa de Derecho n° 114, México, 2015.

[112] Corte IDH, *Caso Escher y Otros vs. Brasil*. *Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 6 de julio de 2009.

debido acceso a la justicia, particularmente porque las clases menos favorecidas de la sociedad, que indudablemente tienen mayor dificultad en la contratación de los mejores abogados, que dominan la compleja y cada vez más especializada técnica procesal, quedarán en amplia desventaja. Esta desigualdad real se manifiesta en el impedimento concreto al acceso a la justicia y a la sencillez del recurso.

Por tanto, el abogado es más que un intermediario de la denuncia. Es la garantía para que se efectivice el derecho de defensa en juicio. Si no hay abogados la justicia puede quedar diluida. Si el tribunal interviene a expensas de la denuncia, sospechamos de las garantías de independencia e imparcialidad, y sobre todo, de la tutela judicial efectiva.

> A su vez, el sistema regional interamericano plasmó en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948, letras muy claras en cuanto al derecho al proceso sencillo y breve, en su artículo XVIII[113]. En la misma línea, el sentido de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), que quedaría violada en su artículo 25[114] si la argumentación no fuese aceptada por el motivo alegado por el Estado.

4. Evitar la indefensión

El concepto ocupa un espacio singular dentro de la amplitud del derecho de defensa. En macro, la idea de asignar un abogado de confianza u oficial para que asista al individuo, es para afianzar el derecho de ser oído y resguardar la defensa de los derechos y posiciones que las partes asuman dentro del procedimiento. Son básicos, en consecuencia, los principios de bilateralidad, contradicción e igualdad de armas procesales.

La tutela efectiva obliga la custodia judicial que, a tales fines, debe tener un obrar diligente que asegure, en la medida de lo posible, su recepción por los destinatarios, dándoles así la oportunidad de protección jurídica adecuada y suficiente.

La indefensión, por su parte, tiene un objetivo vinculado, pero independiente. Algunos lo relacionan con las etapas completas del procedimiento con el fin de cerciorarse que en cada una de ellas el individuo esté amparado en sus mínimos inderogables (ser oído, probar, rebatir, etc.); otros, en cambio, dicen que se refiere al objetivo de impedir que haya denegación de justicia.

> Ahora bien, de indefensión refiere claramente el art. 24.1 de la Constitución Española, llevando al Tribunal a concluir que ella ha de ser consecuencia de una acción u omisión atribuible al órgano judicial. Por ello, cuando la indefensión que se invoque sea imputable al propio interesado, al no haber actuado con la diligencia exigible para comparecer en el proceso tras conocer su existencia -aunque sea por otros medios distintos del emplazamiento-, adoptando una actitud pasiva con el fin de marginarse voluntariamente del

---

113 *Artículo XVIII*. Toda persona puede ocurrir a los tribunales para hacer valer sus derechos. Asimismo debe disponer de un procedimiento sencillo y breve por el cual la justicia lo ampare contra actos de la autoridad que violen, en perjuicio suyo, alguno de los derechos fundamentales consagrados constitucionalmente.

114 *Art. 25. Protección Judicial*. 1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.

> procedimiento, no cabe apreciar la vulneración del derecho a la tutela judicial garantizado, ya que no es admisible constitucionalmente una queja de indefensión de quien con su conducta propició o coadyuvó a la incomparecencia en el proceso[115].

Se esboza así una distinción que emplaza por un lado a la "indefensión de naturaleza constitucional", y por otro a una "indefensión de naturaleza procesal", criterio incierto y peligroso al dar relevancia al tipo de disposiciones afectadas antes que al hecho mismo, considerado objetivamente.

Bien dice Carocca Pérez que: […]

> "Semejante distinción no guarda relación con el texto constitucional y convenios internacionales que garantizan el derecho de defensa, sin distinción alguna entre si deriva de infracción de normas de diferente rango. Es obvio que en la normativa constitucional existe una garantía de defensa, de modo que hay dos posibilidades en relación a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional: o no es cierto que las situaciones de *indefensión meramente legal* sean constitutivas de violaciones del derecho de defensa y por lo tanto, existe un grave problema terminológico al calificarlas así, lo cual hace urgente determinar el contenido dogmático de este derecho fundamental para no seguir incluyendo en su denominación, facultades o aspectos que en realidad no forman parte de la garantía; o lo que sería peor, las *indefensiones meramente legales*, son violatorias al derecho de defensa que el Tribunal Constitucional, indebidamente, está dejando de amparar"[116].

En realidad, se procura que la indefensión no se genere desde la acción judicial o por la actividad legislativa, porque la actuación en el proceso tiene controles propios con las nulidades o los recursos (v.gr.: si se toma declaración a un extranjero sin tener traductor público oficial, el testimonio es nulo por carecer de la comprensión necesaria del emisor; o cuando se nulifica una declaración indagatoria cumplida sin la presencia del defensor).

Las situaciones de indefensión las puede crear el legislador con normas concretas que especifiquen cuando habrá violaciones en la garantía de defensa, tales como las que cercenan el derecho al recurso, limitan el acceso a la justicia, impiden el comparendo de interesados a los que la sentencia puede alcanzar, entre tantas otras situaciones. Lo mismo puede suceder si son decisiones jurisdiccionales las que producen la afectación.

De este modo, evitar la indefensión es un mensaje al órgano legislativo para que en su producción normativa respete los cánones del modelo de enjuiciamiento, y fundamentalmente, para que refuerce la garantía de defensa en juicio[117].

A su vez, el órgano judicial está compelido por la custodia del valor de la defensa de los derechos y de las personas, de manera que en materia penal, por ejemplo, quede persuadido que para poder condenar tendrá que relevar y confrontar lo dicho por

---

[115] SSTC 43/1989, de 20 de febrero; 123/1989, de 6 de julio; 101/1990, de 4 de junio; 105/1995, de 3 de julio; 118/1997, de 23 de junio; 72/1999, 26 de abril; 74/2001, de 26 de marzo; 59/2002, de 11 de marzo, entre otras muchas).

[116] Carocca Pérez, ob. cit., ps. 52/53.

[117] Alexy propicia un cuadro de derechos de defensa del ciudadano frente al Estado que divide en tres grupos: a) el que está constituido por derechos a que el Estado no impida ni obstaculice determinadas acciones del titular del derecho; b) los derechos para que el Estado no afecte determinadas propiedades o situaciones del titular del derecho; y c) los derechos a que el Estado no elimine determinadas posiciones jurídicas del titular del derecho (Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, p. 189).

la acusación y la defensa, con el fin de escudar los principios de igualdad en el trato y en las posiciones, no siendo posible tolerar la supremacía del Estado por sobre la defensa.

Este criterio de aseguramiento es para todos los procesos, abandonando la interpretación que colegía al derecho de defensa como un *principio* (es decir, que se aplicaba como una orientación al juzgador sobre aspectos del procedimiento que podían o no estar presentes) para instalarlo en el plano de las *garantías* concretas cuya omisión produce inconstitucionalidad por ausencia o abstención.

Y, además, actúa como un reaseguro para todo el procedimiento, porque en cada etapa transitada se deben obstruir las situaciones de indefensión[118].

En síntesis, la orfandad de tutela tiene múltiples expresiones, pero las más importantes se encuentran cuando se priva a las partes del derecho a ser oído, a formular alegaciones, a ejercer el derecho de contradicción, a controlar y rebatir pruebas, cuando se afecta la igualdad de trato o una de las partes obtiene preferencias indebidas, y cuando se cancelan recursos o impugnaciones, entre las más importantes.

4.1 Efectos de la indefensión

Cuando se produce indefensión se vulnera la garantía de defensa, de modo que el paso siguiente, es determinar como se repara esa violación. Puede ser a través de la *inconstitucionalidad* de la ley que, por ejemplo, evitó la revisión de una sentencia condenatoria; podrá ocurrir la *nulidad* de las actuaciones por quebrantamiento de las formas regulares del proceso; o la *anulación* del acto ilegítimo obligando al replanteo correctivo.

Cada una tiene implicancias diferentes cuya definitiva razón se debe encontrar en la naturaleza que tiene el derecho de defensa. Al ser una garantía individual cualquier desvío o alteración eventual convierte la afectación en un gravamen constitucional del derecho de defensa, que se corrige con recursos o procesos constitucionales (v.gr.: acción de inconstitucionalidad; amparo; mandamiento de abstención; y en Argentina con el recurso extraordinario local o federal); pero como también se vincula con puntualizaciones del debido proceso, la garantía se amplía para trascender las infracciones formales, haciendo pie en agravios al principio de legalidad, los que se reparan con recursos, impugnaciones, nulidades o incidentes de raigambre procesal.

Ahora bien, no toda indefensión provoca un perjuicio real y concreto al derecho de defensa, sino únicamente aquellas que impactan fuertemente en alguno de los derechos básicos que sostienen el debido proceso, y dentro de él, al derecho de defensa, como son el derecho a ser oído, a producir prueba, a tener una sentencia fundada en ley,

---

[118] La vigencia de la garantía en todas las fases del proceso ha sido debidamente establecida desde sus más tempranas sentencias por el Tribunal Constitucional español, señalando que […] "La Constitución, en su art. 24, consagra como derecho constitucional fundamental y refuerza ese derecho de defensa. Este refuerzo supone que, con carácter general, no sólo en el conjunto del procedimiento, sino en cada una de sus fases cuya resolución afecte a los derechos e intereses legítimos de una persona, ésta debe ser oída y deben respetarse el resto de las garantías procesales a que alude el apartado 2º del citado precepto constitucional" (STC 13/1981, del 22 de abril. En el mismo sentido, SSTC 17/1983, del 11 de marzo; 118/1984, del 5 de diciembre; 109/1988, del 8 de junio; 89/1991, del 25 de abril; 156/1992, del 19 de octubre, etc. citados por Carocca Pérez, ob. cit., p. 82).

entre otras. Lo que se exige es que la vulneración lleve consigo una privación manifiesta con el consiguiente perjuicio real y efectivo para los intereses del afectado[119].

Cada hipótesis de incumplimiento recibe atención conforme la importancia o trascendencia del vicio. El efecto de eludir a través de la aplicación de la ley, el derecho a ser oído[120] (v.gr.: cuando se resuelve una condena dictada en juicio sumario basado en

---

[119] Una sentencia base del Tribunal Constitucional español afirma que […] 1) El concepto jurídico-constitucional de indefensión que el art. 24 de la C.E. permite y obliga a construir no tiene por qué coincidir enteramente con la figura jurídico-procesal de la indefensión. 2) No toda infracción de las normas procesales se convierte por sí sola en indefensión jurídico-constitucional, y por ende en violación de lo ordenado en el art. 24 de la C.E.; y, por otra parte, la calificación de la indefensión con relevancia jurídico-constitucional ha de llevarse a cabo con la introducción de factores diferentes del mero respeto - o, a la inversa, de la infracción de las normas procesales y del rigor formal del enjuiciamiento. 3) En el contexto del art. 24 de la C.E., la indefensión se caracteriza por suponer una privación o limitación del derecho de defensa, que si se produce por vía legislativa sobrepasa el límite del contenido esencial prevenido en el art. 53 de la C.E., y si se produce en virtud de concretos actos de los órganos jurisdiccionales entraña mengua del derecho de intervenir en el proceso en el que se ventilan intereses concernientes al sujeto, así como del derecho de realizar los alegatos que se estimen pertinentes para sostener ante el Juez la situación que se cree preferible y de utilizar los medios de prueba para demostrar los hechos alegados y, en su caso y modo, utilizar los recursos contra las resoluciones judiciales. 4) No se encuentra en situación de indefensión la persona a quien se ha dado a conocer la existencia del proceso y ha podido intervenir en él, ni aquella otra que, conociéndolo, ha dejado de intervenir en él por un acto de su voluntad. Tampoco hay indefensión si a quien interviene en un proceso se le limitan los medios de alegación y de prueba en forma no sustancial para el éxito de las pretensiones que mantiene o aquella otra a quien se le limita la defensa a sus propios intereses sin permitirle la defensa de otros con los que los suyos estén en una conexión sólo indirecta o mediata («BOE» núm. 99] Sala: Sala Segunda: Arozamena, Rubio, Díez-Picazo, Tomás, Truyol y Pera. Ponente: don Luis Díez-Picazo y Ponce de León. Número Registro: 182/1983 Recurso tipo: Recurso de amparo).

[120] En el XXII Congreso Nacional (Argentino) de Derecho Procesal (2003, Paraná) con relación al derecho a ser oído se dieron las siguientes conclusiones:

1. El derecho a ser oído representa el eje del mecanismo constitucional que rige en la República; es el soporte de los derechos humanos y eminente expresión del respeto a la dignidad del hombre.

2. El derecho a ser oído es constitutivo de un principio irrenunciable del derecho procesal constitucional que se expande hacia todas las exteriorizaciones procedimentales; pudiendo regularse razonablemente en orden a su tiempo y modo de concreción.

3. El grado de plasticidad del derecho a ser oído frente al mandato constitucional de afianzar la justicia constituye la clave del bóveda del sistema procesal y determine –entre otros factores- el nivel de efectividad de la tutela judicial.

4. La ley procesal determina las condiciones de oportunidad, lugar y modos del ejercicio de las facultades de defensa en el proceso.

5. Este derecho incluye el derecho personal del niño a ser oído y el correlativo deber del juez –en cualquiera oportunidad procesal- de escucharlo cuando sea afectado en sus derechos, siendo aquella opinión coadyuvante de éste y sin perder de vista el interés superior del niño.

6. La garantía de la defensa en juicio representa el basamento de todo el sistema de derechos, al punto que la posibilidad del goce y ejercicio efectivos de éstos está en relación directa con la solidez de aquel cimiento.

7. Debe puntualizarse que, así como el demandado defiende su derecho resistiendo, el actor defiende el suyo reclamando, de modo que no existe preferencia legal ni judicial alguna hacia las partes en el ejercicio del derecho a ser oídas.

meras presunciones de responsabilidad, como es la Ley 364 de Nicaragua referida a procesos vinculados con el uso o exposición a plaguicidas que ocasionaron padecimientos y enfermedades a quienes los emplearon) se corrige con la acción de inconstitucionalidad, o con un recurso del mismo tipo y finalidad; en cambio, si la alteración se suscita en una etapa (v.gr.: no hubo control en la actividad probatoria y las conclusiones adoptadas resultan sospechosas) el camino de corrección son las nulidades absolutas, el incidente o, en su caso, el recurso de apelación. Mientras que si el vicio radica en un hecho circunstancial (v.gr.: ausencia de asistencia consular en el enjuiciamiento de extranjeros[121] el estudio aplicado será sobre las consecuencias que produjo la falta de esa cobertura, para determinar si es causa de inconstitucionalidad por lesión grave al derecho de defensa (v.gr.: produjo un déficit irreparable); o se trata de una nulidad (v.gr.: es requisito del debido proceso y por tanto no puede faltar), o simplemente es una causa de anulación que dependerá de otros hechos vinculados (v.gr.: consentimiento del afectado; preclusión del tiempo para impugnar; reflexión tardía; etc.).

Finalmente conviene señalar que estas posibilidades no son compartidas por toda la doctrina […]

> Almagro Nosete afirma que no se puede identificar cuando existe o no indefensión por el tipo de infracciones, pues recuerda que ella, en el plano de la mera legalidad, no se estudia en función de un mecanismo automático sino que requiere una ponderación previa de la influencia o incidencia de la infracción procesal. Y desde luego, su introducción obedece al deseo de evitar que un rígido formalismo conduzca a hacer valer nulidades sin causa real. Es más, agrega, "la atribución de culpa o negligencia del propio interesado en las consecuencias negativas de su conducta que no pueden hacerse valer para invocar la indefensión están presentes en toda la jurisprudencia antigua del Tribunal Supremo…" ([122])

4.2 Los tiempos de la indefensión

El propio sentido del vocablo parece llevar a la indefensión como resultado de una actividad desarrollada; vale decir, que haría referencia a un hecho producido. Si así fuera, la garantía de defensa de los derechos individuales evitaría hablar de indefensión en una etapa previa al proceso, porque la afectación sería el corolario del impedimento (v.gr.: una ley inconstitucional no produciría indefensión mientras no se aplique).

En otros términos, el desamparo solamente sería relevante determinando las consecuencias prácticas que suponga la privación del derecho de defensa, siendo entonces necesario evaluar cuando sucede, sobre causas actuales, no hipotéticas; reales, no contingentes; y concretas, eludiendo suposiciones o abstracciones o temores.

---

8. Nadie puede ser privado de un derecho sin tener la oportunidad de ser oído, pero tampoco puede invocarse esta garantía contra una decisión judicial urgente y provisional, consustancial a la existencia de un derecho en peligro inminente de sufrir un daño irreparable.

9. El derecho a ser oído no sufre menoscabo cuando el juez despacha una providencia asegurativa en procura de preservar la inmutabilidad de la plataforma fáctica y jurídica sobre la cual operará la sentencia.

[121] Cfr. *El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal,* Corte Interamericana de Derechos Humanos, OC 16/1999; y *Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros, supra* nota 5, párrs. 102-106, 108, 109, 112-118, 151, 152.c y 211-214.

[122] Almagro Nosete, José, *La prohibición constitucional de la indefensión*, PJ, número especial VI, 1989, p. 235. Cfr. Carocca Pérez, ob cit., p. 367.

Con esta línea de lectura, la indefensión se tutela cuando deja de ser amenaza para analizar la producción, asignando así al impacto sobre el derecho de defensa un contenido material, de suerte que sólo habría afectación cuando las partes no hubieran podido de ningún modo proveer a la defensa de sus derechos o intereses legítimos[123].

El análisis *ex post facto* deja de lado una dimensión positiva del derecho individual a gozar de todas las garantías evitando situaciones de indefensión. En este contexto, sería posible hablar también de un aspecto preventivo, por el cual se anticipe el peligro de acotar el derecho de defensa cuando en la vía legislativa se propicien normas contrarias al espíritu de protección dispensado, o cuando en el proceso se disponen medidas que limiten el ejercicio cabal y completo de la defensa.

Bien dice Ramos Méndez que […]

> "Ante todo hay que señalar que la indefensión no tiene nada que ver con el contenido favorable o adverso de la sentencia, sino con el camino seguido hasta llegar a ella. La apreciación de perder o ganar el pleito es una valoración externa efectuada en función del éxito de las pretensiones de las partes. La parte que pierde o que no ve favorecida su postura no por ello puede argüir indefensión. Para definir ésta hay que revisar cómo se ha producido el resultado, identificando actuaciones concretas que supongan violación de las normas procesales y que hayan condicionado negativamente el resultado" ([124]).

4.3 Determinantes de la indefensión

La gravedad del perjuicio es la vara de la indefensión. Con ello se quiere reflejar que el derecho de defensa no queda vulnerado con lesiones sin importancia o con

---

[123] El Tribunal Constitucional ha ido configurando a través de numerosas resoluciones, de las que son exponentes, entre otras, las n° 190/97, 198/97, 100/98, 185/98 y 37/2000, un cuerpo de doctrina sobre el contenido del derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes como un derecho fundamental, que se sitúa dentro del más amplio derecho a obtener la tutela judicial efectiva, y que es ejercitable en cualquier tipo de procesos y, consiguientemente, en los procedimientos civiles también -e inseparable del derecho mismo de defensa-, destacando su naturaleza como derecho de configuración legal, cuyo alcance debe encuadrarse dentro de la legalidad. No comprende, por tanto, un hipotético derecho a una actividad probatoria ilimitada. Como consecuencia de ello, en ningún caso podrá considerarse menoscabado el derecho cuando la inadmisión de una prueba se haya producido debidamente en aplicación de normas legales, cuya legitimidad constitucional no pueda ponerse en duda. Por el contrario, cabrá entenderlo vulnerado cuando se hubiesen inadmitido pruebas relevantes para la decisión final sin motivación alguna, o mediante una interpretación y aplicación de la legalidad carente de razón, manifiestamente errónea o arbitraria, así como cuando la falta de práctica de la diligencia probatoria admitida fuese imputable al órgano judicial, o cuando la denegación jurídicamente razonada se haya producido tardíamente, de modo que genere indefensión o los riesgos de un prejuicio de dicha decisión en virtud de una certeza ya alcanzada acerca de los hechos objeto del proceso -con la subsiguiente vulneración del juicio de pertinencia-, o, incluso, de un prejuicio acerca de la cuestión de fondo en virtud de la denegación inmotivada de la actividad probatoria, y como colofón aparece el obligado respeto a los principios de contradicción en igualdad de armas y defensa, respeto que exige, por su parte -y en la dimensión que le es propia- la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Cf. SSTEDH 19 de diciembre de 1990, as. Delta, 26 de abril de 1991 , as. Asch, y 26 de marzo de 1996, as. Doorson). Por otra parte, para resolver sobre la supuesta indefensión que a la recurrente habría causado la denegación de la prueba en segunda instancia, ha de partirse del carácter claramente restrictivo de ésta, patente en el adverbio "sólo" con que comienza el art. 862 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 , que es aplicable al haberse sustanciado la segunda instancia bajo aquella normativa procesal, y no vulnera ningún precepto constitucional (SSTC 149/87, 141/92 y 233/92 , entre otras).

[124] Ramos Méndez, Francisco, *El Sistema Procesal Español*, Bosch, Barcelona, 2000, p. 69.

disminuciones de facultades que se pueden corregir en la sentencia o con los recursos posteriores. Lo trascendente se mide por la entidad del menoscabo y se determina con los actos que han llevado a producir ese resultado pernicioso.

Sin embargo, la evaluación trasciende el espacio formal de las nulidades para las que existen estándares consabidos que requieren varias exigencias legales: *a)* solo se declaran nulos los actos o actuaciones que la ley disponga sancionar; *b)* no hay nulidad sin perjuicio; *c)* no procede la nulidad pedida por quien con sus actos permitió o dio motivo para que suceda; *d)* no procede anular los actos consentidos, y *e)* las nulidades procesales son relativas, solo quedan anulados los actos que portan vicios trascendentes.

De todos modos, aun cuando se quiera construir un espacio para las "nulidades constitucionales" [125], queda un gran esfuerzo de elaboración pendiente porque es

---

[125] Tesis de Pablo Luis Manili, *Las nulidades en el derecho constitucional (Un debate pendiente)*, La Ley 2005-C, 1000 y ss. Allí, entre otros conceptos afirma […] "Nulidad Absoluta y Relativa: En derecho civil la nulidad absoluta es susceptible de ser declarada de oficio o a pedido de cualquiera que posea un interés simple. Esta nulidad no es subsanable, es decir, es insusceptible de confirmación (art. 1047 del ex Código Civil). Por otra parte, la nulidad relativa sólo es susceptible de ser declarada a petición de aquéllos en cuyo beneficio la establecieron las leyes. Esta nulidad es susceptible de confirmación (art. 1048 del ex Código Civil).

En derecho internacional público la diferencia entre nulidad absoluta y relativa de un tratado depende del tipo de normas que son violadas por éste. Así, serán nulos de nulidad absoluta los celebrados en contradicción con normas que integran el orden público internacional (normas de *ius cogens*) o los celebrados con violencia sobre el estado o su representante (lo cual también es un caso de violación de la norma de orden público que prohíbe el uso de la fuerza). En cambio, serán de nulidad relativa los tratados que presenten vicios en la capacidad o el consentimiento del representante del Estado que intervino en su celebración.. La primera no es subsanable mientras que la segunda sí lo es.

En derecho constitucional se desprende claramente de la letra de la carta magna que las nulidades propias, que ella consagra expresamente, son absolutas, dado que en los tres casos establece que son "insanables" y en el tercero (DNU) agrega expresamente el carácter absoluto de la nulidad. En el caso de las nulidades impropias debemos recurrir al principio de supremacía de la constitución, a su carácter rígido y a su cualidad de norma de orden público, dado que los tres estarían en peligro si se admitiera que un vicio que afecta a la norma de máxima jerarquía del ordenamiento jurídico pudiera ser subsanado. En otras palabras, la distinción entre nulidad absoluta y relativa no existe en derecho constitucional: todas son absolutas, las propias y las impropias. Debemos aclarar que en algunos casos puede ocurrir que la norma nula sea confirmada por otra, pero esa norma sólo tendrá efectos desde el momento de la convalidación y no desde su dictado, con lo cual no podemos afirmar que la norma sea subsanable: la norma sigue siendo nula, y lo que se aplica es la norma posterior; por ejemplo un decreto delegado que exceda el marco de la delegación pero que sea luego convalidado por el Congreso: en este caso lo que se aplica es la ley posterior convalidante y no el decreto nulo que luego fue convalidado.

b) Nulidad y Anulabilidad: El Código Civil derogado distinguió entre actos nulos, cuando el vicio es manifiesto, y actos anulables, cuando la declaración de nulidad debe estar precedida de una investigación judicial (arts. 1038 y 1046). En derecho administrativo, en cambio, la diferenciación entre actos nulos y anulables radica en el grado de afectación del derecho resguardado por el requisito viciado, y requiere siempre declaración judicial. Si la irregularidad es grave, el acto es nulo, y si es leve, es anulable . Es de destacar que en esta materia se identifican los actos nulos con la nulidad absoluta y los anulables con la relativa, con lo cual no existen las dos clasificaciones de nulidad del derecho civil. El acto administrativo anulable se caracteriza por lo siguiente: a) se lo considera, prima facie, regular; b) tiene presunción de legitimidad y regularidad; y c) la declaración de nulidad tiene efectos sólo hacia el futuro.

En derecho constitucional la respuesta es un poco más compleja: a) En el caso de las nulidades propias podemos distinguir claramente los casos en que se ha violado alguna de las normas constitucionales que las consagran (artículos 29, 36 y 99 inciso 3), con lo cual, si adoptamos el criterio civilista, podemos afirmar que las nulidades propias son siempre manifiestas y por lo tanto los actos son nulos y no

continua la confusión entre vicios legales y procesales que impactan sobre la garantía constitucional del derecho de defensa, eludiendo la posibilidad que se nulifiquen actuaciones con la sola invocación del agravio al debido proceso.

En tal sentido es común afirmar que la indefensión únicamente sucede cuando la disminución o privación de las posibilidades de defensa provengan de una actuación u omisión del propio tribunal y que en ella no haya incidido la conducta de la propia parte que la alega[126].

La tendencia que pretendemos instalar es otra: tomar al derecho de defensa como una garantía individual que asegure el respeto de todas los deberes y derechos implícitos en el debido proceso, como derecho fundamental y pilar de la construcción jurídica; y eludir el revisionismo crítico que actúa después de las violaciones sin abandonar su importancia como mecanismo de restitución y reaseguro.

> Por lo tanto, siguiendo a Carocca Pérez, debería decirse que […] "el vocablo *indefensión*, tiene aquí el mismo significado que le hemos dado en el precepto constitucional del que fue tomada; es una consagración en fórmula procesal negativa, por así decirlo, de la garantía de la defensa procesal, y por lo tanto, prohíbe que se prive a las partes la posibilidad de efectuar sus alegaciones y pruebas en condiciones de igualdad, durante todo el transcurso del proceso"[127].

Al ser un mandato preventivo, constituye un límite para el legislador y un deber para la jurisdicción. Lo primero para evitar que se proyecten leyes limitantes u obstructivas de la garantía señalada; la restante, para impulsar el activismo y dirección del juez en el proceso, con el fin que el procedimiento se desenvuelva con todas las garantías.

5. Contenidos básicos y esenciales del derecho de defensa

La faceta restante del derecho de defensa que debemos explicar es su diferencia con el debido proceso, y esencialmente, con los contenidos que ambos presentan, si es que existen asimetrías entre ellos. La distinción es necesaria porque en sus comienzos el género fue el principio procesal de respetar el derecho de defensa en juicio, identificando en esta línea al debido proceso a través de las obligaciones que para ello se dispusieron (juez natural, independencia e imparcialidad del juzgador, sentencia fundada en ley, etc.)

---

meramente anulables. El criterio administrativista, que distingue nulidad de anulabilidad según el grado de afectación del derecho tutelado, no nos aporta ninguna solución dado que tanto las propias como las impropias son susceptibles de afectar de modo leve o grave. b) Pero en el caso de las impropias, es decir las que no están consagradas expresamente en el texto constitucional, el análisis es más arduo. Si tomamos como pauta lo decidido por la Corte en el fallo "Fayt" ya citado, es evidente que las nulidades impropias admiten la categoría de actos anulables puesto que el análisis que la Corte realizó para decidir como lo hizo fue muy minucioso, basado en sutilezas y en un asunto que -como mínimo- era discutible. Ello demuestra que la nulidad no era manifiesta. Al mismo tiempo, pueden existir casos de nulidades impropias donde el vicio es manifiesto, por ejemplo: una ley sancionada por una sola de las cámaras del Congreso, cuya nulidad no admite mayor discusión ni requiere investigación alguna.

Por lo tanto, concluimos que en el caso de las nulidades propias no es posible la diferenciación entre actos nulos y anulables, mientras que en las impropias sí lo es.

[126] Cfr. Carocca Pérez, ob. cit., p. 378.

[127] Carocca Pérez, ob. cit., p. 383.

Después, los avances del constitucionalismo y del derecho procesal impactaron con sus predicados en las normas vigentes, provocando una generalización del debido proceso, que deja de referirse solamente al proceso penal para abordar contenidos propios destinados a todos los procedimientos.

De este modo se abandonó el paralelismo que por mucho tiempo identificó el derecho de defensa con el debido proceso, tal como fue regulado en la Constitución Nacional Argentina en el art. 18, preocupada al igual que su similar de Norte América, por las garantías del proceso penal.

En consecuencia, el derecho de defensa en juicio se integró a la garantía central y fue forjando un conjunto de contenidos esenciales propios. Ello no importa "constitucionalizar" todo el proceso, ni disponer que lo sean aquellas garantías que se interpreten como mínimos inderogables. Se trata de ver cuáles son esos contenidos básicos y esenciales que para el ejercicio efectivo de la defensa no se pueden soslayar.

El tema tiene orientaciones útiles en los tratados y convenciones internacionales; también con las Normas Fundamentales y los ordenamientos jurídicos que establecen bases y condiciones para la actuación de las partes en el proceso. Pero el problema aparece cuando se ofrecen visiones alternativas para un mismo derecho, conforme se tenga una lectura constitucional o se practique desde el plano del reglamento procesal.

Por ejemplo, el art. 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos[128] da preferencia al derecho a ser oído, disponiendo en lo demás todas las garantías que se

---

[128] ARTICULO 8.- GARANTIAS JUDICIALES:

1. Toda persona tiene derecho a ser oída con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier carácter.

2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías:

a) Derecho del inculpado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, sino comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal;

b) Comunicación previa y detallada al inculpado de la acusación formulada;

c) Concesión al inculpado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa;

d) Derecho del inculpado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor;

e) Derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculpado no se defendiere por si mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la Ley;

f) Derecho de la defensa de interrogar a los testigos presente en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos;

g) Derecho a no ser obligado a declarar contra si mismo ni a declararse culpable;

h) Derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior.

3. La confesión del inculpado solamente es valida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza.

4. El inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos.

deben aplicar en la determinación de los derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier carácter; sin perjuicio de acentuar garantías particulares para el proceso penal.

El Convenio Europeo [129] también aplica este criterio aunque dispone más condiciones para su efectividad.

> Por su parte, como pilar del sistema mundial de defensa de los derechos humanos, la Declaración Universal echó las bases para fueran cimentadas las garantías de igualdad ante la ley y en la protección judicial (art. 7); al recurso efectivo (art. 8); a evitar las detenciones arbitrarias o el destierro (art. 9); y en conjunto dijo en el art. 10 que: "*Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal*".

En suma, el derecho a ser oído fue el contenido básico del derecho de defensa, porque todas las demás garantías que se mencionaron, quedaron instaladas en los requisitos del debido proceso.

Por eso, cuando las legislaciones locales comienzan a elaborar y definir los valores y contenidos esenciales, inician al mismo tiempo una corriente de afirmaciones con alternativas, que por esa característica, tienen cierta inseguridad jurídica.

> En España existe la tendencia a acorralar estas garantías en el concepto de "evitar la indefensión"; así, por ejemplo, Chamorro Bernal afirma que […] "con base en el primer párrafo del art. 24 de la Constitución española tan sólo existe un derecho constitucional a que el proceso contenga los elementos básicos que se configuran como tal y nada más. Tales elementos básicos pueden reducirse, en lo que afecta a la prohibición de indefensión, a que se de oportunidad de defensa contradictoria, pudiendo alegar y probar en situación de igualdad…" ([130]).

---

5. El proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia.

[129] Artículo 6: *Derecho a un proceso equitativo.*

1 Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un tribunal independiente e imparcial, establecido por la ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella. La sentencia debe ser pronunciada públicamente, pero el acceso a la sala de audiencia puede ser prohibido a la prensa y al público durante la totalidad o parte del proceso en interés de la moralidad, del orden público o de la seguridad nacional en una sociedad democrática, cuando los intereses de los menores o la protección de la vida privada de las partes en el proceso así lo exijan o en la medida en que será considerado estrictamente necesario por el tribunal, cuando en circunstancias especiales la publicidad pudiera ser perjudicial para los intereses de la justicia. 2. Toda persona acusada de una infracción se presume inocente hasta que su culpabilidad haya sido legalmente declarada. 3 Todo acusado tiene, como mínimo, los siguientes derechos : *a)* a ser informado, en el más breve plazo, en una lengua que comprenda y detalladamente, de la naturaleza y de la causa de la acusación formulada contra él ; *b)* a disponer del tiempo y de las facilidades necesarias para la preparación de su defensa; *c)* a defenderse por sí mismo o a ser asistido por un defensor de su elección y, si no tiene medios para pagarlo, poder ser asistido gratuitamente por un abogado de oficio, cuando los intereses de la justicia lo exijan; *d)* a interrogar o hacer interrogar a los testigos que declaren contra él y a obtener la convocación e interrogación de los testigos que declaren en su favor en las mismas condiciones que los testigos que lo hagan en su contra; *e)* a ser asistido gratuitamente de un intérprete, si no comprende o no habla la lengua empleada en la audiencia.

[130] Chamorro Bernal, Francisco, *La tutela judicial efectiva*, Bosch, Barcelona, 1994, p. 109.

De algún modo, la idea se reduce al principio *audiatur et altera pars,* conforme al cual siempre deben escucharse ambas posiciones (principio de contradicción) o dar oportunidad para que se realice. Lo que no significa disminuir su sentido, sino emplazarlo en el lugar e importancia que tiene.

Todo lo demás es contingente porque habría que hacer casuística para definir el derecho de defensa sobre situaciones donde ocurre (v.gr.: ausencia de letrado en la indagatoria; rechazo de prueba ofrecida; entre muchos casos más). Entonces, la preservación de la garantía individual reclama un cuidadoso esfuerzo del órgano jurisdiccional por garantizar la plena efectividad de los derechos de defensa de ambas partes, por lo que corresponde a los órganos judiciales velar por que en las distintas fases de todo proceso se dé la necesaria contradicción entre las partes que posean éstas idénticas posibilidades de alegación y prueba y, en definitiva, que ejerciten su derecho de defensa en cada una de las instancias que lo componen[131].

5.1 El derecho a la contradicción (principio de bilateralidad)

El principio de bilateralidad es propio de la conformación del proceso. Dos partes que litigan en igualdad de oportunidades defendiendo intereses contrapuestos.

Esta idea no es plenamente aceptada en el proceso penal, porque algunos afirman que el representante del Ministerio Público Fiscal no ostenta la calidad de parte al ser un funcionario público que actúa dentro de la órbita del Poder Judicial en defensa

---

[131]. Este deber se agudiza, desde luego, en el proceso penal, dada la trascendencia de los intereses en juego (SSTC 41/1997, de 10 de marzo; 102/1998, de 8 de junio; y 91/2000, de 4 de mayo), de forma que, aun en el caso de falta de previsión legal, no queda liberado el órgano judicial, e incluso al propio Ministerio Público, "de velar por el respeto del derecho de defensa del imputado, más allá del mero respeto formal de las reglas procesales" (STC 112/1989, de 19 de junio). Específica manifestación del derecho de defensa son las facultades de alegar, probar e intervenir en la prueba ajena para controlar su correcta práctica y contradecirla (por todas, SSTC 176/1988, de 4 de octubre; 122/1995, de 18 de julio; y 76/1999, de 26 de abril), y muy concretamente la de "interrogar o hacer interrogar a los testigos que declaren contra él", facultad ésta que el art. 6.3 *d)* del Convenio Europeo de Derechos Humanos reconoce a todo acusado como regla general entre sus mínimos derechos; y de un tenor similar es el art. 14.3 *e)* del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (STC 10/1992, de 16 de enero, y 64/1994, de 28 de febrero).

La posibilidad de contradicción es, por tanto, una de las "reglas esenciales del desarrollo del proceso" (SSTC 41/1997, 218/1997, de 4 de diciembre, 138/1999, de 22 de julio, y 91/2000), sin cuya concurrencia, debemos reiterar, la idea de juicio justo es una simple quimera. Del derecho de defensa contradictoria, hemos dicho, son manifestaciones instrumentales los derechos a ser informado de la acusación, a utilizar los medios de prueba, a no declarar contra sí mismo, o el derecho a no confesarse culpable (STC 29/1995). Además, su carácter nuclear y estructural convierten la posibilidad de contradicción en fundamento de las obligaciones judiciales de emplazamiento personal y congruencia, así como en exigencia de validez de la actividad probatoria, ya sea la sumarial preconstituida (SSTC 200/1996, de 3 de diciembre; y 40/1997, de 27 de febrero) o la practicada en el juicio oral. Se trata de un derecho formal (STC 144/1997, de 15 de setiembre) cuyo reconocimiento no depende de la calidad de la defensa que se hubiera llegado a ejercer (SSTC 26/1999, de 8 de marzo), de manera que puede afirmarse que ningún pronunciamiento fáctico o jurídico puede hacerse en el proceso penal si no ha venido precedido de la posibilidad de contradicción sobre su contenido, pues, como hemos señalado en anteriores ocasiones: "el derecho a ser oído en juicio en defensa de los propios derechos e intereses es garantía demasiado esencial del Estado de Derecho como para matizarlo o ponerle adjetivos" (STC 144/1997, de 15 de setiembre).

del interés público. Criterio que no es obstáculo para apoyar en el principio de igualdad (que forma parte del debido proceso) el ejercicio activo del derecho de alegar y probar.

También se lo recibe como derecho de audiencia, apoyado en el derecho a ser oído que es infaltable cuando se reconoce en el procedimiento el carácter contradictorio.

Ahora bien, si bilateralidad supone contradicción, es un presupuesto infaltable para dar cobertura plena al derecho de defensa, salvo que no se interprete como *garantía* sino como *principio*, en cuyo caso, se convierte en una orientación que se podrá solapar en situaciones justificadas.

Esta es la corriente generalmente aceptada.

> Dice Palacio que […] "la vigencia del principio de contradicción requiere, fundamentalmente, que las leyes procesales acuerden, a quienes se encuentren en las situaciones mencionadas, una suficiente y razonable *oportunidad* de ser oídos y de producir pruebas. No exige la *efectividad* del ejercicio de tales derechos, razón por la cual el principio que nos ocupa no resulta desconocido cuando la parte interesada no hizo valer, por omisión o negligencia, los medios de defensa, las pruebas o los recursos que pudo utilizar en la respectiva oportunidad procesal. De allí, por ejemplo, que las leyes procesales estructuren el llamado proceso *contumacial* o en *rebeldía* […]. La índole de ciertos procesos, sin embargo, impone la necesidad de que las resoluciones que en ellos deben recaer se adopten sin la previa audiencia de una de las partes o mediante una audiencia restringida […], pero en ninguno de esos casos media una derogación del principio que nos ocupa, sino, simplemente, una postergación o aplazamiento momentáneo de su vigencia estricta"[132].

La construcción fue pacífica y aceptada durante mucho tiempo, pero ha tenido alteraciones significativas que permiten describir un nuevo cuadro de situación.

Picardi las advierte con las indicaciones siguientes:

a) En primer lugar, hay claras señales de retorno al interés de los juristas por los mecanismos de formación del juicio y, para ello y ante todo, por el contradictorio y la colaboración de las partes en la búsqueda de la verdad.

b) Otro paso decisivo ha sido la tarea jurisprudencial de elevar el "contradictorio" a garantía constitucional incluida en la de "defensa en juicio" o en el estándar del "debido proceso". La defensa en juicio es, en primer lugar, garantía de contradictorio, y la igualdad de armas asume el valor de condición de legitimidad constitucional de la norma procesal.

c) Finalmente, en el cuadro de las recientes orientaciones que tienden a la revalorización de la retórica se advierte la ponderación de los aspectos dialécticos y justificativos del proceso. El "contradictorio" no constituye tanto un instrumento de lucha entre las partes como, sobre todo, un instrumento operativo del juez y un momento fundamental del juicio. El proceso obedecería, así, a una lógica argumentativa y justificativa. El "contradictorio" deviene el eje de la búsqueda dialéctica, conducida

---

[132] Palacio, Lino E., *Derecho Procesal Civil*, Tomo I, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1979 (2ª ed.), ps. 263/264.

por las partes. Estamos en el ámbito de una lógica de lo *probable* y de lo *razonable*, no de lo necesario e inevitable[133].

¿Es un regreso al proceso como lucha entre partes? Puede ser, pero el problema se explica mejor en el apartado siguiente.

5.2 El derecho a ser oído y las situaciones de urgencia para resolver

La concentración del derecho de defensa en el derecho a ser oído tiene la ventaja de igualar la garantía con la protección específica, de modo tal que, comprobada la ausencia de ella, se constata la violación. Pero, al mismo tiempo, porta el inconveniente de establecer un formulismo casi aritmético que no se compadece con las realidades que cualquier proceso judicial afronta, en los que a veces, es necesario resolver sin ataduras dogmáticas.

La tutela de urgencia es una de las manifestaciones que encuentra el derecho a ser oído para quedar postergado por imperio de las circunstancias fácticas. La rapidez para resolver se asocia con el estado de necesidad que justifica la prontitud de la respuesta jurisdiccional para evitar males o peligros mayores.

De aceptar que el derecho de defensa solo reside en el derecho a ser oído, supone tanto como proseguir con la línea que caracteriza al conflicto de intereses como una discusión privada entre partes interesadas. Allí el juez poco tendría que hacer, únicamente controlar el uso regular de las herramientas y de las técnicas aplicadas en la defensa de las posiciones. Más esta idea resume, en pocas líneas, un pensamiento típico del siglo XIX en el que se creía encontrar la eficacia del proceso civil en la glorificación del proceso acusatorio. En este la dinámica procesal quedaba abandonada a la iniciativa de las partes y donde el juez intervenía no tanto para dirigir el debate, como para determinar el vencedor del mismo, como si fuera un árbitro encargado de designar un ganador pero sin participar en el juego.

Los desajustes que ha tenido el método dialéctico del debate procesal son demostraciones claras de como la técnica arrebató la eficacia de los sistemas. Los procesos judiciales se convirtieron en verdaderos combates al punto que en el siglo pasado Savigny decía que era una lucha de hombres armados donde obtenía razón el que mejor utilizara de esas armas llamadas Derecho.

En vías de lograr la preciada eficacia y confianza en la sociedad, la relación entre el derecho procesal y el derecho material deja basarse en la pura aplicación mecánica, donde el primero presta la herramienta para que el segundo trabaje con sus dogmas; para argumentar sobre las necesidades inmediatas que requiere el derecho material.

La urgencia cobra vida en el proceso desde diversas manifestaciones, donde especialmente se mencionan, las medidas cautelares; sin embargo no es igual la tutela cautelar que la urgencia de tutela.

---

[133] Cfr. Meroi, Andrea, *Iura Novit Curia y decisión imparcial,* Revista Ius et Praxis, 13 (2), Santiago de Chile, 2007, ps. 379/390. Donde cita a Picardi, Nicola, *Audiatur et altera pars. Le matrici storico-culturali del contraddittorio,* en *Riv. Trimest. Dir e Proc. Civ.*, 2003, N° 1, ps. 7/22.

Es decir, la actuación del juez en el proceso permite que resuelva cuestiones de urgencia sobre la base de lo cautelar (con las medidas específicas que disponga, v.gr.: embargo, secuestro, etc.) o anticipándose a la sentencia definitiva (en cualquiera de las formas de tutela, v.gr.: medidas autosatisfactivas, medidas provisionales), logrando autonomía respecto al modelo clásico de confrontación entre partes.

Esta modalidad no afrenta el principio de bilateralidad ni cercena el derecho de contradicción, porque es la misma mecánica que tienen los juicios de estructura monitoria, o pasajes de los recursos constitucionales (que no tienen sustanciación, como en el amparo de la Ley Nº 16.986), desde que se trata de actuar con restricciones temporales sin realizar excepciones al derecho de ser oído.

Por tanto, la única posibilidad de encontrar que se afecta el derecho de defensa y se cercena el derecho a ser oído, está cuando se resuelve una medida sin haber dado posibilidad alguna de contrariarse contra ella.

Rivas ([134]), en este aspecto sostiene que […]

> "La sentencia anticipatoria ha de ser resultante de la sustanciación previa, como principio general, sin perjuicio de situaciones especiales en las que la ley pueda autorizarlos sin contradictorios". Opinión que sigue Arazi [135], quien refiere que "estas medidas provisionales, a diferencia de las cautelares, no necesariamente se dictan sin audiencia de la contraria y tampoco persiguen asegurar el cumplimiento de una futura sentencia a dictarse, sino la satisfacción total o parcial de la pretensión, en decisión anticipada por razones de urgencia". Temperamento que finalmente recepta Peyrano, variando su idea inicial, que también admite la posibilidad de sustanciación previa en determinados casos que así lo exijan, siendo la regla general el despacho *inaudita et altera pars*[136].

4.3 Espacios del debido proceso

Como hemos visto, la defensa en juicio se puede acotar al reducto del derecho a ser oído, o llevarla a coincidir con espacios que cubre el debido proceso, donde anidan otras extensiones destinadas, particularmente al proceso penal.

De este encuadre se advierten varias expresiones jurisprudenciales que explanadas al final de este capítulo, muestran los fundamentos por los que, a veces, una garantía del debido proceso constitucional se la corresponde con otra perteneciente al derecho de defensa.

De todos modos, el concepto del debido proceso envuelve comprensivamente el desarrollo progresivo de prácticamente todos los derechos fundamentales de carácter procesal o instrumental, como conjuntos de garantías de los derechos de goce -cuyo

---

[134] Rivas, Adolfo A. *La Jurisdicción Anticipatoria*. ponencia presentada en el XVIII Congreso Nacional de Derecho Procesal. Santa Fé. 1995, p. 21.

[135] Arazi, Roland. "*El Proceso Civil de Fin del Siglo*", en *Derecho Procesal en Vísperas del Siglo XXI, Temas actuales en memoria de los profesores Isidoro Eisner y Joaquín Alí Salgado*. Ediar, Buenos Aires, 1997, p. 31.

[136] Dice Peyrano […] "Además, y apartándonos un tanto de nuestros planteos iniciales, hoy creemos que si bien la regla es el despacho *inaudita et altera pars* de la medida autosatisfactiva, puede aceptarse que en determinadas coyunturas el tribunal interviniente puede arbitrar alguna suerte de módica sustanciación previa". Peyrano, Jorge W., *Régimen de las Medidas Autosatisfactivas. Nuevas Propuestas*. En *Medidas Autosatisfactivas. Parte General*, Rubinzal - Culzoni, Buenos Aires, 1999, p. 33.

disfrute satisface inmediatamente las necesidades o intereses del ser humano-, es decir, de los medios tendientes a asegurar su vigencia y eficacia.

Este desarrollo, conforme explica Piza Escalante (en una sentencia que por su claridad reproducimos), muestra tres etapas de crecimiento, a saber:

> […] *"a)* En un primer momento se atribuyó valor y efecto constitucional al principio del debido proceso legal -como aun se conoce en la tradición británica y norteamericana: *due process of law*-. Del capítulo 39 de la Carta Magna inglesa de 1215 se desarrolló este derecho de los barones normandos frente al Rey "Juan Sin Tierra" a no sufrir arresto o prisión arbitrarios, y a no ser molestados ni despojados de su propiedad sin el juicio legal de sus pares y mediante el debido proceso legal. Su contenido fue un signo claro de alivio ante los excesos de este Rey y de sus predecesores, con su antecedente inmediato en la "Carta de Coronación de Enrique I" o "Carta de las Libertades", primera Carta concedida por un monarca inglés, otorgada por aquél en 1100, en el momento de su acceso al trono. Según el pasaje de la Magna Carta que interesa:
>
> <<Ningún hombre libre deberá ser arrestado, o detenido en prisión, o desprovisto de su propiedad, o de ninguna forma molestado; y no iremos en su busca, ni enviaremos por él, salvo por el juzgamiento legal de sus pares y por la ley de la nación>>.
>
> "A partir de este último concepto del Capítulo 39 de la Magna Carta, transcrito del latín original *per legem terrae* y traducido al inglés como *law of the land*, se desarrolló el de debido proceso legal *-due process of law-*, en su acepción contemporánea.
>
> "El capítulo 39 fue una protesta contra el castigo arbitrario y las ilegales violaciones a la libertad personal y de los derechos de propiedad, y garantizaba el derecho a un juicio justo y a una justicia honesta. Creaba y protegía inmunidades de que las personas nunca habían disfrutado hasta entonces, así como los derechos propios, atinentes a la persona o a sus bienes, y también significa que su disfrute no podía ser alterado por el Rey por su propia voluntad y, por ende, no podía arrebatárselas.
>
> "El contenido original de la Carta era mucho más específico y restringido, como salvaguarda para asegurar un juzgamiento por árbitros apropiados, compuestos por los propios poseedores, por los barones mismos o por los jueces reales competentes. La cláusula no pretendía acentuar una forma particular de juicio, sino más bien la necesidad de protección ante actos arbitrarios de encarcelamiento, desposesión e ilegalidad que el Rey Juan había cometido o tolerado. Pero con el tiempo las apelaciones a otras libertades fueron, o sustantivas, o procesalmente orientadas hacia fines sustantivos, motivo por el que la Carta Magna inglesa se convirtió en uno de los documentos constitucionales más importantes de la historia. No en vano recibió más de 30 confirmaciones de otros monarcas ingleses; las más importantes, de Enrique III, en 1225; de Eduardo I, en 1297, y de Eduardo III, en 1354.
>
> "De todo esto fue desprendiendo también una reserva de ley en materia procesal, en virtud de la cual las normas rituales sólo pueden ser establecidas mediante ley formal, emanada del Parlamento -y de un Parlamento progresivamente más democrático y representativo-, además de un derecho a la propia existencia y disponibilidad de un proceso legal. En esta primera etapa no se hizo aun cuestión constitucional de cuáles fueran los procedimientos preestablecidos o preestablecibles en cuanto a su contenido, sino sólo en cuanto a la imperatividad de su existencia y a que estuvieran prefijados por ley formal.
>
> "b) Sin embargo, a poco andar la insuficiencia del principio anterior, derivada de su carácter meramente formal, hizo que la doctrina se extendiera al llamado debido proceso constitucional -hoy, simplemente, debido proceso-, según el cual el proceso, amén de regulado por ley formal y reservado a ésta, debe en su mismo contenido ser garantía de toda una serie de derechos y principios tendentes a proteger a la persona humana frente al silencio, al error o a la arbitrariedad, y no sólo de los aplicadores del derecho, sino también del propio legislador; con lo que se llegó a entender que la expresión de la Magna Carta *law of the land* se refiere, en general, a todo el sistema de las garantías todavía sólo procesales o

instrumentales- implicadas en la legalidad constitucional. Este es el concepto específico de la garantía constitucional del debido proceso en su sentido procesal actual.

"c) Pero aun se dio un paso más en la tradición jurisprudencial anglo-norteamericana, al extenderse el concepto del debido proceso a lo que en esa tradición se conoce como debido sustantivo o sustancial -*substantive due process of law*-, que, en realidad, aunque no se refiere a ninguna materia procesal, constituyó un ingenioso mecanismo ideado por la Corte Suprema de los Estados Unidos para afirmar su jurisdicción sobre los Estados federados, al hilo de la Enmienda XIV a la Constitución Federal, pero que entre nosotros, sobre todo a falta de esa necesidad, equivaldría sencillamente al principio de razonabilidad de las leyes y otras normas o actos públicos, o incluso privados, como requisito de su propia validez constitucional, en el sentido de que deben ajustarse, no sólo a las normas o preceptos concretos de la Constitución, sino también al sentido de justicia contenido en ella, el cual implica, a su vez, el cumplimiento de exigencias fundamentales de equidad, proporcionalidad y razonabilidad, entendidas éstas como idoneidad para realizar los fines propuestos, los principios supuestos y los valores presupuestos en el Derecho de la Constitución.

"En resumen, el concepto del debido proceso, a partir de la Carta Magna, pero muy especialmente en la jurisprudencia constitucional de los Estados Unidos, se ha desarrollado en los tres grandes sentidos descritos:

<a) el del debido proceso legal, adjetivo o formal, entendido como reserva de ley y conformidad con ella en la materia procesal;

<b) el del debido proceso constitucional o debido proceso a secas, como procedimiento judicial justo, todavía adjetivo o formal procesal-; y

<c) el del debido proceso sustantivo o principio de razonabilidad, entendido como la concordancia de todas las leyes y normas de cualquier categoría o contenido y de los actos de autoridades públicas con las normas, principios y valores del Derecho de la Constitución"[137].

En síntesis, el debido proceso responde como la defensa en juicio a parámetros que superan la simple protección de la persona, sea en sus derechos, o en la misma asistencia técnica.

En tal sentido, para todo tipo de procesos preexiste un "derecho al proceso", interpretando al proceso como única garantía; vale decir, un conjunto de mecanismos idóneos para el ejercicio de la función jurisdiccional. Anidan en él, el derecho de petición, individual o colectivo, el derecho a ser oído y a obtener una resolución fundada en las pretensiones interpuestas.

Luego se emplazan otras garantías especiales, como el juez natural, la independencia e imparcialidad de los tribunales, la idoneidad de los jueces, que se relacionan con las garantías de la propia jurisdicción.

De inmediato, al cuadro se suman las garantías ineludibles como la igualdad, el acceso universal a la justicia sin discriminación alguna, y demás requisitos del debido proceso constitucional.

Pero donde radican más coincidencias entre el derecho de defensa y el debido proceso, está en los requisitos de mínima cobertura para el procedimiento penal.

Principio o estado de inocencia; *nullum crimen, nulla poena sine previa lege*; *in dubio pro reo;* acusación informada o principio de intimación (es el que de lugar al derecho de todo imputado a ser instruido de cargos, es decir, puesto en conocimiento de la acusación, desde

[137] Sala Constitucional de la Suprema Corte de Justicia de Costa Rica, sentencia 1739/92.

el primer momento -incluso antes de la iniciación del proceso contra él, por ejemplo por parte del Ministerio Público-. Es obligación de todas las autoridades que intervienen en el proceso, del juez principalmente, instruir de cargos y advertir de sus derechos constitucionales a todo imputado, mediante una relación oportuna, expresa, precisa, clara y circunstanciada de los hechos y sus consecuencias legales; y esto sólo puede lograrse plenamente en presencia personal del mismo reo, con su defensor); derecho de audiencia y de defensa técnica e idónea, reunidos, todos, en el derecho al procedimiento con todas las garantías[138].

[138] La sentencia mencionada en la nota anterior resume las garantías del procedimiento en las siguientes: a) El principio de la amplitud de la prueba; b) El principio de legitimidad de la prueba; c) El principio de inmediación de la prueba; d) El principio de la identidad física del juzgador; e) La publicidad del proceso; f) La impulsión procesal de oficio; g) La comunidad de la prueba; h) El principio de valoración razonable de la prueba.

CAPÍTULO IV

INDEPENDENCIA E IMPARCIALIDAD DE LOS JUECES

Sumario: 1. Introducción; 2. Análisis objetivo: el Juez Natural, *2.1 El Juez Natural en América Latina, 2.2 El juez natural en la interpretación de la Corte IDH., 2.3 El juez predeterminado por la ley en Europa*; 3. Análisis subjetivo: la independencia e imparcialidad, *3.1 La imparcialidad como abstracción de toda influencia, 3.2 La imparcialidad respecto de las partes;* 4. La independencia del juez respecto a los demás poderes; 5. La actividad imparcial del juez en las etapas del proceso, *5.1 ¿Se viola la imparcialidad cuando se busca la verdad, 5.2 Las medidas para mejor proveer*. 6. La independencia de los jueces en la interpretación de la Corte IDH.

Anexo legislativo

1. Introducción

Una de las partes esenciales en el estudio de la garantía actúa en la dimensión de los jueces. No se trata de considerar que ellos sean parte del debido proceso, sino que es preciso tener jueces independientes e imparciales para que no se vea afectado el principio fundamental. En nuestro parecer, exigir que haya jueces independientes e imparciales, es un presupuesto del debido proceso, antes que un elemento constitutivo.

En el capítulo II nos referimos brevemente al sentido de afianzar el derecho de defensa en juicio con la intervención del juez natural, independiente e imparcial, de modo que corresponde en más, advertir el significado intrínseco de cada exigencia constitucional.

En todo caso, la investigación tiene dos aspectos. El primero se ocupa de lo *objetivo* del problema, debiendo encontrar jueces designados con anterioridad a los hechos de la causa (garantía del juez natural) para evitar conflictos de competencia. Es decir, *Juez Natural* es aquél que tiene jurisdicción para entender en un hecho concreto y que solo por circunstancias excepcionales puede delegar o transferir esa capacidad para actuar.

La segunda parte es más compleja, porque radica en el ámbito de lo *subjetivo*, donde anidan condiciones personales que se necesitan para que el juez sea cabalmente quien concrete las reglas y principios del debido proceso. En este sentido, los adjetivos que se piden son numerosos, y no todos tienen los significados o sentidos que se esperan. Por ejemplo, que el juez sea neutral, idóneo, equitativo, que razone y fundamente sus sentencias, son varias exigencias que puestas en práctica pueden ser confusas para la realización efectiva del debido proceso.

Localizado el tema con precisión, cada característica da una impronta a la actividad jurisdiccional; de este modo el juez neutral puede ser una persona indiferente y apartada de todo interés que no sea resolver el conflicto aplicando la ley, tal como quería el modelo europeo del siglo XVIII; la idoneidad se puede consagrar en ilustración manifiesta y versación acreditada, que aun presente, no asegura que las

sentencias estén relacionadas con el sentimiento de justicia; lo equitativo no siempre refleja lo justo, y podría ser más un pronunciamiento distributivo que puramente objetivo, y también la fundamentación de la sentencias, como requisito constitucional, tiene manifestaciones que necesitan explicarse.

Hay además una perspectiva adicional que se fija en la independencia como una cuestión de autonomía en la decisión. Se trata más bien de considerar la eficacia de la sentencia que se pronuncia sin influencias ni subordinación jurídica. Dicho esto como si fuera un problema de tensión o conflicto entre quien resuelve y quien revisa, más allá de la autonomía propia que exige el juez como parte de un Poder, el Judicial, que no debería ser interferido en sus sentencias por agentes externos.

> Díez Picazo[139] dice que entre estos frenos y contrapesos propios de un sistema de jerarquías, sin duda la responsabilidad de los jueces juega el papel protagonista, en el sentido de que de cuál sea la configuración positiva de los tipos de responsabilidad judicial depende en buena medida la efectividad de la independencia real. Por eso, agrega González Granda, un tema recurrente siempre que se habla de independencia es el de la responsabilidad, planteada en términos de tensión o conflicto, por tratarse en ambos casos de valores constitucionales e igualmente dignos de tutela. Conflicto o tensión que, en el fondo, lo que traduce es, ni más ni menos, que la cuestión de los cometidos del juez en el contexto de un sistema de impronta continental, y, en último extremo la del propio emplazamiento del Poder Judicial en el seno de un sistema democrático[140].

La cuestión se posiciona en la lectura del significado y alcance que tiene el recaudo de la independencia; dicho en términos de resolver si se trata de una autonomía del Poder; o si es independencia en el sentido de abstracción (*los jueces son la boca de la ley*), o una calidad especial que los entroniza y hace distintos (como en el despotismo ilustrado).

La diferencia no es baladí, en la medida que los tiempos han cambiado y los paradigmas iniciales que relacionaron la independencia con la autonomía del Poder ya no son los mismos. Antes se medía en relación al control y equilibrio en la actividad y gestión del Estado. Hoy, aun siendo cierta y continua la mención constante de tres factores aislados en la elaboración de la ley, la aplicación de ella y el control de razonabilidad, respectivamente, las posiciones primitivas han mudado.

Lo cierto es que la función jurisdiccional no sigue el camino trazado otrora; si en el positivismo se marcó desde las Normas el objetivo del bienestar general, y por eso, la voluntad del pueblo era un señorío invulnerable para la interpretación judicial; actualmente, el origen de la ley dista de ser una expresión del anhelo popular, y lejos está de ser una orientación para la eternidad (la constante adaptación de la ley con reformas constantes no hace más que demostrar la necesidad de legislar a tono con los tiempos, antes que proyectar ilusiones estériles).

> Zagrebelsky[141] define esta constatación diciendo que, en la concepción antigua, los derechos no sirven para liberar la voluntad del hombre, porque ésta de por sí, es origen de arbitrio y desorden. Sirven, por el contrario, para reconducirla a su justa dimensión. Su realización consiste en la adopción de medidas políticas orientadas a la justicia o, como

---

[139] Díez Picazo, Luis, *El régimen constitucional del Poder Judicial*, Cívitas, Madrid, 1991, p. 27.

[140] González Granda, Piedad, *Independencia del Juez y control de su actividad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1993, p. 33.

[141] Zagrebelsky, *El derecho dúctil*, cit., p. 86.

> suele decirse, al bien común. Por tanto, la visión que se ofrece de ellos es esencialmente de derecho objetivo: los derechos como consecuencia o reflejo de un derecho justo; los derechos como tarea a realizar por los gobernantes, como deber de los poderosos a favor de los más débiles. Así pues, también en esto se da una contraposición. Mientras que para la tradición "moderna" los derechos son el complemento de la naturaleza positiva del hombre, para la tradición "antigua", en cambio, son el remedio contra su maldad y contra los males que derivan del ejercicio de su voluntad. Si se mira bien, la concepción "objetivista" de los derechos, o de los derechos orientados a la justicia, habla de derechos esencialmente como una concesión al espíritu de los tiempos, pero en realidad se refiere a deberes. En efecto, hace recaer sobre todos los hombres el deber de no impedir que los demás cumplan con su deber y el deber de cumplir con los suyos propios. La categoría primaria es la de los deberes, de la que los derechos no son más que la consecuencia cuando aquellos sean violados. No se contempla la posibilidad de renunciar a los derechos, porque eso significaría negar los deberes de los que derivan y a los deberes, evidentemente, no se puede renunciar.

Igual sucede con la independencia entendida como abstracción, que ha suscitado una gran producción literaria a través de la teoría del argumentación jurídica y de la decisión judicial. En este campo, hay planteos diferentes que analizan las circunstancias cuando la sentencia se produce, provocando interpretaciones disímiles según se entienda que la función del juez es un tipo de obediencia al Derecho y a las normas; o quienes aducen que, precisamente por ser los jueces independientes, es factible y aconsejable la desobediencia a la ley en contingencias especiales.

Abona en este terreno la formación moral de la judicatura que implica diferenciar iguales hechos ante distintos temperamentos o actitudes para interpretar el conflicto. No se puede eludir, en un estudio completo de la independencia, este aspecto tan intrincado que produce estragos en sistemas constitucionales donde la interpretación constitucional de la ley es abierta a todo el aparato jurisdiccional, con apenas un control extraordinario sobre la razonabilidad.

> Asís Roig[142] ha desarrollado en profundidad esta relación con la obligación moral de obedecer al derecho, donde destaca tres argumentos que en la historia han sido utilizados para su justificación. Estos tres argumentos versan sobre el consentimiento, el contenido y la autoridad. La justificación de la existencia de una obligación moral de obedecer al derecho, centrada en el valor del consentimiento, tiene su origen en el célebre diálogo de Sócrates con las Leyes expuesto por Platón en el *Critón*, si bien puede encontrarse también en Locke, dentro de su *Ensayo sobre el gobierno civil*. Atendiendo los argumentos de Locke, se puede hacer una distinción que ha cobrado ciertamente relevancia en el tema de la obediencia. Se trata del diferente sentido y alcance del consentimiento según sea tácito o expreso. El primero es aquel que se produciría por la simple utilización de las normas; el segundo, por una actuación expresa del reconocimiento del valor del Derecho o de sometimiento al mismo.
>
> Por su parte, la justificación de la obligación moral de obedecer al Derecho centrada en el contenido, tiene también como exponente histórico al pensamiento de Sócrates, si bien está reflejado más claramente en el pensamiento cristiano medieval. Este tipo de argumentación alude a la obligación de obedecer el Derecho que se considera justo, trasladando el problema, pues, a la justicia.

Por último puede destacarse otro grupo de argumentos que se centran en la idea de la autoridad y que vendrían a justificar la obediencia al Derecho proveniente de determinada autoridad. Exponente histórico de este tipo de argumentación vuelve a ser

---

[142] Asís Roig, Rafael de, *Jueces y Normas (La decisión judicial desde el Ordenamiento)*, Marcial Pons, Madrid, 1995, ps. 166 y ss.

el pensamiento de Max Weber. Desde esta perspectiva se relaciona obediencia con legitimidad, y por ende, existe una estrecha relación con los dos argumentos anteriores.

En síntesis, atender la imparcialidad y la independencia desde el atalaya de los principios, tiene la ventaja de concretar las llamadas "garantías de la jurisdicción", donde se tienen que señalar cuáles son los reaseguros que muestran los jueces hacia las demás garantías, recordando para ello que, en esencia, la eficacia de los derechos fundamentales se reflejan con su vigencia y puesta en práctica.

> En otra obra (*La justicia constitucional*) agregamos que, esta parcela del debido proceso podría denominarse como *derecho al juez*, porque el proceso se desarrolla y cumplimenta desde la magistratura; por tanto en enfoque real del *derecho al juez* ha de observarse desde la perspectiva del justiciable que confía en la justicia, sin atender la faz interna de la organización judicial que, aun siendo de pertenencia constitucional (garantía del juez natural, designación de magistrados, etc.), mejor se ajusta a los problemas intrínsecos de la jurisdicción[143].

La noción de justicia *independiente* e *imparcial* es, entonces, un presupuesto, un requisito de validez para el proceso, y una garantía que promete la jurisdicción. A veces depende de factores externos como decisiones políticas (v.gr.: cuando se designan jueces comisionados, de excepción, incompetencias manifiestas, etc.) o situaciones de excepción (v.gr.: gobiernos de facto, dictaduras, estado de sitio, etc.) que comprometen la regularidad del trámite y socavan los cimientos del debido proceso; en otras, se ponderan las calidades de la función y, en consecuencia, la independencia e imparcialidad pasan a la condición de valores.

Cabe aclarar que la independencia que referimos se relaciona con la autonomía que tiene el juez para resolver liberado de influencias y hostilidades; sin tratar en el punto la independencia funcional como Poder Judicial del Estado.

En este campo aparece una proyección del problema, porque de la conclusión que se obtenga se podrán encontrar las actividades centrales que se quieran para definir como "garantías de la jurisdicción" las funciones esenciales que los jueces deben cumplir.

Podemos afirmar así, que los frentes que tiene la independencia judicial son diversos y complejos y que no se ocupan solamente de la actividad dentro de un procedimiento. El compromiso con la realidad pone en debate la necesidad de aflorar nuevas conquistas en la tarea de hacer justicia, porque ello lo demanda el desarrollo social; y también porque no, para consagrar un diseño del debido proceso donde el juez no esté aislado ni inerte.

Vale recordar que fueron los jueces quienes pusieron equidad en los contratos cuando nuestro país transitó por períodos altamente inflacionarios; que también fueron ellos los que asumieron el riesgo de vulnerar las cuestiones no justiciables obrando a favor de la judicialización de todas las causas de interés público; que con valor y coraje le dieron al juicio de amparo una dimensión constitucional jamás lograda en Argentina; y en definitiva, todo conduce a demostrar que no son los marcos constitucionales los que consagran la independencia judicial, sino la aventura por encontrar una justicia comprometida con la sociedad que le ha confiado la resolución de sus conflictos.

---

[143] Gozaíni, Osvaldo A., *La justicia constitucional*, Depalma, Buenos Aires, 1994, ps. 99 y ss.

A título informativo, porque lo siguiente no se integra en los requisitos del debido proceso, no se pueden eludir las conclusiones de la VII Cumbre Iberoamericana de Cortes Supremas y Tribunales Supremos de Justicia, que destacan entre los principios y derechos de la función jurisdiccional, los siguientes: **a**) *Principio de justicia transparente***,** concretado en la declaración de que todas las personas tienen derecho a recibir información general y actualizada sobre el funcionamiento de los juzgados y tribunales y sobre las características y requisitos genéricos de los distintos procedimientos judiciales; derecho de todas las personas a recibir, cuando así lo soliciten, información sobre el estado, la actividad y los asuntos tramitados y pendientes ante todos los órganos jurisdiccionales; derecho a conocer el contenido actualizado de las leyes de su Estado y de la normativa internacional; derecho a conocer el contenido y estado de los procesos en que se tenga legítimo interés de acuerdo con lo dispuesto en las leyes procesales; **b)** *Principio de justicia comprensible*, traducido en el derecho a que en los actos de comunicación procesal, vistas, comparecencias, resoluciones y sentencias se utilice un lenguaje sencillo y comprensible, sin desmedro de las exigencias técnicas necesarias; **c)** *Principio de justicia atenta con todas las personas***,** particularizado en el derecho a ser atendido por los tribunales dentro del plazo adecuado, de forma respetuosa y adaptada a las circunstancias psicológicas, sociales y culturales de la persona de que se trate. Derecho a la puntualidad en las actuaciones judiciales y a que las comparecencias personales ante los órganos de la Administración de justicia resulten lo menos gravosas posibles para lo cual éstas solamente podrán ser exigidas cuando sean estrictamente indispensables conforme a la ley, procurando concentrar en un solo día las distintas actuaciones que las hagan necesarias. Derecho a ser adecuadamente protegido cuando se declare como testigo o se colabore en cualquier forma con la administración de justicia. Derecho a conocer la identidad y categoría de la autoridad o funcionario que le atienda en el tribunal; **d)** *Principio de justicia responsable ante el ciudadano***,** materializado en el derecho a formular reclamaciones, quejas y sugerencias relativas al incorrecto funcionamiento de la administración de justicia, así como a recibir respuestas a las mismas con la mayor celeridad. Se dará a conocer el procedimiento de tramitación de la sugerencia o queja, debiendo mantenerse en lugar visible los formularios necesarios para el ejercicio de este derecho**, e)** *Principio de justicia ágil y tecnológicamente avanzada***,** traducido en una tramitación ágil de los asuntos que le afecten, que deberán resolverse estrictamente dentro de los plazos legales. Derecho a que no se exija la aportación de documentos que obren en poder de la Administración Pública, salvo que las leyes procesales expresamente lo requieran. Derecho a comunicarse con los órganos jurisdiccionales a través del correo electrónico, videoconferencia y otros medios telemáticos con arreglo a lo dispuestos en las leyes procesales. Los documentos emitidos por los órganos jurisdiccionales y los particulares a través de estos medios tendrán plena validez y eficacia, siempre que quede acreditada su autenticidad e integridad conforme a las leyes **; f)** *Principio de una justicia que protege a los más débiles***,** diversificada en protección a las víctimas que tendrán, entre otros derechos, el de una protección inmediata y efectiva por los juzgados y tribunales, especialmente frente al que ejerce violencia física o psíquica en el ámbito familiar. Derecho a ser informadas con claridad sobre su intervención en el proceso, la posibilidad de obtener la reparación del daño sufrido y sobre el curso del proceso. Derecho a que su comparecencia personal tenga lugar de forma adecuada a su dignidad, preservando su intimidad y propia imagen. En este principio protector se incluye, además, a los indígenas; niños y adolescentes y personas que sufran discapacidades.

2. *Análisis objetivo*: el Juez natural

La garantía del juez natural exige que el tribunal se encuentre establecido por ley, y que en virtud de esa prelación normativa, la competencia para intervenir le llegue por estar nominado con anterioridad a los hechos que originan su jurisdicción para entender en una causa determinada.

En nuestro país se ha dicho que, la garantía del juez natural no impide la inmediata vigencia de la restricción constitucional a la competencia militar derivada de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas -en el caso, sustracción de un

> menor-, pues la atribución de la competencia a los órganos permanentes del Poder Judicial, establecida de forma general para todos los casos de similar naturaleza, no reúne ninguna de las características de los tribunales "ex profeso" que veda el art. 18 de la Constitución Nacional (del voto del doctor Petracchi) (CS, 2 de agosto de 2000, "*Nicolaides, Cristino y otro*", La Ley, 2000-E, 556 - DJ, 2000-3-649).

La denominación de "juez natural" se debe aclarar en el sentido de especificar que se trata de jueces que son designados para ocuparse de procedimientos, a los que se clasifica por razón de distintas variables que discriminan la competencia. En otros términos, no es juez natural al que se designa para entender en un proceso especial, porque la neutralidad se difumina o, al menos, queda en sospecha.

Ocurre que los procesos adjetivos se presumen sancionados en salvaguarda de los derechos fundamentales de los justiciables contenidos en los mandatos de la Constitución Nacional y, sobre esto, cabe señalar que […]

> La garantía del debido proceso, en la que se integra la del juez natural determinado por las normas sobre competencia, ha sido consagrada fundamentalmente en favor del acusado, motivo por el cual no es válido recurrir al argumento de la incompetencia para adoptar una decisión que importe someterlo nuevamente a juicio (CS, 15 de octubre de 1998, "*Polak, Federico G.",* DJ, 1999-2-888 - JA, 1999-I-335).

A veces, el problema de la neutralidad desconfiada, provoca una suerte de recelo sobre la acción del juez, que a éste le provoca cierta confusión, cuando no, perturba su obrar y diligencia.

Si bien el magistrado puede apartarse, sólo los que alegan la causal de violencia moral están en condiciones de saber hasta qué punto aquélla afecta su espíritu e influye en el ejercicio de su profesión y el poder de decisión libre e independiente.

En el caso de los jueces cuya imparcialidad se pone en duda, atiende a la naturaleza de las funciones que les corresponden, y debe considerarse que la excusación, como la recusación con causa, son de interpretación restrictiva, con supuestos taxativamente establecidos para casos extraordinarios, pues su aplicación provoca el desplazamiento de la legal y normal competencia de los magistrados, con afectación del principio constitucional del juez natural.

Por otra parte, la garantía jurisdiccional que analizamos, es un reaseguro del debido proceso, que parte de una medición objetiva que se integra con las demás calidades de eficacia que el principio requiere.

> Por eso, desde otra perspectiva, decíamos en nuestro libro "*La Justicia Constitucional*" que, cuando hablamos de juez legal o predeterminado, no solamente se involucra la garantía de la designación constitucional del órgano jurídico sino, además, la imposibilidad de que sean otros no ordinarios quienes obtengan elípticamente la asignación del problema, pues si fuera de este modo, quedaría agraviada la mentada confianza ante la hipótesis probable del oportunismo intencionado.
>
> Se trata, en definitiva, de saber quiénes son los jueces naturales u ordinarios de la causa, desplegando precisos interrogantes sobre la diversidad de organismos que resuelven conflictos de distinta naturaleza, como de aquellos que vienen designados por la voluntad personal de los contendientes relegando (o postergando) la actuación judicial típica[144].

---

[144] Gozaíni, *La Justicia Constitucional*, cit., p. 123.

2.1 El Juez natural en América Latina

La historia americana del siglo XX fue un modelo del intervencionismo militar en la órbita del Poder Judicial. No solo se alteró el desarrollo normal de los juicios, sino también, se destruyeron reglas del debido proceso que hoy vemos reproducidas en la revisión de sucesos que por desaparición forzada de personas realiza la Corte IDH.

> Dice Margaret Popkin[145] que, en años recientes, conforme la mayoría de los líderes militares se han retirado del escenario, se han introducido reformas en toda la región para mejorar los métodos de selección judicial, ampliar y en algunos casos proteger del control político el presupuesto del poder judicial, incrementar los salarios de los jueces y establecer o reformar las leyes de carrera judicial. En algunos países, se han conformado o reformado consejos de la judicatura para desempeñar un papel en la selección judicial y, en diferentes grados, en el gobierno judicial. Además, los países latinoamericanos están enfrentando el reto de lograr que los jueces se sometan a estándares éticos y profesionales sin que esto afecte su independencia. Por medio de estas iniciativas de reformas se ha logrado alcanzar importantes avances, pero además se han encontrado una serie de obstáculos y limitaciones. Adicionalmente, en años recientes, en varios países en la región, incluyendo a Argentina, Guatemala y Honduras, los jueces han seguido percibiendo que aquellos que detentan el poder político y económico continúan ejerciendo o tratan de ejercer una influencia indebida en sus decisiones. En *Panamá*, a pesar de los avances en la independencia judicial anunciados a finales del gobierno militar en 1989, un Presidente trató de tomar control de la Corte Suprema creando una nueva Sala, para lo cual luego se requería el nombramiento de tres nuevos magistrados. Su sucesor, de un partido de oposición, disolvió la Sala recién creada, eliminando de esta forma las plazas de los tres nuevos magistrados. Aun en *El Salvador*, donde ha mejorado significativamente la independencia judicial tras los acuerdos de paz, "la mayoría de los jueces integrantes de la Corte Suprema de Justicia no sienten plena independencia frente al poder político, pronunciando sentencias, en varios casos, que restringen la eficacia del Derecho ante posibles "trastornos" que puedan generar los efectos del fallo...". De la misma manera, los actores políticos poderosos esperan que la Corte Suprema de Justicia no adopte resoluciones contrarias a sus intereses. Los jueces en *Colombia* y *Guatemala* continúan enfrentando serias amenazas de violencia. En 1999, ONGs guatemaltecas convencieron al Relator Especial de Naciones Unidas sobre la Independencia de Magistrados y Abogados para que visitara Guatemala e investigara las amenazas a la independencia judicial reflejadas en la falta de progreso en casos delicados y la preponderancia de amenazas en contra de jueces y fiscales

Actualmente la cuestión ha variado, pero la influencia de la política en la designación de magistrados, así como en la organización institucional del Poder Judicial, han mostrado signos evidentes de que aun queda mucho camino por recorrer para lograr una judicatura absolutamente independiente.

La inamovilidad en el cargo que se establece en unas cuantas Cartas Constitucionales no resuelve el problema, y a veces, lo agrava por garantizar una estabilidad funcional a quienes manifiestamente son baluartes de la ineficacia.

> Muchos sectores se han resistido a la reforma porque prefieren un poder judicial que se pueda controlar fácilmente. "La Suprema Corte de Justicia se ha convertido en el blanco favorito de aquellos que consideran que el Estado de Derecho es una amenaza a sus intereses particulares. La clase política dominicana, y especialmente los sectores conservadores, no termina de aceptar que el uso de poder del Estado está sujeto a la obediencia de la Constitución y las leyes y que el Poder Judicial está en el deber y tiene la capacidad de controlarlo"[146].

---

[145] Popkin, Margaret, *Iniciativas para mejorar la independencia judicial en América Latina: Una perspectiva comparativa*, edición de la Fundación para el Debido Proceso Legal, ps. 34 y ss.

[146] Popkin, ob. cit., p. 43.

> Las propias Cortes Supremas se han resistido a democratizar el poder judicial y a reconocer la necesidad de permitir que cada juez tome decisiones respecto al caso que está en sus manos, únicamente sobre la base de su propia interpretación de la evidencia y la ley aplicable. Aunque las Cortes Supremas reconocen que están sobrecargadas con tareas administrativas en detrimento de sus responsabilidades jurisdiccionales, se han resistido a las reformas que tendrían como consecuencia que renuncien a su poder administrativo, disciplinario o de realizar nombramientos para el resto del poder judicial.

Es verdad que toda Latinoamérica ha procurado reformar el sistema judicial impulsando mejoras y reaseguros para lograr la independencia judicial, pero también es cierto que se debe tener en cuenta la necesidad de asegurar la rendición de cuentas en el ámbito judicial.

Si el poder judicial debe tener un pleno control de su presupuesto, es necesario crear mecanismos para evitar el uso inadecuado de los fondos y garantizar la transparencia en su uso. Tal como lo enfatizan expertos de diferentes países, para garantizar la imparcialidad judicial por medio de, por ejemplo, reformas de la justicia penal que se dirigen hacia un sistema más acusatorio, se requiere que los fiscales y abogados defensores desempeñen sus roles en forma adecuada.

> Al considerar lo apropiado de algunas reformas particulares, es esencial recordar que éstas no se pueden considerar aisladamente y que lo más probable es que se requerirá de reformas adicionales para que éstas sean eficaces. Debido a la complejidad del proceso de reforma y la necesidad de involucrar a diferentes instituciones del sector judicial en el desarrollo y la implementación de reformas, puede ser útil que los donantes incentiven la creación de comisiones interinstitucionales del sector judicial con representantes de alto nivel de entidades como la Corte Suprema, el Consejo Judicial, el Ministerio Público, la Oficina de Defensa Pública, el Procurador de los Derechos Humanos y el Ministerio de Justicia. Una comisión coordinadora puede ayudar a coordinar las iniciativas de reforma y además brindar apoyo en la coordinación de donantes[147].

En pocas palabras: el juez natural de los sistemas americanos es propio de un mecanismo articulado en base a la ley y a la organización jerárquica de la magistratura. La revisión por el último tribunal de la escala, instalado en el tramo final del nivel, de alguna manera constituye un reaseguro del poder central que se puede convertir en impunidad si éste cuerpo no es autónomo, independiente e imparcial.

También es cierto que el *juez natural* ofrece una cobertura inicial que tranquiliza al sujeto que debe tramitar ante él. *Prima facie* supone que no está comisionado para condenarlo u ofrecer sus oficios al más fuerte o poderoso, porque preexiste la competencia antes del hecho que origina su intervención.

Pero al mismo tiempo, mientras el sistema americano antes descrito, tiene fe en sus jueces y les dispensa estabilidad y confianza para que sean ellos quienes controlen las leyes y las apliquen con justicia y equidad, se advierte que los conflictos de competencia son numerosos e insistentes, privando al justiciable de la necesaria respuesta inmediata, como derecho a la tutela judicial efectiva.

En fin, podemos concluir que la garantía del juez natural es útil como mecanismo garantista que le impide al legislador actuar en contra de sus preceptos guías; constituye un sistema de orientación para la normativa ordinaria, y otorga fundamento constitucional a quienes persiguen perturbar la intervención de quienes acreditan y tienen jurisdicción originaria que no puede ser desplazada.

---

[147] Popkin, ob. cit., p. 55.

Por tanto, el juez natural es el juez de la Constitución; aquél que ejerce su jurisdicción de manera *ab origine* y no por delegación o subterfugios ilegítimos.

Es el precepto que se vincula con la prohibición de ser juzgado por "comisiones especiales" o por "tribunales especiales". Y todo esto, claro está, no asegura el debido proceso del juez natural, porque la cobertura legal no supone convalidar el obrar negligente o desaprensivo de quienes no asumen la función constitucional que están llamados a cumplir.

> También en los documentos internacionales se denomina "Tribunal competente" a aquel que de acuerdo a determinadas reglas previamente establecidas (territorio, materia, etc), es el llamado para conocer y resolver una controversia. Esta garantía presenta dos alcances: por un lado, la imposibilidad de ser sometido a un proceso ante la autoridad de quien no es juez o que carece de competencia para resolver una determinada controversia; y por otro, que la competencia de los jueces y tribunales se encuentre previamente establecida por la ley.

2.2 El Juez natural en la interpretación de la Corte IDH

La Corte IDH en ningún tiempo de sus fallos se refiere a la garantía del juez natural. No la define, y menos aun la precisa. Solo captura su sentido para vincularla con los principios de independencia e imparcialidad, y en casos recientes, se pronuncia para verificar si puede haber violaciones en dicha garantía cuando intervienen jurisdicciones especiales.

La Corte IDH, por lo general, relaciona antes que el problema de oportunidad de intervención por el órgano posiblemente incompetente, con la forma comoi se desempeña[148].

> En este sentido, la Corte ha indicado, en relación con la estructura orgánica y composición de los tribunales militares, que estos carecen de independencia e imparcialidad cuando sus integrantes sean militares en servicio activo, estén subordinados jerárquicamente a los superiores a través de la cadena de mando, su nombramiento no dependa de su competencia profesional e idoneidad para ejercer las funciones judiciales, no cuenten con garantías suficientes de inamovilidad y/o no posean una formación jurídica exigible para desempeñar el cargo de juez o fiscal[149].
>
> Esta línea fue seguida afirmando que [...] "el derecho a ser juzgado por tribunales de justicia ordinarios con arreglo a procedimientos legalmente previstos constituye un principio básico del debido proceso[150]. Consecuentemente, señala que […] "cuando la justicia militar asume competencia sobre un asunto que debe conocer la justicia ordinaria, se ve afectado el derecho al juez natural y, a fortiori, el debido proceso", el cual, a su vez,

---

[148] Cfr. *Caso Apitz Barbera y otros ("Corte Primera de lo Contencioso Administrativo") vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 5 de agosto de 2008. Serie C Nº 182**,** párr. 56, y *Caso Flor Freire vs. Ecuador. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 31 de agosto de 2016. Serie C Nº 315, párr. 168.

[149] Cfr. *Caso Palamara Iribarne vs. Chile*. *Fondo Reparaciones y Costas.* Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C Nº 135, párr. 155, y *Caso Argüelles y otros vs. Argentina*, *supra*, párr. 149.

[150] Cfr. *Caso Castillo Petruzzi y otros*, supra nota 46, párr. 129; *Caso Palamara Iribarne*, supra nota 47, párr. 125, y *Caso Lori Berenson Mejía vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 25 de noviembre de 2004. Serie C No. 119, párr. 143.

> se encuentra íntimamente ligado al propio derecho de acceso a la justicia[151]. En este sentido, para que se respete el derecho al juez natural, el tribunal ha señalado que no basta con que la ley establezca previamente cuál será el tribunal que atenderá una causa y que le otorgue competencia a éste[152].

Cuando se trata de órganos con función jurisdiccional cuya función natural sea discutible, se buscan justificativos que expliquen la violación al principio básico relativo a la independencia de la judicatura que toda persona tiene derecho a ser juzgada por tribunales de justicia ordinarios con arreglo a procedimientos legalmente establecidos.

Una de estas excusas es la revisión judicial por parte de la jurisdicción ordinaria, sea como una de las instancias o para la resolución de conflictos de competencia, que se indica como una de las formas de ofrecer garantías objetivas de independencia e imparcialidad en el marco de jurisdicciones especiales[153].

Entre los principios referidos se sostiene que el Estado no debe crear "*tribunales que no apliquen normas procesales debidamente establecidas para sustituir la jurisdicción que corresponda normalmente a los tribunales ordinarios*"[154].

La Convención Americana utiliza el término "competente" para señalar al juez Natural, agregándole los requisitos de ser independiente e imparcial de acuerdo con el artículo 8.1.

> La Corte IDH, considerando la situación de Tribunales Militares para el juzgamiento de insurgentes, dijo que las propias fuerzas armadas inmersas en el combate contra la subversión, son las encargadas del juzgamiento de las personas vinculadas a dichos grupos. Este extremo mina considerablemente la imparcialidad que debe tener el juzgador.
>
> Por otra parte, de conformidad con la Ley Orgánica de la Justicia Militar, el nombramiento de los miembros del Consejo Supremo de Justicia Militar, máximo órgano dentro de la justicia castrense, es realizado por el Ministro del sector pertinente. Los miembros del Consejo Supremo Militar son quienes, a su vez, determinan los futuros ascensos, incentivos profesionales y asignación de funciones de sus inferiores, concluyendo que, ésta constatación pone en duda la independencia de los jueces militares.

---

[151] Cfr. *Caso Castillo Petruzzi y otros*, supra nota 46, párr. 128; *Caso Tiu Tojín*, supra nota 88, párr. 118, y Caso *Zambrano Vélez y otros*, supra nota 88, párr. 66.

[152] Cfr. Caso *Palamara Iribarne*, supra nota 47, párr. 125.

[153] En este sentido, ver el principio Nº 17 del Proyecto de Principios sobre la Administración de Justicia por los Tribunales Militares y los comentarios al mismo, según los cuales "[l]os imperativos de una buena administración de justicia por los tribunales militares implican […] que los recursos, en especial aquel por el que se impugna la legalidad, se ejerzan ante los tribunales de la jurisdicción ordinaria. De ese modo, en la fase de apelación o -como mínimo- de la casación, los órganos judiciales militares formarían 'parte integrante del sistema judicial general'". Asimismo, en dichos comentarios el Relator Especial de la Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos, Emmanuel Decaux explica que "se debe crear un mecanismo judicial imparcial encargado de resolver los conflictos de jurisdicción o de competencia. Este principio es esencial, ya que garantiza que los tribunales militares no constituyan un sistema de justicia paralelo, que se sustraiga al control del poder judicial". ONU, Consejo Económico y Social, Comisión de Derechos Humanos. Proyecto de Principios sobre la Administración de Justicia por los Tribunales Militares E/CN.4/2006/58, 13 de enero de 2006.

[154] Principios Básicos Relativos a la Independencia de la Judicatura, adoptadas por el Séptimo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Milán del 26 de agosto al 6 de setiembre de 1985, y confirmados por la Asamblea General en sus resoluciones 40/32 de 29 de noviembre de 1985 y 40/146 de 13 de diciembre de 1985 –ver Anexos de éste capítulo-.

Ahora bien, cabe recordar que desde los primeros fallos se ha interpretado que las garantías judiciales que refiere la CADH, no están relacionadas con el ejercicio del Poder Judicial únicamente, sino que ocupa otros órganos o autoridades públicas que pueden ejercer funciones del mismo tipo. Es decir, que cuando la Convención se refiere al derecho de toda persona a ser oída por un "juez o tribunal competente" para la "determinación de sus derechos", esta expresión se refiere a cualquier autoridad pública, sea administrativa, legislativa o judicial, que a través de sus resoluciones determine derechos y obligaciones de las personas.

Por la razón mencionada, se considera que cualquier órgano del Estado que ejerza funciones de carácter materialmente jurisdiccional, tiene la obligación de adoptar resoluciones apegadas a las garantías del debido proceso legal en los términos del artículo 8 de la Convención Americana.

En similar sentido, en el caso *Baena Ricardo vs. Panamá*[155] se estableció que […]:

> 125. La Corte observa que el elenco de garantías mínimas establecido en el numeral 2 del artículo 8 de la Convención se aplica a los órdenes mencionados en el numeral 1 del mismo artículo, o sea, la determinación de derechos y obligaciones de orden "civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter". Esto revela el amplio alcance del debido proceso; el individuo tiene el derecho al debido proceso entendido en los términos del artículo 8.1 y 8.2, tanto en materia penal como en todos estos otros órdenes.
>
> 126. En cualquier materia, inclusive en la laboral y la administrativa, la discrecionalidad de la administración tiene límites infranqueables, siendo uno de ellos el respeto de los derechos humanos. Es importante que la actuación de la administración se encuentre regulada, y ésta no puede invocar el orden público para reducir discrecionalmente las garantías de los administrados. Por ejemplo, no puede la administración dictar actos administrativos sancionatorios sin otorgar a los sancionados la garantía del debido proceso.
>
> 127. Es un derecho humano el obtener todas las garantías que permitan alcanzar decisiones justas, no estando la administración excluida de cumplir con este deber. Las garantías mínimas deben respetarse en el procedimiento administrativo y en cualquier otro procedimiento cuya decisión pueda afectar los derechos de las personas. […]
>
> 129. La justicia, realizada a través del debido proceso legal, como verdadero valor jurídicamente protegido, se debe garantizar en todo proceso disciplinario, y los Estados no pueden sustraerse de esta obligación argumentando que no se aplican las debidas garantías del artículo 8 de la Convención Americana en el caso de sanciones disciplinarias y no penales. Permitirle a los Estados dicha interpretación equivaldría a dejar a su libre voluntad la aplicación o no del derecho de toda persona a un debido proceso.

En suma, la jurisprudencia de la Corte IDH señala que el alcance de las garantías judiciales y de la protección judicial efectiva para los jueces debe ser analizado en relación con los estándares sobre independencia judicial.

En el caso *Reverón Trujillo vs. Venezuela*, se precisó que los jueces, a diferencia de los demás funcionarios públicos, cuentan con garantías específicas debido a la independencia necesaria que deben tener para el ejercicio del cargo, constituyendo una garantía esencial para el desempeño de la función judicial"[156].

---

[155] *Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá. Fondo, Reparaciones y Costas*. Serie C Nº 72, párrs. 125 a 127 y 129.

[156] *Caso Reverón Trujillo vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 30 de junio de 2009. Serie C N° 197, párr 67, citando *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica. Excepciones*

El Tribunal reiteró que uno de los objetivos principales que tiene la separación de los poderes públicos es la garantía de la independencia de los jueces[157]. Y el objetivo de la protección radica en evitar que el sistema judicial en general y sus integrantes en particular se vean sometidos a posibles restricciones indebidas en el ejercicio de su función por parte de órganos ajenos al Poder Judicial o incluso por parte de aquellos magistrados que ejercen funciones de revisión o apelación[158].

Conforme a la jurisprudencia de esta Corte y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, así como de conformidad con los Principios Básicos de las Naciones Unidas relativos a la independencia de la judicatura (en adelante "Principios Básicos"[159]), las siguientes garantías se derivan de la independencia judicial:

a) un adecuado proceso de nombramiento[160],

b) la inamovilidad en el cargo[161] y

c) la garantía contra presiones externas[162].

De ellas nos ocupamos después.

2.3 El juez predeterminado por la ley en Europa

La reducción de la justicia a los hechos determinados por la ley, fueron el molde que ajustó la función jurisdiccional de los jueces. El positivismo jurídico dominó buena parte de las actividades, evitando extralimitaciones y antes que otra cosa, logró persuadir a la judicatura de la imposibilidad de interpretar la ley, simplemente porque la justicia se cumplía con el simple hecho de aplicarla.

Tan claro fue el mandato que el juez europeo se forma y condiciona en la idea de la generalidad y permanencia de los conceptos, donde el dominio de la voluntad

---

Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C Nº 107, párr. 171, y *Caso Palamara Iribarne vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C Nº 135, párr. 145.

[157] Cfr. *Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú*, párr. 73, y *Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia del 24 de febrero de 2012. Serie C Nº 239, párr. 186.

[158] Cfr. *Caso Apitz Barbera y otros ("Corte Primera de lo Contencioso Administrativo") vs. Venezuela*, párr. 55, y *Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile*, párr. 186.

[159] Principios Básicos de las Naciones Unidas relativos a la independencia de la judicatura adoptados por el Séptimo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Milán, Italia, del 26 de agosto al 6 de setiembre de 1985, y confirmados por la Asamblea General en sus resoluciones 40/32 del 29 de noviembre de 1985 y 40/146 del 13 de diciembre de 1985.

[160] Cfr. *Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú*, párr. 75, y *Caso Chocrón Chocrón vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 1 de julio de 2011. Serie C Nº 227, párr. 98. Ver también Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Caso Campbell y Fell vs. Reino Unido*, Sentencia de 28 de junio de 1984, párr. 78; Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Caso Langborger vs. Suecia*, Sentencia de 22 de enero de 1989, párr. 32, y *Principio 10* de los Principios Básicos de las Naciones Unidas.

[161] Cfr. *Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú*, párr. 75, y *Caso Chocrón Chocrón vs. Venezuela*, párr. 98. Ver también *Principio 12* de los Principios Básicos de las Naciones Unidas.

[162] Cfr. *Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú*, párr. 75, y *Caso Chocrón Chocrón vs. Venezuela*, párr. 98. Ver también Principios 2, 3 y 4 de los Principios Básicos de las Naciones Unidas.

individual es un riesgo para el orden social, la que por otra parte, esta previamente limitada por el principio de legalidad. Es decir, la ley es la fuente donde abrevar y tomar los derechos, y no pueden las personas y menos aun el juez, cambiar el destino fijado por la voluntad soberana del legislador, que es el legítimo representante del Pueblo.

Por eso se habla de derechos que no tienen fin en el tiempo; y que si hay alguna variación en ellos que los torna absurdos o directamente inconstitucionales, no pueden revocarse sino es por la actividad de un órgano especialmente creado para verificar el desatino, y permitir en su caso, una declaración singular.

Estos no son otros que los Tribunales Constitucionales, espejo donde se refleja el principio de la desconfianza en los jueces ordinarios y predeterminados por la ley.

> En la visión de Zagrebelsky[163], cualesquiera que pudiesen haber sido las intenciones de los Constituyentes de 1789-1791, la idea teóricamente muy prometedora, de la ley como codificación del derecho no podía más que revelarse enemiga del valor jurídico de la *Declaración*, arrojada al limbo de las genéricas proclamaciones políticas, carentes de incidencia jurídica por sí mismas e insusceptibles de aplicación directa en las relaciones sociales.
>
> No tuvo lugar, pues, el sometimiento de la ley al control de los derechos sino que, al contrario, se produjo el control de legalidad de los derechos, cuya verdadera "Constitución" jurídicamente operante ni fue la *Declaración* sino el *Code Civil*, no en vano denominado con frecuencia, la "Constitución de la burguesía" liberal.

Se comprende por ello que en Francia, y en los países que se remiten a los desarrollos constitucionales franceses, se haya atribuido históricamente a los jueces la posición de "servicio pasivo" a la ley. No se habría podido asignar a éstos ninguna tarea de equilibramiento el legislativo, porque ello habría presupuesto que fueran precisamente los jueces, y no el legislador, quienes pudiesen erigirse en defensores de los derechos.

Al mismo tiempo, pero con una perspectiva adaptada a esta constatación, se afirma que esta manera de resolver la función jurisdiccional, era la forma más preciada de lograr la auténtica independencia de cada Poder del Estado, precisamente, porque la exclusividad en la aplicación de la ley solo era potestad de los jueces.

La sumisión al principio de legalidad fue la misión primera, pero también la única y exclusiva; que tiempo más tarde provocó la necesidad de reafirmaciones a través de la inamovilidad judicial. Sin embargo, *mutatis mutandi*, la pretensión de afianzar la estabilidad e independencia de los jueces con la permanencia en sus cargos, en realidad significó perseguir la más estricta fidelidad a la regla de aplicar la ley, antes que interpretar su ajuste con la Norma Fundamental.

> Sobre las bases de la doctrina de kelsen, que destaca el papel del juez en el proceso de aplicación de las leyes y la reserva de un espacio creativo que le corresponde a él y que no puede ser llenado por el legislador, toda la doctrina de principios del siglo XX subraya que el sometimiento de los jueces únicamente a la ley, es la clave de su independencia. La subordinación a la ley explica la exclusión de relaciones de dependencia con otros Poderes; también es corolario de esta concepción que ninguna otra autoridad u órgano pueda interferir en el ejercicio de la función judicial, de tal manera que están en estas exposiciones

---

[163] Zagrebelsky, *El Derecho dúctil,* cit., p. 98.

> "echadas las raíces doctrinales para una explicación estrictamente jurídica de la independencia de los jueces"[164].

Con este encuadre, el *juez natural* no expone la misma trascendencia que en América se estudia, sencillamente porque es una parte de la independencia funcional y no tiene que ver con la autonomía institucional que se ostenta como más importante.

El problema se reduce a resolver si el juez que interviene es el que "de ordinario" la ley tiene como competente; ésta ley ha de ser previa a los hechos y, en términos generales, son de carácter procesal (no constitucional) y fijan las reglas para el reparto o distribución interna de los asuntos entre juzgados y tribunales.

> De este modo, dice Gimeno Sendra[165], el principio recién se introduce con la Constitución española de 1978 encerrando una doble garantía: de un lado, lo es para el justiciable, a quien se le asegura que en momento alguno podrá ser juzgado por un órgano distinto al de los que integran la jurisdicción, evitándose de esta manera la figura a la que tanto se acudió en el antiguo régimen, consistente en crear por parte del monarca o del dictador de turno algún *pseudo* tribunal cuyo veredicto pudiera estar formado desde el inicio de las sesiones; pero, por otra parte, constituye al propio tiempo una garantía de la propia jurisdicción, pues los principios de unidad y monopolio de la jurisdicción, así como el de independencia judicial, podrían verse amenazados si el Poder Ejecutivo dispusiera a su antojo de la constitución y funcionamiento de los tribunales, manipulando en la composición de las Salas y metiendo en ellas a los funcionarios más sumisos o simplemente prescindiendo de los tribunales ordinarios por la vía de atribuir funciones judiciales a determinados órganos administrativos.

Análisis subjetivo: la independencia e imparcialidad

Las calidades personales del juez son conceptos pragmáticos que se miden y evalúan con los resultados siempre variables de las sentencias judiciales. Dicho esto en el sentido que supone todo pronunciamiento judicial, que a unos conforma y a otros mortifica, siendo para los primeros eficaces y solventes, y para los otros, arbitrarios e insustanciales.

Procuraremos evitar el inconveniente eludiendo el compromiso de opinar donde no es necesario, toda vez que las cualidades que se quieren para un juez modelo (neutral, ilustrado, justo, etc.), no son garantías del debido proceso, solamente ofrecen una seguridad preliminar al desarrollo. En todo caso, se podría hablar de una "independencia moral" que trata de aislar al juez de presiones o influencias extrañas, y que exige acciones concretas para evitar que así suceda.

Es que la independencia judicial, a los fines de resolver la vigencia total del debido proceso, no se interpreta como principio, sino como presupuesto para un servicio esencial: la imparcialidad.

> Sostiene Guarnieri[166]que la independencia no es un fin en sí misma, sino un concepto instrumental respecto a la imparcialidad, ambos al servicio de que el juez debe siempre actuar como "tercero" en la composición de los intereses en conflicto, con la Ley como

---

[164] González Granda, ob. cit., p. 37.

[165] Gimeno Sendra, Vicente, *Constitución y Proceso*, Tecnos, Madrid, 1988, ps. 28 y ss.

[166] Guarnieri, Carlos, *L´independenza della magistratura*, CEDAM, Padua, 1981, p. 48.

> punto de referencia inexcusable. Por eso, agrega González Granda[167], no es, pues, lo mismo que imparcialidad, sino que es un antecedente necesario para que la segunda sea posible, si bien se ha señalado que en situaciones claras de ausencia de independencia institucional no han faltado jueces imparciales, y evidentemente también puede darse lo contrario: jueces parciales en condiciones objetivas de independencia.

Ahora bien, cuando se encuentra parcialidad en el proceso, los correctivos pueden variar de acuerdo con la finalidad y el interés en obrar. Por ejemplo, la sentencia se puede revocar, anular, modificarse solo en cuanto fue proclive a inclinarse sin fundamento a favor de una parte; castigar al juez con las costas originadas; sancionarlo por prevaricato, o disponer escarmientos de tipo moral como: amonestación, inhabilitación, etc.

Sin embargo, vista las cosas desde otra perspectiva, la misma imparcialidad es un conflicto de lógica que no puede reducirse a una apreciación meramente objetiva. Por ejemplo: si en un proceso la prueba es insuficiente, y a pesar del déficit se dicta sentencia favorable al renuente, ¿es una sentencia que viola el principio de imparcialidad?, en su caso ¿no es un problema derivado de la razonabilidad?, o si se quiere ¿no acusa una ponderación de valores diferentes donde la persuasión se ha adquirido sobre hechos antes subjetivos que objetivos?

> Compartimos así con Fernández Viaga [168] que, la necesidad del juez imparcial como garantía es una consecuencia directa del carácter no mecánico de la función judicial. Los jueces y magistrados no recitan un texto previamente establecido para cada caso. La interpretación de la norma, como nos recuerda Ferrajoli[169], no es ni ha sido nunca, una actividad solamente recognoscitiva, aunque en ocasiones, así se haya querido, sino que siempre es el fruto de una elección práctica respecto de hipótesis interpretativas de carácter alternativo. Los tribunales son libres para resolver conforme el ordenamiento jurídico. Y, si lo son, sus decisiones implican el ejercicio de un poder del que hay que alejar el peligro de la arbitrariedad. Por ello, exigencias como la de la imparcialidad se refuerzan en los modernos Estados de Derecho que pretenden, mediante la institucionalización de la sospecha, asegurar el correcto y racional funcionamiento de sus órganos.

Lo que se quiere expresar es que la imparcialidad tiene sonidos que suenan diferentes al oído de quien los interpreta. Para una parte, el problema que ante el juez plantea tiene una armonía acordada a sus preferencias; para el otro, los compases suelen ser distintos, de modo tal que la sintonía que adopte la sentencia siempre tendrá un diapasón propio, de elección. Es una disputa entre predilecciones, que cuando se trata de decir el derecho, y para evitar elecciones, se opta por sostener que la voluntad de la ley es el único criterio a tener en cuenta.

> Dice Pico i Junoy[170] que el mito de la absoluta neutralidad de quienes ejercen la función jurisdiccional debe relativizarse. El juez, como cualquier otra persona, posee una determinada escala de valores adquirida por muy diversas vías (su origen y posición social, formación, cultura, etc.) que inexorablemente incide en sus resoluciones judiciales. Partiendo de esta realidad, la ley pretende garantizar el máximo de objetividad en el enjuiciamiento de las cuestiones litigiosas, instaurando mecanismos dirigidos tanto al

---

[167] González Granda, ob. cit., p. 39.

[168] Fernández Viagas Bartolomé, Plácido, *El Juez Imparcial*, Comares, Granada, 1997, p. 177.

[169] Ferrajoli, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, cit., p. 233.

[170] Pico i Junoy, Joan, *La imparcialidad judicial y sus garantías: la abstención y la recusación*, Bosch, Barcelona, 1998, p. 74.

> propio juez (abstención) como a las partes (recusación) para denunciar la posible falta de objetividad.

En definitiva, un pensamiento asentado con tal rigidez, simplemente afirma que la función jurisdiccional es aplicar el derecho con justicia e imparcialidad; pero al mismo tiempo, es una doctrina claudicante porque toda cuestión de hecho a la que se debe aplicar el derecho, es una simple tarea mecánica de subsunción, al devenir contingencias radicadas en emociones, sentimientos, e irracionalidades inmanentes propias de toda persona que vive en sociedad.

Y el juez no es un fugitivo de la vida; no está instalado en el atalaya para ver las cosas desde una altura inalcanzable. Son las cuestiones del diario acontecer las mismas que al tribunal le sucede y afectan. La formación profesional, la experiencia adquirida, la coexistencia social, son improntas ineludibles, que sin sospechas de parcialidad, influyen en las variables de elección.

Una vez más, se observa porque el sentimiento de justicia no es un dato objetivo y cotejado por baremos: hay todo un conjunto de elementos subjetivos que nutren la actividad y le dan un sentido propio.

> De todas formas, en esta cuestión –dice Fernández Viagas- hay que partir de un cierto recelo intelectual. El juez al elaborar sus planteamientos, al emitir sus "fallos", está condicionado por las influencias sociales que le han acompañado durante su formación. Esto es algo evidente que, desde una perspectiva intelectual, es imposible de negar [...] El buen funcionamiento del sistema exige partir de la creencia de que los jueces son libres al fallar, pudiendo hacerlo con arreglo exclusivo a las exigencias de su conciencia. Y con ello basta, sin olvidar que se trata de una ficción que, para ser mantenida, exige la posibilidad de admitir en casos concretos lo contrario[171].

La dificultad del juzgamiento aparece, entonces, proyectada en muchas contingencias que podrían afectar la imparcialidad, porque como dice Kaufmann, "cuando el juez dice el derecho introduce siempre algo propio, de su entendimiento; de lo contrario no podría nunca poner en correspondencia la ley y el caso. La objetividad, propia de las ciencias naturales, la eliminación de toda subjetividad, no puede ser ideal adecuado para la ciencia del derecho"[172].

3.1 La imparcialidad como abstracción de toda influencia

Una de las manifestaciones más frecuentes para señalar la imparcialidad como presupuesto esencial del debido proceso, llega del principio de aislamiento del juez de toda influencia externa o interna. Dicho en otros términos, si la función judicial es aplicar la ley, la responsabilidad que tiene es solo ésta, que se traduce en justicia cuando emite la sentencia para el caso concreto, habiendo dispuesto una resolución equitativa, ecuánime y prudente.

Esta idea piensa en un magistrado con una función inocua: solamente aplica la ley sin mirar a quien, y sin considerar los efectos que produce. La sociedad debe confiar en los jueces por la autoridad que de ellos emana, y por el respeto que merecen.

---

[171] Fernández Viagas, ob. cit., p. 166.

[172] Kaufmann, Arthur, *Entre iusnaturalismo y positivismo hacia la hermenéutica jurídica*, versión en español de Andrés Ollero, en "Anales de la Cátedra de Francisco Suárez", nº 17, Universidad de Granada, 1977, p. 88.

Implica una obligación automática antes que una actividad racional; y en los hechos, eleva la posición del juez al tecnicismo de reconocer los hechos y el derecho a ellos aplicable.

Tiene reminiscencias del juez romano que era el único que conocía la ley y podía decirla en sus mandatos (*juris dictio*); acepta que las influencias del medio son posibles, pero las elude con el deber de cumplir el mandato legal, y si ésta no se adapta al contexto, lamentablemente no es su función corregir o encausarla; él no tiene posibilidad alguna so riesgo de convertir al juez en legislador.

De algún modo, también, es la consagración del sistema de la desconfianza, a la que tanto apego tienen muchas legislaciones. Por su lado, el juez que quiere afianzar la confianza y mostrarse ejemplar e intachable, tiende a alejarse de la sociedad, precisamente, para apartarse de sus estigmas.

> Originariamente existió el juez mágico, brujo o sacerdote (como el pontífice del más antiguo derecho romano), separado de todos los demás mortales por su don sobrenatural de entrar en contacto con los dioses; después vino el juez carismático, gran sabio o notable (quizás haya que pensar en las justicias señoriales del siglo XVIII o en los jueces de paz del XIX –conforme el planteo que hace Ruiz Pérez[173]-), personaje al que envolvía un aura de clemencia y de equidad más que de derecho, respetado por su paciencia, por su buena voluntad y espíritu de conciliación; y, en fin, tenemos el juez lógico, que es el nuestro, que memoriza y racionaliza, que es la memoria de todas las reglas y la inteligencia de todas las deducciones (si no de todas las dialécticas).

En esta consigna hay una parte muy cierta y precisa: la ley fue hecha para cumplirla, y ante el desconocimiento o perturbación, debe el Juez ordenar la sanción respectiva y obligar el acatamiento.

Pero al mismo tiempo, la ley encierra una verdad que se debe desentrañar para ponerla en contacto con la realidad viviente; por eso es necesario que la sentencia no sea la emisión de un resultado analítico aislada del contexto.

> Ha dicho Carbonnier[174] que, la justicia erudita reviste muchas formas, pero su postulado es desde siempre la idea de que en el derecho hay una verdad a descubrir. Por eso, el juez que ha estudiado la ley, hace de la cuestión que le es presentada, un verdadero tema de estudio. Reflexiona sobre ella, pone a contribución sus conocimientos generales y mide el alcance y consecuencias de la resolución que le ha sido solicitada.

En resumen, el problema que se afronta es propio de la filosofía del derecho, y puede forjar argumentos políticos y constitucionales que, si queremos reflejarlos en la interpretación del debido proceso, hace jugar valores y entendimientos que no son propios de este trabajo.

Con ello se quiere decir que la imparcialidad no es un valor neutro que signifique no beneficiar a uno ni otro; porque una sentencia siempre obrará a favor de alguien que ha controvertido.

En realidad, la imparcialidad que apuntamos en esta perspectiva, supone que el juez aplique el derecho, pero que al imponer el orden y la legalidad no se desprenda del tiempo que transita, con sus adaptaciones y las angustias que lo inciden, porque "hacer justicia" es dar a cada uno lo suyo sabiendo y conociendo la realidad que se comprende.

---

[173] Ruiz Perez, ob. cit., p. 118.

[174] Carbonnier, Jean, *Derecho flexible*, Tecnos, Madrid, 1974, p. 101.

> Del Vecchio[175] recuerda que por encima de las leyes escritas hay otras no escritas que se reflejan en todas las leyes sin agotarse en ninguna y que, en momentos decisivos de la historia, pueden imponerse al hacer saltar los órdenes positivos para perfeccionar con un orden nuevo el proceso de reivindicación de la justicia, que tiene por teatro la historia y por fuente inagotable el espíritu humano.
>
> También Legaz y Lacambra[176] traen a colación un resultado evidente de una justicia asentada sobre la realidad. La seguridad y la justicia no son solo dos "valores" jurídicos fundamentales, sino que más bien se trata de las dos dimensiones radicales del derecho, de sus dos estamentos ontológicos, que lo trascienden, pero que en él se integran como constitutivos formales y que, al integrarse en una zona interferente, lo hacen ser lo que es: pues el derecho es justicia y es seguridad, pero justicia que solo existe como tal en cuanto está montada sobre un orden seguro; y seguridad que solo es pensable sin contradicción en cuanto está transida íntimamente de alguna justicia. Por eso, aun cuando la justicia y la seguridad son realidades distintas y su existencia se puede considerar separadamente, pues al diferir su esencia también se existencia está separada, sin embargo a su esencia pertenece igualmente su implicación recíproca y por ello también su existencia se halla recíprocamente implicada. Cuando se la considera abstraída de la seguridad, la justicia es pura idea o virtud del individuo. Y al margen de la justicia, la seguridad sería inauténtica, no sería otra cosa que una pura fuerza dominadora de la existencia, exenta del más elemental sentido ético; y solo en su zona de interferencia con la justicia, que es el derecho, es donde la seguridad constituye un orden dotado de intrínseca justificación. Cuando todas las instituciones jurídicas estén modeladas de suerte que resulte garantizada para las más diversas zonas sociales la seguridad efectiva de una vida humana digna y decorosa, entonces podrá decirse con verdad que ese orden jurídico está efectivamente transido de justicia.

En todo caso, la imparcialidad supone estar atentos y vigilantes con la adaptación de la ley a la sociedad que la determina y en tal sentido, la función jurisdiccional se mide con el alcance que le signa el sistema político donde se aplica. Es diferente en Europa, donde la aplicación de la ley es más clara y exigente, al requerir la intervención de un tribunal Constitucional cuando existe crisis de legalidad y conflicto con la Norma Fundamental; mientras América pone en la imparcialidad del que juzga un compromiso muy grande, teniendo presente que él debe controlar la constitucionalidad de las leyes y fiscalizar la política de la administración.

En Europa hay un Poder Judicial que administra justicia; en América también existe un Poder Judicial, pero con ejercicio pleno, limitado o interferido únicamente por sus propias resignaciones.

3.2 La imparcialidad respecto de las partes

Esta es una interpretación más sesgada porque se reduce a dos momentos del proceso. Uno, afincado en las causales de abstención o recusación que las partes puedan tener contra el juez, a quien le ponen en duda su imparcialidad; y otra, de carácter más objetivo, que persigue demostrar con hechos evidentes la parcialidad del juzgamiento procurando con ello revertir la decisión (v.gr.: causales de arbitrariedad de las sentencias).

a) Las *causales de recusación* son el remedio legal del que los litigantes pueden valerse para separar al juez del conocimiento del juicio, si las relaciones o actitudes de

---

[175] Del Vecchio, Giorgio, *Derecho y vida*, Ariel, Barcelona, 1942, ps. 44 y ss.

[176] Legaz y Lacambra, Luis, *Humanismo, Estado y Derecho*, Bosch, Barcelona, 1960, p. 6.

aquél con alguna de las partes, sus letrados o representantes, o con la materia del proceso, son susceptibles de poner en duda la imparcialidad de sus pronunciamientos.

La finalidad de la recusación es asegurar la garantía de imparcialidad, inherente al ejercicio de la función judicial. La parte que encuentra un magistrado que no le inspira confianza de imparcialidad, sólo puede hacer uso del derecho que le acuerda el art. 17 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación –y los que siguen sus aguas-, recusando con causa, pues es excepcional la recusación sin causa.

En suma, esta facultad le permite al litigante excluir a un juez de intervenir en el expediente que le concierne, o continar haciéndolo, y no se refiere al juzgado, sino a la persona del juez. De allí que para apreciar la procedencia de la recusación con causa, corresponde atender tanto al interés particular como al interés general que pueda verse afectado por el uso inadecuado de este medio de desplazamiento de la competencia de los jueces que deben entender en el proceso, debiendo ser interpretada tal apreciación con carácter restrictivo.

Al interponer la recusación con causa es imprescindible señalar concretamente los hechos demostrativos de la existencia de causales que pongan en peligro la imparcialidad del juez. La invocación de las causales constituye un acto relevante, por lo que se requiere una argumentación seria y fundada.

Las partes no pueden crear motivos de excusación. De lo contrario, se corre el riesgo de que quien pretenda separar al juez natural del conocimiento del juicio y no lo consiga por medio de la recusación con causa, por no darse ninguno de los supuestos previstos por el art. 17 del Código Procesal lo obtenga en forma elíptica por la excusación que él mismo pudiera provocar.

> Por ejemplo, se han rechazado como causales de excusación: la demora en dictar resoluciones; el presunto mal desempeño de la función jurisdiccional; el error de hecho o de derecho; etc. Como ha sostenido la Corte Nacional, con la recusación se intenta preservar la imparcialidad necesaria de los tribunales de justicia, pero a su vez, se intenta evitar que el instituto se transforme en un medio espurio para apartar a los jueces del conocimiento de la causa que por la norma legal le ha sido atribuido" (CS, 30 de abril de 1996, La Ley, 1998-A, 711).

En Estados Unidos el Código de Etica judicial apunta a demostrar la imparcialidad, contestando un interrogatorio y demostrando estas cualidades:

1. *Escuchará con una mentalidad abierta.*
2. *Tratará a la gente en forma imparcial, justa y equitativa dentro de su capacidad.*
3. *Será consistente cuando su conducta afecte a otras personas.*
4. *Será cuidadoso y consciente al juzgar y tomar decisiones que afecten a otras personas.*
5. *Procederá justa y abiertamente al tomar decisiones que afecten a otras personas.*

b) Respecto a lo que podríamos indicar como *parcialidad objetiva* o *manifiesta*, es el punto central para resolver el debido proceso, en el sentido que es causal de nulidad la ausencia evidente de imparcialidad judicial.

Una forma de evitar este riesgo es la exigencia constitucional de motivar las sentencias, haciendo que la decisión no se consagre como el acto fundamental y definitivo de la jurisdicción si el mismo no está suficiente y debidamente fundado en la ley. Hay que resolver dando a conocer las causas y razones por las que se obtiene la convicción. No olvidemos que la fundamentación de los fallos puede ser también interpretado como una expresión de la desconfianza que en los jueces se tiene, obligándolos a justificar la confianza depositada por el pueblo.

Tampoco se trata de justificar el razonamiento de la actividad, porque una sentencia plenamente fundada puede ser igualmente arbitraria y colmada de parcialidad objetiva.

> Aunque como dice Colomer Hernández[177], la motivación como actividad actúa como mecanismo de autocontrol a través del cual los jueces no dictan las sentencias que no puedan justificar. Esto significa que en la práctica la decisión adoptada viene condicionada por las posibilidades de justificación que presente y que el juez estará apreciando al desarrollar su actividad de motivación. De ahí la trascendencia que tiene la motivación como actividad, por cuanto constituye la operación mental del Juez dirigida a determinar si todos los extremos de una decisión son susceptibles de ser incluidos en la redacción de la sentencia, por gozar de una adecuada justificación jurídica.

La argumentación de un fallo se vincula con la imparcialidad cuando se logra convencer que la racionalidad aplicada es producto de una tarea de intelección justificada con los hechos probados de la causa.

Las exigencias son de calibre distinto, como el respaldo de la ley, la deducción del derecho aplicable, la selección de los hechos litigiosos que se han probado suficientemente, la valoración probatoria despojada de intereses parciales para analizar lo objetivamente comprobado, la incidencia de los derechos fundamentales, la conexión correcta entre los hechos y las normas, etc. etc.

Todo esto demuestra porque la motivación de la sentencia es una parte independiente en el derecho al debido proceso; lo que no obsta para encontrar algunos ejemplos guías en la determinación de parcialidades que torna arbitraria la sentencia.

El catálogo de causales de arbitrariedad de las sentencias contiene señalamientos particulares:

a) *Decidir cuestiones no propuestas por las partes* en los escritos postulatorios, poniendo en evidencia la intención de beneficiar con lo resuelto solamente a una de ellas.

b) *Omisión de considerar decisiones* de un tribunal jerárquicamente superior, persiguiendo con ello eludir el deber de resolver como se lo pide la parte que invoca el precedente. Es éste un supuesto difícil en los sistemas donde no rige la doctrina del precedente obligatorio y el Juez está en libertad de decidir conforme sus convicciones. Por eso, el caso exige arbitrariedad manifiesta y no simple apartamiento de un deber moral de acatamiento.

---

[177] Colomer Hernández, Ignacio, *La motivación de las sentencias: sus exigencias constitucionales y legales*, Tirant lo Blanch, (Tirant monografías nº 259), Valencia, 2003, ps. 66 y ss.

c) *Errar a favor de una parte aplicando derecho que no está en vigor o se ha derogado*; causal que como en el caso anterior requiere una acción manifiestamente equívoca y culposa.

d) *Prescindir de prueba decisiva*, relegando con ello, el derecho de una parte a beneficiarse con la actividad probatoria desenvuelta. Punto que necesita completarse con el desarrollo del punto siguiente de este capítulo.

e) *Invocar prueba inexistente o contradecir la agregada en autos*, es decir, considerar que la prueba producida tiene un sentido benéfico para una sola de las partes, cuando la apreciación conjunta demuestra claramente una solución contraria.

La jurisprudencia argentina concluye […]

> No puede aplicarse al juicio político el mismo estándar de imparcialidad que el que se desarrolla en sede judicial, pues la circunstancia de admitir múltiples recusaciones por prejuzgamiento o presunto interés en la destitución del funcionario llevaría a desintegrar el órgano establecido por la Constitución para efectuar el control entre los poderes, bloqueando el apropiado funcionamiento del sistema al sustraer el conocimiento de la causa al poder controlante previsto en el ordenamiento vigente, sea porque cualquier modo alternativo de reemplazo que se hubiera elegido podría ser tachado de inconstitucional, o fuera por impedir derechamente la constitución del órgano (CS, 18/10/2016, Recusación ministros de la CS)
>
> Las recusaciones manifiestamente inadmisibles deben ser desestimadas de plano y tal carácter revisten las que se fundan en lo manifestado por los jueces de la Corte en oportunidad de decidir sobre los temas sometidos a su conocimiento, ya que las opiniones dadas por ellos como fundamento de la atribución específica de dictar sentencia importan juzgamiento y no prejuzgamiento (Fallos, 339:270).
>
> Corresponde confirmar el rechazo in límine de la recusación si el magistrado recusado se limitó durante el contacto periodístico a brindar referencias sobre el estado de trámite del proceso, que carecen de entidad para justificar su apartamiento bajo la invocación de imparcialidad pues esa alegada animosidad constituye una mera inferencia del accionante. (Del dictamen de la Procuración General al que la Corte remite), CS, 29/12/2015).
>
> Se configura una situación de privación de justicia en perjuicio de la parte que reclama la intervención de la Corte si a raíz de la reiteración de los repetidos planteos de recusación con causa se afectó el derecho constitucional de aquélla de ocurrir ante un juez permanente en procura de justicia (Fallos, 338:353).
>
> Corresponde confirmar la decisión que desestimó la recusación sin expresión de causa deducida por la Administración Nacional de la Seguridad Social contra un juez de la cámara ya que recusarlo en la totalidad de las causas sorteadas a la sala a la que pertenece, traería aparejado el vaciamiento de su jurisdicción, para cuyo ejercicio fue regularmente designado y que debe desempeñar en tanto dure su buena conducta (art. 110, Constitución Nacional), consecuencia que va mucho más allá de asegurar la imparcialidad de los jueces intervinientes, para transformarse en una suerte de sanción que carece de sustento fáctico y marco normativo (Fallos, 335:2379).
>
> Corresponde revocar la sentencia que resolvió la separación del juez recusado si éste no se habría expedido sobre la posible participación de los imputados ahora llamados a comparecer a juicio -lo que constituía el principal argumento utilizado para invalidar su intervención en el juicio oral previsto- y los que sí habían intervenido eran los integrantes de otra sala de la cámara. -Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema- (Fallos, 333:1650)

4. La independencia del juez respecto a los demás poderes

Suele denominarse como independencia institucional, y solamente afecta al debido proceso cuando le priva al juez de libertad para resolver.

Es una exigencia constitucional antes que una garantía judicial; mucho más para quienes ven en la jurisdicción plena el ejercicio de un poder autónomo y suficiente por sí mismo.

> Margaret Popkin en un logrado trabajo ha mostrado la evolución de la independencia judicial en Latinoamérica desde la llegada de gobiernos democráticos y la instauración de exigencias constitucionales en los mecanismos de selección de jueces y magistrados. Por medio de estas iniciativas de reformas se ha logrado alcanzar importantes avances, pero además se han encontrado una serie de obstáculos y limitaciones. El señor Coomaraswamy (Relator de *la Comisión Especial para la independencia e imparcialidad de jueces y abogados* –ver anexo-) descubrió que las inquietudes respecto a las amenazas, el acoso y la intimidación de los jueces "son fundadas" y concluyó que en algunos países la Corte Suprema "no ha cumplido sus obligaciones respecto de esos jueces" en parte porque "nunca ha formulado una declaración pública condenando las amenazas, hostigamientos e intimidaciones." En muchos países de la región, los jueces no gozan de una estabilidad laboral, incluyendo a algunos países que declaran que garantizan inamovilidad en el cargo judicial. Aunque los salarios judiciales han mejorado notablemente en la mayoría de los países estudiados, en algunos países siguen siendo demasiado bajos como para atraer a profesionales calificados. En algunos países, los salarios han mejorado considerablemente en la parte superior de la pirámide judicial pero siguen siendo bajos para los jueces de tribunales inferiores que realizan la mayor parte del trabajo del poder judicial. La educación legal requiere con urgencia de reformas y, en general, no ha seguido el mismo ritmo que las iniciativas de reforma. La coordinación de los donantes sigue presentando problemas. La prensa tiene una escasa comprensión de la independencia judicial y muchas veces debilita al poder judicial, responsabilizándolo por la incapacidad del Estado de controlar el crimen.
>
> Las reformas judiciales se han resistido porque se prefiere un poder judicial que se pueda controlar fácilmente. Inclusive, las propias Cortes Supremas se han resistido a democratizar el poder judicial y a reconocer la necesidad de permitir que cada juez tome decisiones respecto al caso que está en sus manos, únicamente sobre la base de su propia interpretación de la evidencia y la ley aplicable. Aunque las Cortes Supremas reconocen que están sobrecargadas con tareas administrativas en detrimento de sus responsabilidades jurisdiccionales, se han resistido a las reformas que tendrían como consecuencia que renuncien a su poder administrativo, disciplinario o de realizar nombramientos para el resto del poder judicial.
>
> Se ha constatado que el hecho de cambiar a los miembros de la Corte Suprema no resuelve la falta de independencia interna si los tribunales menores permanecen totalmente sujetos al control de la Corte. De manera similar, al mismo tiempo que se introducen las reformas para mejorar la independencia judicial, se debe tener en cuenta la necesidad de asegurar la rendición de cuentas en el ámbito judicial. Así, si el poder judicial debe tener un pleno control de su presupuesto, es necesario crear mecanismos para evitar el uso inadecuado de los fondos y garantizar la transparencia en su uso[178].

En la senda argumental antes anunciada, sucede con las reglas del debido proceso, iguales inconvenientes. No es la independencia judicial, libre de influencias e interferencias, un problema que deba ser resuelto desde las garantías jurisdiccionales, a no ser que se analice la cuestión enfocando solamente la crisis que con la imparcialidad se produce.

---

[178] Popkin, ob. cit., ps. 35 y ss.

Ahora bien, si tanto la independencia como la imparcialidad, a los fines de conducir por el debido proceso constitucional, se reúnen en la valoración objetiva de la sentencia, será preciso entender que la misión judicial no es la elucubrada por la tradición decimonónica que ha dejado sin discutir el rol social que tiene la magistratura, más allá de las reglas comunes de la bilateralidad, contradicción y apego a la congruencia con el objeto del proceso.

> En cualquier caso –dice Fernández Viagas-, es evidente que en los últimos años se ha producido un fenómeno de protagonismo judicial totalmente sorprendente para una cultura jurídica clásica. La justicia, antes anónima, y sobre todo discreta, empieza a tener unos nombres y apellidos cuya popularidad, brillantez y éxito social no van a dejar de ejercer influencia sobre el propio contenido de sus resoluciones. El descrédito de la clase política en determinados países europeos, mera consecuencia psicológica en lo que aquí interesa de haber sido levantado todos sus velos, refuerza el interés por un poder hasta ahora desconocido, y al que de hecho aparecen sometidos los restantes. Por otra parte, los jueces y magistrados son detentadores de un saber técnico de reglas no accesibles al profano, lo que refuerza su misterio y prestigio[179].

5. La actividad imparcial del juez en las etapas del proceso

Todo lo expuesto pareciera conducir a verificar la imparcialidad del juez al tiempo de dictar sentencia, para deducir con el pronunciamiento la inclinación tenida, y el beneficio que una u otra parte obtiene, confrontado con los hechos suscitados y probados en la causa.

Esta lógica no es correcta, porque la parcialidad no siempre es un resultado, aunque en ella se manifieste y compruebe. El proceso judicial es un conjunto de procederes, de acciones permanentes y constantes que se van articulando en etapas que llevan hacia la sentencia.

El principio dispositivo que caracteriza al proceso civil, en particular, coincide que el material fáctico lo ponen las partes, y que ellos son los que enmarcan la cuestión litigiosa, sin que el juez pueda apartarse de esa *litiscontestatio.*

También afincado en ese principio juega su suerte la prueba, porque la sentencia es el producto de lo alegado y probado por las partes.

Sin embargo, esta concepción es propia de un tiempo donde el juez no tenía participación alguna en el debate; su rol era de simple espectador, y su deber era dictar sentencia, nada más.

La publicización trajo un cambio de funciones en el Tribunal; debía "actuar dirigiendo"; su deber era buscar la verdad, no en el sentido de ponerlo a cargo de la instrucción y la investigación, sino con el fin de colaborar con las partes para que el proceso fuera resuelto sobre realidades antes que sobre ficciones.

> Frente a la idea de que el proceso es "cosa de las partes" –dice Montero Aroca-, a lo largo del siglo XX se ha ido haciendo referencia a la llamada publicización del proceso, estimándose que esta concepción arranca de Klein y de la Ordenanza Procesal Civil austríaca de 1895. Las bases ideológicas del legislador austríaco, enraizadas en el autoritarismo propio del imperio austro-húngaro de la época y con extraños injertos, como el del socialismo jurídico de Menger, pueden resumirse, como han destacado Sprung y

[179] Fernández Viagas, ob. cit., p. 170.

> Cipriani, en estos dos postulados: 1) El proceso es un mal, dado que supone una pérdida de tiempo y de dinero, aparte de llevar a las partes a enfrentamientos con repercusiones en la sociedad, y 2) El proceso afecta a la economía nacional, pues impide la rentabilidad de los bienes paralizados mientras se debate judicialmente sobre su pertenencia. Estos postulados llevan a la necesidad de resolver de modo rápido el conflicto entre las partes, y para ello el mejor sistema es que el juez no se limite a juzgar sino que se convierta en verdadero gestor del proceso, dotado de grandes poderes discrecionales, que han de estar al servicio de garantizar, no sólo los derechos de las partes, sino principalmente los valores e intereses de la sociedad.
>
> El fenómeno de la publicación así presentado, tiene una visión parcial que lleva a Montero a creer que se está ante una gravísima confusión entre las facultades materiales y las facultades procesales de dirección del proceso. Una cosa es aumentar los poderes del juez respecto del proceso mismo (en su regularidad formal, en el control de los presupuestos procesales, en el impulso, por ejemplo) y otra aumentarlas con relación al contenido del proceso y de modo que pueda llegarse a influir en el contenido de la sentencia. No hay obstáculo alguno en aumentar las facultades procesales (y de ahí que nadie se oponga a convertir el tradicional impulso de parte en impulso de oficio), y con ello puede entenderse que se prima al interés público sobre el privado, pero sí lo hay en que el juez pueda de oficio iniciar el proceso o alegar hechos o practicar prueba no pedida por las partes, pues de este modo se está afectando a la existencia de los derechos subjetivos reconocidos en la norma material[180].

La postergación del dogma sostenido en el principio dispositivo se debe a la preferencia que se asume por la dirección material del proceso (en oposición al criterio de dirección formal) con la cual el magistrado, una vez instaurado un proceso civil, el modo, el ritmo y el impulso del proceso mismo son separados de la disponibilidad, inmediata o mediata de las partes, y por consiguiente también de las maniobras dilatorias y retardatarias de alguna de las partes.

Ambos temperamentos, como vemos, enfrentan el concepto de "pertenencia" del proceso; para algunos, el litigio es una cosa privada, en tanto otros lo definen como publicista, desprivatizando el objeto del proceso.

Esta idea ha progresado notoriamente en el mundo, desplazando prácticamente por completo la idea del juez neutral y desinteresado.

5.1 ¿Se viola la imparcialidad cuando se busca la verdad?

Si el dualismo que enfrenta la conducción y dirección del proceso muestra, de alguna manera, el diseño político institucional del ordenamiento adjetivo; al principio dispositivo y la iniciativa de prueba en el juez, le cabe resolver una cuestión metodológica.

El principio dispositivo cuenta con un bagaje de presupuestos que no lo instalan solamente en el campo de la prueba; sus condiciones y manifestaciones estructuran una experiencia propia que llega, inclusive, a resolver problemas sobre la naturaleza pública o privada del proceso.

Quizás por esta característica, el principio suele interpretarse al conjuro de esa confrontación procesal, como si de ello dependiera la pertenencia del proceso y su adscripción a una corriente determinada. La polarización entre el proceso como "cosa

---

[180] Montero Aroca, Juan, *Los poderes del juez en el proceso civil,* en "Teoría Unitaria del Proceso", Juris, Rosario (Argentina), 2001, ps. 12 y ss.

de las partes", a veces, consigue idealizarse en la tipología de lo dispositivo; pero el proceso, como "cosa pública" no tiene réplica contra la disposición del objeto procesal.

El principio dispositivo, a nuestro criterio, debe reducirse a la libertad que tienen las partes en el proceso civil, para deducir de ese marco la esfera de derechos, deberes, posibilidades y cargas que acondicionan el inicio y el desenvolvimiento procedimental. En los procesos constitucionales la cuestión no cambia, aunque sea posible que el juez haga permeable el principio de congruencia.

En puridad de conceptos, el principio dispositivo persigue que sean las partes quienes proporcionen los fundamentos para alcanzar la sentencia, a partir de los autos de postulación, demostración y alegación; de modo tal que, sea consecuencia de ello que el juez debe tener por verdad lo no controvertido.

Este deber de alegar y probar es diferente en los procesos donde la interpretación constitucional es la función primordial a cumplir, porque el juez no podrá quedar sujeto ni acotado a lo que las partes le pidan (congruencia procesal), en la medida que, resolviendo el conflicto, pueda hacer efectivo control de constitucionalidad y de convencionalidad.

> En nuestro libro "*Problemas actuales del derecho procesal. Garantismo vs. Activismo"*[181], sostenemos que la disposición involucra numerosos aspectos que pueden resumirse en dos direcciones: una dirigida hacia la relación jurídica sustancial que traba el proceso; y otra focalizada a lo puramente procedimental o formal. El primero contiene, los mecanismos de disponibilidad de los hechos e intereses que se portan al proceso con su incidencia en la transformación y extensión del mismo; el restante, atrapa el desenvolvimiento, y la serie de actividades tendientes a probar y alegar.
>
> El principio dispositivo en sentido material (disponibilidad de los derechos) se presenta por los aforismos "*ne procedat iudex ex officio*", y "*nemo iudex sine actore*". En ambos casos supone la libertad de incoar al órgano jurisdiccional sin restricciones de acceso. La postulación del derecho determina el interés concreto que se tiende tutelar; por su parte, la contestación de la demanda fija el contenido litigioso, de modo tal que el objeto procesal dispuesto por los contradictores se cuadra en los límites que fijan la pretensión y la re-sistencia.

Si son las partes quienes disponen del material en disputa, son ellas también quienes pueden modificarlo, transformarlo, o extinguirlo. Por eso, puede el demandado allanarse a la pretensión y someterse voluntariamente a las exigencias deducidas en el juicio. También el actor está facultado para desertar del proceso, debiendo contar con la anuencia de la contraparte si el litigio estuviese notificado; ambos pueden transigir, o componer el conflicto ante terceros elegidos (amigables componedores, árbitros, juicios de peritos, etc.).

Asimismo, como la disposición del objeto supedita la actuación del órgano jurisdiccional en los límites de la demanda, también la sentencia está recortada a pronunciarse dentro de esa parcela, sin ir más allá *(ne eat iudex ultra petita partium*) ni por menos de lo pedido (*citra petita*).

El castigo por sentenciar con alguna de estas deficiencias, es decir, resolviendo fuera del marco de congruencia con los hechos litigiosos importa la nulidad del decisorio. La única libertad que ostenta el Juez radica en el conocimiento y aplicación

---

[181] Gozaíni, Osvaldo A., *Problemas actuales del derecho procesal. Garantismo vs. Activismo.* Fundap, Querétaro, México, 2002, ps. 23 y ss.

del derecho, provocando con esta facultad la calificación jurídica del hecho (*iura novit curia*) y la deducción de los efectos consecuentes a partir de las previsiones legales dispuestas.

La característica anticipada por la cual el principio favorece el interés de las partes, determina que la sentencia lograda sólo pueda impugnarse por quien sufre el agravio, es decir, la diferencia negativa entre lo que pidió y fue resuelto. También este principio fija los límites de la intervención de la alzada por cuanto sus facultades de revisión no pueden exceder el marco de la queja (*tantum devolutum quantum appellatum*).

Atendido en su aspecto formal el principio dispositivo informa el proceso civil en distintas etapas de su secuencia. El impulso de las instancias y la aportación de la prueba, especialmente, son ejemplos de esta previsión.

Referir al impulso procesal dentro del principio en comentario lleva a relacionarlo con un modelo de proceso donde el interés privado supedite la actividad jurisdiccional.

La distinción efectuada entre proceso público y proceso privado cobra en la especie una significativa trascendencia porque faculta la injerencia del órgano en la continuidad y celeridad del proceso cuando se ventila una cuestión que importa atraer el interés público.

Por ejemplo, en los procesos penales y laborales, se privilegia la actividad oficiosa por la naturaleza de la cuestión, desplazando el impulso de los actos hacia el tribunal. En cambio, cuando no existen esas consideraciones sociales, el monopolio de la rapidez en la marcha del juicio reposa en la voluntad exclusiva que las partes dispongan.

La mayor preocupación del principio dispositivo radica en la aportación de la prueba, toda vez que, estando a los lineamientos teóricos puros, solamente las partes pueden allegar los medios de confirmación que pretenda desarrollar, sin que el Juez tenga posibilidad alguna de investigación oficiosa (*iudex iudicare debet secundum allegata et probata partium).*

El giro hacia la toma de posición directa del juez en el proceso, muestra como la historia recorre esa visión estática del juez espectador en oposición al juez inquisidor del absolutismo, o del juez dictador de algunos regímenes totalitarios. El tramo final de este camino lo cubre el rol activo del órgano judicial para convertirse en el juez director.

La iniciativa probatoria no desnaturaliza el principio dispositivo, sino que coexiste con él. En materia probatoria referimos al principio respecto al poder de disposición de los elementos de convicción, sin interesar la relación jurídica procesal.

> Cuando se habla del principio dispositivo en materia de pruebas, se refiere al poder de disposición de los elementos probatorios y no a la relación jurídica en litigio. Para Sentís Melendo[182], la confusión tiene su origen en no percibir esa distinción o en prescindir de ella; así como en querer atribuir un significado político a ese principio. Se trata ni más ni menos que un principio exclusiva o eminentemente técnico, que permite referir a un principio dispositivo en sentido material y a un principio dispositivo en sentido formal.

---

[182] Sentís Melendo, Santiago, *La prueba. Los grandes temas del derecho probatorio*, Ejea, Buenos Aires, 1990, p. 95.

El producto que se obtiene de esta evolución, no es político como lo entiende Guasp[183], sino de técnica procesal porque facilita alcanzar los resultados axiológicos del proceso sin someterse a los designios interesados de las partes.

Es cierto que la verdad quizás nunca se alcance en su trascendente y significativa dimensión, pero la aproximación que consigue el juez a partir de su decisión y compromiso con ella permite avizorar un decisorio más cercano a la justicia y de bases más reales que las expuestas por los litigantes.

5.2 Las medidas para mejor proveer

Las medidas para mejor proveer responden al principio de autoridad en el proceso desde que entroniza la figura del juez como rector del instituto. Pero también estas medidas proponen esclarecer hechos, en controversia, de modo tal que, en principio, no puede suprimir la contradicción inicial en base a investigar contingencias o aportar medios que no fuesen ofrecidos por los litigantes.

El principio de igualdad quedaría indefenso si el Juez obrara abusando de la discrecionalidad que obtiene, llegando a ser parcial y sin la debida distancia que caracteriza su gestión desinteresada.

Se afirma también que el órgano jurisdiccional verifica sin averiguar; esto es, comprueba pero no inquiere, porque esas son obligaciones (cargas) del propio interés.

Empero tal rigidez debe instalarse en la distinción imperiosa entre fuentes y medios de prueba, porque unos responden a la disposición de las partes, y otros son resortes exclusivos del órgano judicial.

> Guasp decía que el juez no podía ir en busca de testigos porque no los conoce, y aun conociéndolos lo sabe por declaraciones que los señalan; en cambio, las otras pruebas: confesión, documentos, peritajes, reconocimiento judicial, preexisten al proceso y llegan a él como fuentes que el propio magistrado adopta para su práctica[184]

Las providencias en comentario ostentan, en nuestra opinión, una particularidad inicial que las contiene: ellas no pueden suplir la negligencia de las partes, pero tampoco pueden evadir, a sabiendas, el compromiso hacia la verdad y la justicia.

Las etapas a superar estribarían en el ofrecimiento, la producción, y la incorporación oficiosa de una prueba que propicie el esclarecimiento definitivo de los hechos.

Por eso interpretamos que, aun ante la ausencia de prueba ofrecida, puede el Juez convocarla y producirla si considera que, mediante ella, reportaría un elemento decisivo para solucionar el conflicto.

Asimismo, si llega a su conocimiento la existencia de una prueba que puede trascender en el proceso, y aun siendo ésta de testigos, podrá generar su desenvolvimiento sin quebrar por ello el principio de igualdad procesal, porque con esa decisión no sustituye la actividad de alguna de las partes, sino que tiende a despejar las dudas emergentes de la situación enojosa.

---

[183] Guasp, Jaime *Derecho Procesal Civil*, Instituto de Estudios Legislativos, Madrid, 1957, p. 344.

[184] Guasp, *Derecho Procesal Civil*, cit., p. 356.

Bajo el marco que presentan nuestros códigos, puede afirmarse que el juez debe procurarse el conocimiento de los hechos controvertidos y conducentes cuando ello le sea imprescindible para poder dictar una sentencia justa, pudiendo a esos fines valerse de todas las medidas de prueba que a su juicio sean razonables y suficientes, a condición de que no medie agravio sustancial para el derecho de defensa, ya que una actividad pasiva o de libertad negativa que adscribe el pronunciamiento final a una solución formal o aparente, no se conforma con el servicio de justicia.

6. La independencia de los jueces en la interpretación de la Corte IDH

La independencia judicial, en la jurisprudencia de la Corte Interamericana y en la interpretación que de ella hace la Comisión, se relacionan con el marco político - institucional donde los jueces desarrollan la función de resolver, y como consecuencia de esa influencia, se deduce el cumplimiento de las garantías judiciales.

Es importante tomar como punto de partida, el ejemplo del caso del gobierno Peruano conocido como la *destitución de magistrados del Tribunal Constitucional.*

a) Alberto Fujimori fue elegido Presidente del Perú el 28 de julio de 1990, de conformidad con la Constitución Política de 1979, por el término de cinco años. El artículo 205 de dicha Constitución no permitía la reelección presidencial inmediata. El 5 de abril de 1992 el Presidente Fujimori disolvió el Congreso y el Tribunal de Garantías Constitucionales, y destituyó a numerosos jueces de la Corte Suprema de Justicia. El 31 de octubre de 1993 fue aprobada, mediante referéndum, la nueva Constitución Política del Perú, la que se promulgó el 29 de diciembre de 1993. El artículo 112 de la nueva Constitución dispone: "*El mandato presidencial es de cinco años. El Presidente puede ser reelegido de inmediato para un período adicional. Transcurrido otro período constitucional, como mínimo, el ex presidente puede volver a postular, sujeto a las mismas condiciones*".

> Al ser convocadas las Elecciones Generales de 1995, el Presidente Fujimori inscribió su candidatura y ésta fue objeto de tacha, por lo cual el Jurado Nacional de Elecciones mediante Resolución No. 172-94-JNE de 26 de octubre de 1994, haciendo uso de su facultad de instancia última, definitiva e inapelable en asuntos electorales, sostuvo que en 1995 el Presidente Fujimori ejercía para esa contienda electoral su derecho a la reelección consagrada en el artículo 112 de la Constitución de 1993.
>
> Los días 15 y 16 de junio de 1996 se conformó el nuevo Tribunal Constitucional. Y el 23 de agosto del mismo año se promulgó la Ley nº 26.657 o Ley de Interpretación Auténtica del artículo 112 de la Constitución.

Dicha ley interpretó el mencionado artículo al establecer que la reelección presidencial "*está referida y condicionada a los mandatos presidenciales iniciados con posterioridad a la fecha de promulgación del referido texto constitucional*". La ley concluye, entonces, afirmando que "*en el cómputo no se tienen en cuenta retroactivamente, los períodos presidenciales iniciados antes de la vigencia de la Constitución*".

> El 29 de agosto de 1996 el Colegio de Abogados de Lima presentó una acción de inconstitucionalidad contra la Ley nº 26.657 ante el Tribunal Constitucional, por la violación del artículo 112 de la Constitución. El Tribunal admitió la misma el 23 de septiembre de 1996. A partir de ese momento se inició una campaña de presión e influencia sobre el órgano judicial con el fin de amilanarlo en la independencia para resolver el conflicto suscitado.

> Cuando se tuvo conocimiento que el Tribunal dictaría una sentencia a favor de la inconstitucionalidad de la Ley nº 25.567 se procedió a destituir a tres de los vocales del Tribunal Constitucional, que conforme las leyes de organización del cuerpo, eran quienes estaban en condiciones de emitir el fallo con jurisdicción y competencia suficiente.

La cuestión fue objeto de numerosos planteos internos, y se llevó como denuncia ante la Comisión IDH que estimó el reclamo y dedujo la demanda respectiva ante la Corte. Este tribunal consideró que los magistrados fueron destituidos sin proceso alguno y que al nombrar el Poder Ejecutivo sus reemplazantes sin motivo ni argumento válido, demostró que no existen en Perú garantías contra presiones externas al Poder Judicial.

> En tal sentido, la Comisión en su Informe Especial sobre Perú manifestó que "la ausencia de proceso en la destitución de los miembros del Poder Judicial permite pensar que los jueces que continúan en sus cargos o aquellos que han sido designados en reemplazo de los destituidos se encuentran a merced de las decisiones del Poder Ejecutivo ...".

Los razonamientos esbozados llevan a la Comisión a considerar que el Gobierno de Perú, al proceder a la remoción de un número importante de sus magistrados, entre ellos los miembros de la Corte Suprema y los del Tribunal de Garantías Constitucionales, y a la designación de nuevos magistrados omitiendo, en ambos casos, cumplir con los procedimientos especialmente previstos por sus normas constitucionales, ha comprometido seriamente la independencia e imparcialidad de sus tribunales y, con ello, ha omitido garantizar, en su jurisdicción, el debido proceso legal.

> Por su parte, la Corte sostuvo que, la inexistencia de debido proceso en la jurisdicción de un Estado debilita la eficacia de los recursos previstos por la legislación interna para proteger los derechos de los individuos. En este aspecto señaló que el artículo 25.1 de la Convención "incorpora el principio, reconocido en el derecho internacional de los derechos humanos, de la efectividad de los instrumentos o medios procesales destinados a garantizar tales derechos...". Este principio genera una obligación sobre los Estados partes de la Convención de proveer medios judiciales efectivos en caso de una violación de derechos humanos de individuos sujetos a su jurisdicción.
>
> Su incumplimiento implica una transgresión del mencionado principio y en consecuencia el Estado que incumple incurre en responsabilidad internacional.

En consecuencia, centrado el problema a la autonomía del Poder Judicial, sostuvo que no pueden considerarse efectivos aquellos recursos que, por las condiciones generales del país o incluso por las circunstancias particulares de un caso dado, resulten ilusorios. Ello puede ocurrir cuando su inutilidad haya quedado demostrada en la práctica; porque el Poder Judicial carezca de la independencia necesaria para decidir con imparcialidad.

b) Otra perspectiva que tiene la Corte IDH es analizar la independencia funcional, como fue en el caso *Palamara vs. Chile*[185] que estudia la estructura y organización de la justicia militar chilena, entendiendo que ésta compromete la independencia e imparcialidad de los funcionarios afectando no sólo el artículo 8.1 de la Convención, sino el derecho de toda persona a la protección judicial en los términos del artículo 25 de la misma, "en razón de que el Estado no brinda un recurso interno efectivo para la defensa de los derechos de los sometidos a proceso".

---

[185] Cfr. *Caso Palamara Iribarne vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C Nº 135

En los procesos judiciales seguidos en su contra, el señor Palamara se vio impedido de ejercer el derecho de aportar prueba, controvertirla y contrainterrogar a los testigos que declararon en el proceso. Según el Código de Justicia Militar, en la etapa del sumario el inculpado no tiene derecho de estar presente mientras declaran los testigos. Cuando el señor Palamara solicitó que se citara a declarar a algunos testigos en el plenario, el fiscal naval le negó dicha solicitud. En la etapa de plenario no hubo declaraciones de nuevos testigos, con lo cual nunca pudo contrainterrogar los testigos que declararon en ambos procesos.

En el párrafo 122 de la sentencia la Corte advierte que […]

> En los últimos años en Chile se ha implementado una importante reforma de la justicia penal destinada a introducir las garantías del debido proceso en el sistema de enjuiciamiento penal, con el propósito de pasar de un sistema procesal inquisitivo escrito a un sistema procesal acusatorio con garantías de oralidad. Sin embargo, se excluyó de dicha reforma procesal, la cual implicó una reforma constitucional, a la jurisdicción militar […].
>
> En un Estado democrático de derecho la jurisdicción penal militar ha de tener un alcance restrictivo y excepcional y estar encaminada a la protección de intereses jurídicos especiales, vinculados con las funciones que la ley asigna a las fuerzas militares. Por ello, sólo se debe juzgar a militares por la comisión de delitos o faltas que por su propia naturaleza atenten contra bienes jurídicos propios del orden militar[186].
>
> 125. El derecho a ser juzgado por tribunales de justicia ordinarios con arreglo a procedimientos legalmente previstos constituye un principio básico del debido proceso[187]. Por ello, para que se respete el derecho al juez natural no basta con que esté establecido previamente por la ley cuál será el tribunal que atenderá una causa y se le otorgue competencia.
>
> 126. En este sentido, las normas penales militares deben establecer claramente y sin ambigüedad quiénes son militares, únicos sujetos activos de los delitos militares, cuáles son las conductas delictivas típicas en el especial ámbito militar, deben determinar la antijuridicidad de la conducta ilícita a través de la descripción de la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos militares gravemente atacados, que justifique el ejercicio del poder punitivo militar, y especificar la correspondiente sanción. Las autoridades que ejercen la jurisdicción penal militar, al aplicar las normas penales militares e imputar el delito a un militar, también deben regirse por el principio de legalidad y, entre otras, constatar la existencia de todos los elementos constitutivos del tipo penal militar, así como la existencia o inexistencia de causales de exclusión del delito.

La Corte fue concluyente al sostener que la justicia militar viola el principio de independencia e imparcialidad, alterando el debido proceso, cuando un tribunal militar asume asume competencia por encima de la que le corresponde a la justicia ordinaria. Al estar sometido un civil al enjuiciamiento penal, esa acción afecta el derecho al juez natural y, *a fortiori*, el debido proceso, el cual, a su vez, encuéntrase íntimamente ligado al propio derecho de acceso a la justicia[188].

---

[186] Cfr. *Caso de la "Masacre de Mapiripán",* supra nota 1, párr. 202; *Caso Lori Berenson Mejía*. Sentencia de 25 de noviembre de 2004. Serie C Nº 119, párr. 142; y *Caso 19 Comerciantes*. Sentencia de 5 de julio de 2004. Serie C Nº 109, párr. 165.

[187] Cfr. *Caso Lori Berenson, supra* nota 191, párr. 143, y *Caso Castillo Petruzzi y otros.* Sentencia de 30 de mayo de 1999. Serie C Nº 52, párr. 129.

[188] Cfr. *Caso Lori Berenson, supra* nota 191, párr. 141; *Caso 19 Comerciantes*. Sentencia de 5 de julio de 2004. Serie C Nº 109, párr. 167; y *Caso Las Palmeras.* Sentencia de 6 de diciembre de 2001. Serie C Nº 90, párr. 52.

c) En la evolución no puede pasar inadvertida la causa *Apitz Barbera y otros ("Corte Primera de lo Contencioso Administrativo") vs. Venezuela*[189] donde el Estado promueve la destitución de magistrados con causas que la Comisión IDH consideró violatorias del debido proceso, permitiendo llegar a los denunciantea a la Corte IDH.

> La destitución surge de la actuacion ordenada por un órgano disciplinario judicial que tuvo su origen en un proceso de transición constitucional que se inició en 1999 con el establecimiento de una Asamblea Nacional Constituyente que tras declarar la existencia de una "crisis institucional" y la necesidad de una "reorganización de todos los órganos del poder público"[190], aprobó el 15 de diciembre de 1999 la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. En lo relativo al Poder Judicial la Constitución estableció la creación de tribunales disciplinarios, cuyo marco normativo se encontraría en el Código de Ética del Juez Venezolano o Jueza Venezolana[191].

Los magistrados fueron considerados provisorios al cobijo de la nueva organización judicial, pero la Corte observó que esa condicion no cambiaba el régimen de garantías, pues el Estado estaba obligado a asegurar que los jueces provisorios sean independientes y, por ello, tenía que otorgarles cierto tipo de estabilidad y permanencia en el cargo, puesto que la provisionalidad no significaba libre remoción.

> La Corte IDH considera que la provisionalidad no debe significar alteración alguna del régimen de garantías para el buen desempeño del juzgador y la salvaguarda de los propios justiciables. Además, no debe extenderse indefinidamente en el tiempo y debe estar sujeta a una condición resolutoria, tal como el cumplimiento de un plazo predeterminado o la celebración y conclusión de un concurso público de oposición y antecedentes que nombre al reemplazante del juez provisorio con carácter permanente [192]. Los nombramientos provisionales deben constituir una situación de excepción y no la regla. De esta manera, la extensión en el tiempo de la provisionalidad de los jueces o el hecho de que la mayoría de los jueces se encuentren en dicha situación, generan importantes obstáculos para la independencia judicial. Esta situación de vulnerabilidad del Poder Judicial se acentúa si tampoco existen procesos de destitución respetuosos de las obligaciones internacionales de los Estados.

---

[189] Cfr. *Caso Apitz Barbera y otros ("Corte Primera de lo Contencioso Administrativo") vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 5 de agosto de 2008. Serie C Nº 182.

[190] Cfr. decreto mediante el cual se declara la reorganización de todos los órganos del Poder Público emitido por la Asamblea Constituyente el 12 de agosto de 1999, publicado en la Gaceta Oficial No. 36.764 de 13 de agosto de 1999.

[191] Cfr. artículo 267 de la Constitución. Además, la Constitución estableció el reemplazo de la Corte Suprema de Justicia por el TSJ (artículos 253 y 262), y el ingreso a la carrera judicial por concursos de oposición públicos (artículo 255).

[192] Los Principios Básicos de las Naciones Unidas Relativos a la Independencia de la Judicatura vinculan la permanencia del juez en su cargo con la garantía derivada de inamovilidad al reconocer la vigencia de esta última hasta que expire el período para el que los jueces hayan sido nombrados o elegidos, siempre que existan normas al respecto. *Cfr.* Principio 12 de los Principios Básicos de las Naciones Unidas Relativos a la Independencia de la Judicatura adoptados por el Séptimo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Milán, Italia, del 26 de agosto al 6 de setiembre de 1985, y confirmados por la Asamblea General en sus resoluciones 40/32 del 29 de noviembre de 1985 y 40/146 del 13 de diciembre de 1985; ver también Principio I.3 de la Recomendación N° R (94) 12 del Comité de Ministros de los Estados Miembros sobre la Independencia, Eficiencia y Función de los Jueces adoptada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 13 de octubre de 1994 en la 58ª sesión de Viceministros. En un sentido paralelo se expresó el señor Param Cumaraswamy en su declaración rendida ante fedatario público (affidávit) el 15 de enero de 2008 (expediente de fondo, Tomo III, folios 822 a 836).

> Esta Corte ha destacado con anterioridad que los diferentes sistemas políticos han ideado procedimientos estrictos tanto para el nombramiento de jueces como para su destitución. Sobre este último punto, el tribunal ha afirmado que la autoridad a cargo del proceso de destitución de un juez debe conducirse imparcialmente en el procedimiento establecido para el efecto y permitir el ejercicio del derecho de defensa[193]. Ello es así toda vez que la libre remoción de jueces fomenta la duda objetiva del observador sobre la posibilidad efectiva de aquellos de decidir controversias concretas sin temor a represalias[194].

d) Años después, esta situación de jueces transitorios continuaba en Venezuela, debiendo la Corte IDH señalar los problemas convencionales que ello importaba[195].

La atención estaba puesta allí en armonizar entre los débitos de la independencia la *inamovilidad* como garantía, que a su vez, la enunció compuesta por otros implicados esenciales: permanencia en el cargo, un proceso de ascensos adecuado y no despido injustificado o libre remoción. Quiere decir esto que si el Estado incumple una de estas garantías, afecta la inamovilidad y, por tanto, no está cumpliendo con su obligación de garantizar la independencia judicial.

La garantía de inamovilidad debe operar para permitir el reintegro a la condición de magistrado de quien fue arbitrariamente privado de ella[196]. Ello es así puesto que de lo contrario los Estados podrían remover a los jueces e intervenir de ese modo en el Poder Judicial sin mayores costos o control.

Además, esto podría generar un temor en los demás jueces que observan que sus colegas son destituidos y luego no reincorporados aún cuando la destitución fue arbitraria. Dicho temor también podría afectar la independencia judicial, ya que fomentaría que los jueces sigan las instrucciones o se abstengan de controvertir tanto al ente nominador como al sancionador. Por tanto, un recurso que declara la nulidad de una destitución de un juez por no haber sido ajustada a la ley debe llevar necesariamente a la reincorporación.

Por eso la Corte IDH señala que […]

> En consecuencia, el Tribunal estima que el régimen de transición y el carácter de provisoria de la señora Reverón Trujillo, condiciones esgrimidas por la SPA al momento de no ordenar su reincorporación, no pueden considerarse como motivos aceptables. La Corte reitera que un corolario necesario de la garantía de inamovilidad del cargo de los jueces provisorios, al igual que de los titulares, es la reincorporación a su puesto, así como el reintegro de los salarios dejados de percibir, cuando se ha comprobado, como en el presente caso, que la destitución fue arbitaria. En el caso de los jueces provisorios, por las razones adelantadas se entiende que la permanencia en el cargo hubiera sido hasta que se cumpliera la condición resolutoria, es decir, la celebración de los concursos públicos de oposición.
>
> La Corte considera que las razones que hubieran podido esgrimirse para no haber reincorporado a la señora Reverón Trujillo tendrían que haber sido idóneas para lograr una

---

[193] Cfr. *Caso del Tribunal Constitucional*. Sentencia de 31 de enero de 2001. Serie C Nº 74, párrs. 73 y 74.

[194] Principios 2, 3 y 4 de los Principios Básicos de las Naciones Unidas, *supra* nota 59.

[195] Cfr. *Caso Reverón Trujillo vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 30 de junio de 2009. Serie C Nº197.

[196] Cfr. *Caso Apitz Barbera y otros ("Corte Primera de lo Contencioso Administrativo") vs. Venezuela*, supra nota 157, párr. 246.

> finalidad convencionalmente aceptable; necesarias, es decir, que no existiera otro medio alternativo menos lesivo, y proporcionales en sentido estricto. Ejemplos de justificaciones que pudiesen haber sido aceptables en este caso son: i) que no subsista el juzgado o tribunal para el cual prestaba el servicio; ii) que el juzgado o tribunal para el cual prestaba servicio esté integrado por jueces titulares nombrados conforme a la ley, y iii) que el juez destituido haya perdido su capacidad física o mental para desempeñar el cargo, cuestiones que no fueron invocadas por la SPA en este caso.

e) Al abordar entre las garantías necesarias la inamovilidad, queda claro que no es referencia para el debido proceso, para el que, en todo caso, es un refuerzo de la independencia e imparcialidad.

Así lo entiende la Corte al admitir que la estabilidad en el cargo es una de las principales garantías de la independencia judicial[197]. Por tanto, la ley debe garantizar la permanencia en el cargo de los jueces por los períodos establecidos, su independencia y su seguridad[198].

En este sentido, la garantía de estabilidad e inamovilidad de magistrados implica que: a) su separación del cargo obedezca exclusivamente a las causales permitidas, ya sea por medio de un proceso que cumpla con las garantías judiciales o porque se ha cumplido el término o período de su mandato; b) los jueces solo pueden ser destituidos por faltas de disciplina graves o incompetencia, y c) todo proceso disciplinario deberá resolverse de acuerdo con las normas de comportamiento judicial establecidas en procedimientos justos que aseguren la objetividad e imparcialidad según la Constitución o la ley[199]. Además la Corte ha señalado que la libre remoción de jueces fomenta la duda objetiva sobre la posibilidad efectiva de aquellos de decidir controversias concretas sin temor a represalias[200].

Ahora bien, la garantía de estabilidad de los jueces en el cargo no es absoluta. El derecho internacional de los derechos humanos admite que los jueces sean destituidos por conductas claramente reprochables. En su Observación General Nº 32, el Comité de Derechos Humanos estableció que los jueces podrán ser destituidos únicamente por razones graves de mala conducta o incompetencia[201].

Asimismo, los Principios Básicos precisan lo siguiente sobre medidas disciplinarias, suspensión y separación del cargo […]:

---

[197] Cfr. *Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 31 de enero de 2001. Serie C Nº 71, párr. 75, y *Caso López Lone y otros vs. Honduras*, supra, párr. 191.

[198] Cfr. *Caso López Lone y otros vs. Honduras*, *supra*, párr. 196 citando Principio 11 de los Principios Básicos de las Naciones Unidas.

[199] Cfr. *Caso de la Corte Suprema de Justicia (Quintana Coello y otros) vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 23 de agosto de 2013. Serie C Nº 266, párr. 155, y *Caso López Lone y otros vs. Honduras*, supra, párr. 200.

[200] Cfr. *Caso Apitz Barbera y otros ("Corte Primera de lo Contencioso Administrativo") vs. Venezuela*, supra, párr. 44, y *Caso López Lone y otros vs. Honduras*, supra, párr. 196. Ver también: Principios 2, 3 y 4 de los Principios Básicos de las Naciones Unidas.

[201] Cfr. Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 32, Artículo 14: El Derecho a un Juicio Imparcial y a la Igualdad ante los Tribunales y Cortes de Justicia, CCPR/C/GC/32, 23 de agosto de 2007, párr. 20. Ver también Comité de Derechos Humanos, Comunicación No. 1376/2005, *Soratha Bandaranayake vs. Sri Lanka*, CCPR/C/93/D/1376/2005, párr. 7.3.

> "17. Toda acusación o queja formulada contra un juez por su actuación judicial y profesional se tramitará con prontitud e imparcialidad con arreglo al procedimiento pertinente. El juez tendrá derecho a ser oído imparcialmente. En esa etapa inicial, el examen de la cuestión será confidencial, a menos que el juez solicite lo contrario.
>
> 18. Los jueces sólo podrán ser suspendidos o separados de sus cargos por incapacidad o comportamiento que los inhabilite para seguir desempeñando sus funciones"[202].

Por otro lado, otros estándares diferencian entre las sanciones aplicables. Se insiste en que la garantía de inamovilidad implica que la destitución obedezca a conductas bastante graves, mientras que otras sanciones pueden contemplarse ante eventos como negligencia o impericia.

Finalmente, la Corte ha señalado que el ejercicio autónomo de la función judicial debe ser garantizado por el Estado tanto en su faceta institucional, esto es, en relación con el Poder Judicial como sistema, así como también en conexión con su vertiente individual, es decir, con relación a la persona del juez específico[203].

Vale decir que considera una dimensión objetiva que se relaciona con aspectos esenciales para el Estado de Derecho, tales como el principio de separación de poderes, y el importante rol que cumple la función judicial en una democracia. Por ello, esta dimensión objetiva trasciende la figura del juez e impacta colectivamente en toda la sociedad. Asimismo, existe una relación directa entre la dimensión objetiva de la independencia judicial y el derecho de los jueces a acceder y permanecer en sus cargos en condiciones generales de igualdad, como expresión de su garantía de estabilidad[204].

Teniendo en cuenta los estándares señalados anteriormente, la Corte considera que: *i*) el respeto de las garantías judiciales implica respetar la independencia judicial; *ii*) las dimensiones de la independencia judicial se traducen en el derecho subjetivo del juez a que su separación del cargo obedezca exclusivamente a las causales permitidas, ya sea por medio de un proceso que cumpla con las garantías judiciales o porque se ha cumplido el término o período de su mandato, y *iii*) cuando se afecta en forma arbitraria la permanencia de los jueces en su cargo, se vulnera el derecho a la independencia judicial consagrado en el artículo 8.1 de la Convención Americana, en conjunción con el derecho de acceso y permanencia en condiciones generales de igualdad en un cargo público, establecido en el artículo 23.1.c de la Convención Americana[205].

En síntesis, la Corte IDH resume la garantía de independencia e imparcialidad a tono con los elementos que fija como estándares, los que no todos forman parte del debido proceso, aunque son partes inescindibles que surgen por impacto o influencia en los jueces que se ven privados de dichas garantías.

---

[202] Principio 17 y 18 de los Principios Básicos de las Naciones Unidas.

[203] Cfr. *Caso Apitz Barbera y otros ("Corte Primera de lo Contencioso Administrativo") vs. Venezuela*, párr. 55, y *Caso Reverón Trujillo vs. Venezuela*, párr. 67.

[204] *Caso de la Corte Suprema de Justicia (Quintana Coello y otros) vs. Ecuador. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 23 de agosto de 2013. Serie C Nº 266.

[205] Corte IDH. *Caso del Tribunal Constitucional (Camba Campos y otros) vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 28 de agosto de 2013. Serie C Nº 268.

Al respecto, reproducimos una síntesis de estos estándares[206]

> 45. Existen distintas concepciones de la independencia judicial que se han desarrollado tanto por la doctrina como por la jurisprudencia de la Corte IDH, entre las que en este caso es importante recalcar sus vertientes relativas a su enfoque institucional y personal.
>
> 46. Según Linares "podemos distinguir analíticamente dos dimensiones de la independencia judicial: una negativa y otra positiva. La primera consiste en la habilidad de evitar distintas fuentes de coerción y lealtades, mientras que la segunda consiste en la aplicación del derecho —y todas sus fuentes— en la resolución de un caso concreto"[207].
>
> 47. […]
>
> 48. La independencia judicial también se ha concebido a partir de su distinción como valor o como garantía. En cuanto a la independencia judicial como valor, su significado coincide con lo que se denomina "independencia funcional" (también conocida como "sustantiva" o "decisional"). Esta concepción de la independencia judicial se traduce en la regla básica del ordenamiento según la cual el juez, en ejercicio de la función jurisdiccional, debe estar sometido únicamente a la legalidad, es decir, al vigente sistema de fuentes del derecho. Por otro lado, la independencia judicial como garantía, es un conjunto de mecanismos jurídicos tendentes a la salvaguarda y realización del valor mencionado, el cual es protegido mediante otros principios tales como la mencionada división de poderes, el juez natural, la imparcialidad, la exclusividad, etcétera[208].
>
> 49. Dentro de la concepción de la independencia judicial como garantía, pueden también distinguirse varias facetas. La primera de ellas es la llamada "independencia personal" que es la que protege a cada juez en lo individual y que consiste en el conjunto de características de su estatus constitucional, que lo ponen al reparo de eventuales presiones de los órganos estatales de naturaleza política —especialmente el Parlamento y el Poder Ejecutivo—. Por otro lado, en tiempos más recientes, se identifica una independencia judicial de garantía en sus vertientes "colectiva" e "interna". La independencia judicial colectiva tiende a proteger a la judicatura en su conjunto frente al resto de los poderes del Estado, mientras que la interna ampara al juez personalmente considerado incluso frente al resto de la estructura judicial[209].
>
> 50. En lo que respecta a la jurisprudencia de la Corte IDH —como se puede apreciar en el acápite anterior—, en ella puede verse desarrollada tanto la independencia del Poder Judicial como expresión del principio de separación de poderes en un sistema democrático, cuanto la independencia de los jueces como derecho de éstos en el ejercicio de sus funciones e inclusive como derecho de los ciudadanos de acceso a la justicia y a las garantías judiciales.
>
> 51. Así, como se desarrolló en el apartado anterior, la Corte IDH ha establecido que uno de los objetivos principales que tiene la separación de los poderes públicos es la garantía de la independencia de los jueces[210]. Dicho ejercicio autónomo debe ser garantizado por el Estado tanto en su faceta institucional, esto es, en relación con el Poder Judicial como sistema, como también en conexión con su vertiente individual, es decir, con relación a la persona del juez específico. El objetivo de la protección radica en evitar que el sistema judicial en general y sus integrantes en particular se vean sometidos a posibles restricciones indebidas en el ejercicio de su función por parte de órganos ajenos al Poder Judicial o

---

[206] Caso de la Corte Suprema de Justicia (Quintana Coello y otros) vs. Ecuador. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de agosto de 2013. Serie C Nº 266

[207] Linares, Sebastián, ob. cit., p. 116.

[208] Cfr. Díez Picazo, ob. cit., ps. 20 y 21.

[209] Cfr. Díez Picazo, ob. cit., p. 21.

[210] *Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 31 de enero de 2001. Serie C Nº 71, párr. 73.

incluso por parte de aquellos magistrados que ejercen funciones de revisión o apelación[211]. El objetivo del principio de separación de poderes se cumple de dos maneras, correspondientes a las dos facetas apuntadas: la institucional y la individual. Cuando el Estado se halla obligado a proteger al Poder Judicial como sistema, se tiende a garantizar su independencia externa. Cuando se encuentra obligado a brindar protección a la persona del juez específico, se tiende a garantizar su independencia interna.

52. Asimismo, la Corte IDH también ha sostenido que al reconocer el artículo 8.1 de la Convención que "[t]oda persona tiene derecho a ser oída […] por un juez o tribunal […] independiente", los términos en que está redactado este artículo indican que el sujeto del derecho es el justiciable, la persona situada frente al juez que resolverá la causa que se le ha sometido[212]. De ese derecho surgen las dos obligaciones referidas en su oportunidad al estudiar la jurisprudencia de la Corte IDH: la primera del juez y la segunda del Estado[213].

53. Ahora bien, la Corte IDH también ha determinado que de las mencionadas obligaciones del Estado surgen, a su vez, derechos para los jueces o para los demás ciudadanos. Por ejemplo, la garantía de un adecuado proceso de nombramiento de jueces involucra necesariamente el derecho de la ciudadanía a acceder a cargos públicos en condiciones de igualdad; la garantía de no estar sujeto a libre remoción conlleva a que los procesos disciplinarios y sancionatorios de jueces deben necesariamente respetar las garantías del debido proceso y debe ofrecerse a los perjudicados un recurso efectivo; la garantía de inamovilidad debe traducirse en un adecuado régimen laboral del juez, en el cual los traslados, ascensos y demás condiciones sean suficientemente controladas y respetadas, entre otros[214].

54. La Corte IDH en el caso concreto estimó que "la dimensión objetiva se relaciona con aspectos esenciales para el Estado de Derecho, tales como el principio de separación de poderes, y el importante rol que cumple la función judicial en una democracia. Por ello, esta dimensión objetiva trasciende la figura del juez e impacta colectivamente en toda la sociedad. Asimismo, existe una relación directa entre la dimensión objetiva de la independencia judicial y el derecho de los jueces a acceder y permanecer en sus cargos en condiciones generales de igualdad, como expresión de su garantía de estabilidad"[215]. De ahí que "cuando se afecta en forma arbitraria la permanencia de los jueces en su cargo, se vulnera el derecho a la independencia judicial consagrado en el artículo 8.1 de la Convención Americana, en conjunción con el derecho de acceso y permanencia en condiciones generales de igualdad en un cargo público, consagrado en el artículo 23.1.c de la Convención Americana"[216]. En este punto es relevante destacar que esta interpretación interactiva entre los artículos 8.1 y 23.1.c de la Convención Americana le permite a la Corte IDH complementar su jurisprudencia en el caso *Reverón Trujillo* al precisar que la garantía institucional de la independencia judicial, que se deriva del artículo 8.1 de la Convención Americana, se traduce en un derecho subjetivo del juez a que no se afecte en forma arbitraria su permanencia en las funciones públicas, en el marco del artículo 23.1.c. del mismo Pacto de San José.

---

[211] *Caso Apitz Barbera y otros ("Corte Primera de lo Contencioso Administrativo") vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 5 de agosto de 2008. Serie C Nº 182. párr. 55.

[212] *Caso Reverón Trujillo vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 30 de junio de 2009. Serie C Nº 197, párr. 148.

[213] Ibídem, párr. 146.

[214] Ibídem, párr. 147.

[215] Párr. 154 de la sentencia.

[216] Ibídem, párr. 155.

ANEXO

(1)

Código de conducta de los jueces de Estados Unidos

Edición 1995-96

REGLA 1

El juez deberá mantener la integridad e independencia del poder judicial

Un poder judicial independiente y honorable es indispensable para la justicia en nuestra sociedad. El juez deberá participar en el establecimiento, mantenimiento y cumplimiento de altas normas de conducta, y deberá observar personalmente esas normas, para preservar la integridad e independencia del poder judicial. Las disposiciones de este Código deberán ser interpretadas y aplicadas para conseguir ese objetivo.

REGLA 2

El juez deberá evitar la incorrección y la apariencia de incorrección en todas las actividades

A. El juez deberá respetar y cumplir la ley y deberá actuar en todo momento de una manera que promueva la confianza pública en la integridad y la imparcialidad del poder judicial.

B. El juez no deberá permitir que las relaciones familiares, sociales o de otra índole influyan en la conducta o decisión judicial. El juez no deberá permitir que el prestigio del cargo judicial se preste en provecho de los intereses privados de otros, ni proyectar o permitir que otros proyecten la impresión de que se encuentran en una posición especial para influir en el juez. El juez no deberá prestar declaración voluntariamente como testigo de la solvencia moral de otro individuo.

C. El juez no deberá ser miembro de organización alguna que practique odiosa discriminación basada en la raza, el sexo, la religión, o el origen nacional.

REGLA 3

El juez deberá desempeñar los deberes del cargo de manera imparcial y diligente

Los deberes judiciales del juez tienen precedencia sobre todas las otras actividades. Al desempeñar los deberes prescritos por la ley, el juez deberá adherirse a las siguientes normas:

A. ***Responsabilidades de adjudicación***

1. El juez deberá ser fiel a la ley y mantener competencia profesional en la ley, y no deberá ser influido por intereses partidistas, el clamor público o el temor a las críticas.

2. El juez deberá oír y emitir fallo en los asuntos asignados, a menos que sea descalificado, y deberá mantener el orden y el decoro en todos los procedimientos judiciales.

3. El juez deberá ser paciente, digno, respetuoso y cortés con los litigantes, miembros del jurado, testigos, abogados y otros con quienes el juez trata de manera oficial, y deberá requerir una conducta similar de quienes se encuentran sujetos al control del juez, incluso los abogados, en la medida concordante con su función en el proceso adversario.

4. El juez deberá otorgar a toda persona legalmente interesada en un procedimiento, o al abogado de esa persona, el pleno derecho de ser oída conforme a la ley y, excepto en la manera autorizada por la ley, no iniciar ni considerar comunicaciones ex parte sobre los méritos, o procedimientos que afecten los méritos, de un procedimiento pendiente o inminente. El juez puede, sin embargo, obtener el asesoramiento de un experto imparcial sobre la ley aplicable a un procedimiento legal ante el juez, si el juez notifica a las partes de la persona consultada y la sustancia del asesoramiento, y les permite a las partes una oportunidad razonable para que respondan. Con el consentimiento de las partes, el juez podrá conferenciar separadamente con las partes y con sus abogados en un esfuerzo para mediar o resolver cuestiones pendientes.

5. El juez deberá decidir rápidamente los asuntos del tribunal.

6. El juez deberá evitar los comentarios públicos sobre los méritos de una acción pendiente o inminente y requerir una moderación similar del personal de la corte sujeto a la dirección y control del juez. Esta proscripción no se extiende a las declaraciones públicas hechas en el curso de los deberes oficiales del juez, a la explicación de los procedimientos de la corte o a la presentación erudita hecha con fines de educación en derecho.

B. ***Responsabilidades administrativas***

1. El juez deberá desempeñar diligentemente sus responsabilidades administrativas, mantener la competencia profesional en la administración judicial, y facilitar el desempeño de las responsabilidades administrativas de otros jueces y funcionarios de la corte.

2. El juez deberá requerir que los funcionarios, personal y otros miembros de la corte bajo su dirección y control observen las mismas normas de fidelidad y diligencia aplicables al juez.

3. El juez deberá iniciar acción apropiada cuando entra en conocimiento de evidencia fidedigna que indica la probabilidad de conducta carente de ética profesional por parte de un juez o de un abogado.

4. El juez no deberá hacer designaciones innecesarias y deberá ejercer ese poder sólo en base al mérito, evitando el nepotismo y el favoritismo. El juez no deberá aprobar la compensación de las personas designadas que exceda el valor justo de los servicios prestados.

5. El juez con autoridad de supervisión sobre otros jueces deberá tomar medidas razonables para asegurar el desempeño oportuno y eficaz de los deberes de esos jueces.

C. ***Descalificación***

1. El juez se descalificará sí mismo en un procedimiento en el cual su imparcialidad pueda ser cuestionada razonablemente, incluyendo instancias, aunque no limitado a ellas, en las cuales:

    a. el juez tiene una preferencia o prejuicio con respecto a una parte, o conocimiento personal de hechos de evidencia disputada relacionados con el procedimiento;

    b. el juez actuó como abogado en la cuestión en controversia, o un abogado con el cual el juez practicó la ley previamente prestó servicios durante esa asociación como abogado con respecto a la cuestión, o el juez o ese abogado han sido testigos presenciales;

    c. el juez sabe que, individualmente o como fiduciario, el juez o cónyuge o hijo menor de edad del juez residentes en el hogar del juez tienen un interés financiero en la cuestión sujeta a controversia o en un interesado en los procedimientos, o cualquier otro interés que pueda ser afectado sustancialmente por el resultado de los procedimientos;

d. el juez o cónyuge del juez, o una persona relacionada a cualquiera de ellos dentro del tercer grado de relación, o cónyuge de esa persona:

i. es parte en el procedimiento, o funcionario, director o fideicomisario de una parte;

ii. actúa como abogado en el procedimiento;

iii. tiene, a conocimiento del juez, un interés que podría ser afectado sustancialmente por el resultado del procedimiento;

iv. probablemente será, a conocimiento del juez, un testigo material en el procedimiento.

e. el juez ha prestado servicios en el gobierno y en esa condición participó como asesor legal, consejero o testigo material respecto al procedimiento, o ha expresado una opinión relacionada con los méritos del caso particular en disputa.

2. El juez deberá mantener información sobre sus intereses financieros personales y fiduciarios, y hacer un refuerzo razonable para mantener información sobre los intereses financieros personales del cónyuge y de los hijos menores de edad del juez que residen en su hogar.

3. Para los fines de esta sección:

a. el grado de relación se calcula de conformidad con el sistema de derecho civil;

b. "fiduciario" incluye relaciones como ejecutor, administrador, fideicomisario y guardián;

c. "interés financiero" significa propiedad de un interés legal o rentable, por pequeño que sea, o una relación como director, asesor u otro participante activo en los asuntos de una parte, excepto:

i. la propiedad en un fondo de inversiones común o mutual que contiene valores no constituye un "interés financiero" en esos valores a menos que el juez participe en la administración del fondo;

ii. un cargo en una organización educativa, religiosa, caritativa, fraternal o cívica no constituye un "interés financiero" en los valores de la organización;

iii. el interés propietario del tenedor de una póliza en una compañía de seguros mutuales, o el depositante en una asociación de ahorros mutuales, o un interés propietario similar, es un "interés financiero" en la organización sólo si el resultado del procedimiento pudiera afectar sustancialmente el valor del interés;

iv. la propiedad de bonos del gobierno es un "interés financiero" en el emisor sólo si el resultado del procedimiento pudiera afectar sustancialmente el valor de los títulos.

d. (d) "procedimiento" incluye acciones previas al juicio, el juicio, apelación u otras etapas del litigio.

4. No obstante las disposiciones precedentes de esta Regla, si un juez ante el cual se ha asignado un asunto fuese recusado, después de haber dedicado tiempo judicial sustancial al asunto, debido a la apariencia o descubrimiento, después de que el asunto le ha sido asignado, tiene, como individuo o como fiduciario, o su cónyuge o hijos menores de edad residentes en su hogar, un interés financiero en una parte (además de un interés que pudiera ser afectado sustancialmente por el resultado), no se requiere la descalificación si el juez, cónyuge o hijo menor, según sea el caso, se desprenden del interés que da la base para la descalificación.

D. ***Condonación de la descalificación***

El juez descalificado por los términos de la Regla 3C(1), excepto en las circunstancias establecidas específicamente en las subsecciones (a) hasta (e), en vez de retirarse del procedimiento, podría declarar públicamente la base de la descalificación. Si todas las partes y sus abogados después de esa declaración y de una oportunidad de conferenciar fuera de la presencia del juez, acuerdan por escrito o públicamente que el juez no debería ser descalificado, y el juez está entonces dispuesto a hacerlo, el mismo podrá participar en el procedimiento. El acuerdo será incorporado en el registro del procedimiento.

REGLA 4

El juez podrá participar en actividades extrajudiciales para mejorar la ley, el sistema legal y la administración de justicia

El juez, sujeto al desempeño apropiado de sus deberes judiciales, podrá participar en las siguientes actividades relacionadas con la ley, si al hacerlo no proyecta dudas razonables sobre la capacidad de decidir imparcialmente cualquier asunto que se le presente:

A. El juez podrá hablar, escribir, disertar, enseñar y participar en otras actividades relacionadas con la ley, el sistema legal y la administración de justicia.

B. El juez podrá presentarse en audiencias públicas ante cuerpos legislativos o ejecutivos o funcionarios, o asesorarlos de otras maneras, sobre asuntos relacionados con la ley, el sistema legal y la administración de justicia en la medida en que generalmente se perciba que la experiencia judicial del juez brinda un conocimiento especial en el área. El juez que actúe "pro se" también podrá comparecer ante funcionarios u organismos o asesorarlos en una cuestión referida al juez o a su propio interés.

C. El juez podrá actuar como miembro, funcionario o director de una organización u organismo del gobierno dedicado al mejoramiento de la ley, del sistema legal o de la administración de justicia. El juez podrá ayudar a dicha organización en la planificación de actividades de recaudación de fondos y podrá participar en la administración e inversión de fondos, pero no deberá tomar parte personalmente en las actividades públicas de recaudación de los fondos. El juez podrá hacer recomendaciones a los organismos públicos y privados que otorgan subsidios sobre proyectos y programas relacionados con la ley, el sistema legal y la administración de justicia. El juez podrá solicitar fondos de otros jueces sobre los cuales el juez no ejerza autoridad de supervisión o de apelación. El juez no deberá participar personalmente en la solicitud de ingreso a una entidad si la solicitud pudiera ser percibida razonablemente como coercitiva o es esencialmente un mecanismo de recaudación de fondos.

D. El juez no deber a usar en ninguna medida sustancial despachos, recursos, o personal judicial para incurrir en actividades permitidas por esta Regla.

REGLA 5

El juez deberá reglamentar las actividades extrajudiciales para reducir al mínimo el riesgo de conflicto con los deberes judiciales

A. ***Actividades menores***. El juez podrá escribir, disertar, enseñar, y hablar sobre temas que no se refieran a la ley, y participar en las artes, deportes y otras actividades sociales y recreativas si esas actividades de defensa no afectan la dignidad del cargo del juez ni interfieren con el desempeño de los deberes judiciales del juez.

B. ***Actividades cívicas y caritativas***. El juez podrá participar en actividades cívicas y caritativas que no se reflejen adversamente en la imparcialidad del juez ni interfieran con el desempeño de los deberes judiciales. El juez podrá actuar como funcionario, director, fideicomisario o asesor sobre temas que no sean de derecho de una organización educativa, religiosa, caritativa, fraternal o cívica que no realice actividades para beneficio económico o político de sus miembros, sujeto a las siguientes limitaciones:

    1. El juez no deberá prestar sus servicios si es probable que la organización participe en procedimientos que ordinariamente se presentarían ante el juez o participe regularmente en procedimientos legales en cualquier tribunal.

2. El juez no deberá solicitar fondos para organización educativa, religiosa, caritativa, fraternal o cívica alguna, o usar o permitir el uso del prestigio del cargo judicial con ese propósito, pero el juez podrá ser mencionado como funcionario, director o fideicomisario de una organización semejante. El juez no deberá participar personalmente en la solicitud de ingreso a una entidad si la solicitud pudiera percibirse razonablemente como coercitiva o ese esencialmente un mecanismo de recaudación de fondos.

3. El juez no deberá dar asesoramiento sobre inversiones a una organización semejante, pero podrá prestar servicios en su junta de directores o de fideicomisarios aunque la misma tenga la responsabilidad de aprobar las decisiones sobre inversiones.

C. ***Actividades financieras***

1. El juez deberá abstenerse de participar en tratos financieros o de negocios que tiendan a reflejarse adversamente sobre la imparcialidad del juez, interfieran con el desempeño apropiado de los deberes judiciales, exploten la posición judicial, o involucren al juez en transacciones frecuentes con abogados y otras personas que probablemente comparecerán ante la corte en la cual actúa el juez.

2. Sujeto a los requisitos de la subsección (1), el juez podrá tener y administrar inversiones, incluso inmobiliarias, y participar en otras actividades remunerativas, pero no deberá actuar como funcionario, director, socio activo, administrador, asesor, o empleado de ninguna otra clase de negocio que sea un negocio poseído y controlado estrechamente por miembros de la familia del juez. Con este propósito, "miembros de la familia del juez" significa personas relacionadas con el juez o cónyuge del juez con el tercer grado de consanguinidad, calculado conforme al sistema legal civil, cualquier otro pariente con el cual el juez o cónyuge del juez mantenga una estrecha relación familiar, y el cónyuge de cualquiera de los anteriores.

3. El juez deberá administrar las inversiones y otros intereses financieros para minimizar la cantidad de casos en los cuales se le descalifique como juez. Tan pronto como el juez pueda hacerlo, sin grave detrimento financiero, se desprenderá de las inversiones y otros intereses financieros que pudieran requerir frecuente descalificación.

4. Ni el juez ni un miembro de la familia del juez que resida en el hogar del juez deberá solicitar o recibir un regalo, legado, favor o préstamo de cualquier otra persona excepto:

    a. un regalo relacionado con un testimonio público, libros, grabaciones y otro material de recursos suministrado por casas editoriales por cortesía para uso oficial, o una invitación al juez y un miembro de su familia para asistir a una función o acto relacionado con la profesión dedicado al mejoramiento de la ley, el sistema legal, o la administración de justicia;

    b. un regalo, distinción o beneficio relacionado con el negocio, profesión u otra actividad separada del cónyuge u otro miembro de la familia del juez que resida en su hogar, incluso regalos, distinciones y beneficios para el uso del cónyuge u otro miembro de la familia como del juez (como cónyuge o miembro de la familia), siempre que el regalo, distinción o beneficio no pueda ser percibido razonablemente como destinado a influir al juez en el desempeño de sus deberes judiciales;

    c. hospitalidad social común;

    d. un regalo de un pariente o amigo, con motivo de una ocasión especial como una boda, aniversario o cumpleaños, si el regalo es proporsional a la ocasión y a la relación;

    e. un regalo, legado, favor o préstamo de un pariente o estrecho amigo personal cuya comparecencia o interés en ningún caso requeriría de cualquier manera que el juez no actuase oficialmente con respecto al caso;

f. un préstamo de una institución de crédito en su curso regular de operaciones en los mismos términos que generalmente están disponibles a las personas que no son jueces;

g. una beca otorgada en los mismos términos y con el mismo criterio aplicado a otros solicitantes; o

h. cualquier otro regalo, legado, favor o préstamo, sólo si:

i. el donante no ha procurado y no está procurando tener actuación en la corte u otra entidad servida por el juez; o

ii. si el donante no es parte u otra persona que se ha presentado o que probablemente se presentará ante el juez o cuyos intereses podrían ser afectados sustancialmente por el desempeño o falta de desempeño de sus deberes oficiales.

5. A los fines de esta sección, "miembros de la familia del juez que residen en el hogar del juez" significa todo pariente sanguíneo o político de un juez, o una persona tratada por el juez como miembro de la familia que reside en el hogar del juez.

6. El juez deberá informar sobre el valor del regalo, legado, favor o préstamo en la manera requerida por la ley o por la Conferencia Judicial de Estados Unidos.

7. Este Código no requiere que el juez declare públicamente sus ingresos, deudas o inversiones excepto en la manera establecida en esta Regla y en las Reglas 3 y 6.

8. La información adquirida por un juez en el desempeño de las funciones judiciales del juez no deber a ser usada o revelada por el juez en tratos financieros o con ningún otro propósito que no esté relacionado con los deberes judiciales del juez.

D. ***Actividades fiduciarias***. El juez no deberá actuar como ejecutor, administrador, fideicomisario, guardián, u otra función fiduciaria excepto para la sucesión, fondo o persona de un miembro de la familia del juez, y sólo cuando dicho servicio no interfiera con el desempeño apropiado de sus deberes judiciales. "Miembro de la familia del juez" significa cualquier pariente del juez por sangre, adopción, o matrimonio, o cualquier otra persona tratada por un juez como miembro de la familia del juez.

Como fiduciario de familia, el juez está sujeto a las siguientes restricciones:

1. El juez no deberá prestar servicios si es probable que como fiduciario participe en procedimientos que ordinariamente serían presentados ante el juez o si la sucesión, fondo o si el pupilo participa en un juicio en la corte en la cual presta servicios el juez o en una bajo su jurisdicción de apelación.

2. Mientras actúa como fiduciario el juez está sujeto a las mismas restricciones sobre actividades financieras que se aplican al juez en su capacidad personal.

E. ***Arbitraje***. El juez no deberá actuar como árbitro o mediador o desempeñar otras funciones judiciales en una capacidad privada a menos que esté autorizado expresamente por la ley.

F. ***Práctica del derecho***. El juez no deberá practicar derecho. No obstante esta prohibición, el juez podrá actuar ***pro se*** y, sin compensación, podrá dar asesoramiento legal y redactar o revisar documentos para un miembro de la familia del juez.

G. ***Designaciones extrajudiciales***. El juez no deberá aceptar designaciones a un comité, comisión u otra posición del gobierno que esté relacionada con cuestiones de hecho o política en asuntos que no se refieran a la mejora de la ley, del sistema legal o de la administración de justicia, a menos que la designación del juez sea requerida por una ley del Congreso. El juez no deberá, en ningún caso, aceptar una designación si los deberes gubernamentales del juez interfiriesen con el desempeño de los deberes judiciales o tendieran a debilitar la confianza pública en la integridad, imparcialidad o independencia del poder judicial. El juez podrá representar al país, estado o localidad del juez en ocasiones ceremoniales o en relación con actividades históricas, educativas y culturales.

H. ***Despachos, recursos y personal***. El juez no deberá usar los despachos, recursos o personal judicial para participar en actividades permitidas por esta Regla, excepto un uso "de minimis".

REGLA 6

El juez deberá presentar regularmente informes de compensación recibida por actividades relacionadas con la ley y extrajudiciales

El juez podrá recibir compensación y reembolso de gastos por las actividades relacionadas con la ley y extrajudiciales permitidas por este Código, si el origen de esos pagos no da la apariencia de influir sobre el juez, en los deberes judiciales del juez o de otra manera da la apariencia de impropiedad, sujeto a las siguientes restricciones:

A. ***Compensación***. La compensación no deberá exceder un monto razonable ni deberá exceder lo que una persona que no es juez recibiría por la misma actividad.

B. ***Reembolso de gastos***: El reembolso de gastos deberá limitarse a los costos de viaje, alimentación y alojamiento incurridos razonablemente por el juez y, cuando sea apropiado para la ocasión, por el cónyuge o pariente del juez. Todo pago en exceso de ese monto es compensación.

C. ***Informes públicos***. El juez deberá hacer las declaraciones financieras públicas requeridas en cumplimiento de los estatutos aplicables y de las reglamentaciones y directivas de la Conferencia Judicial.

REGLA 7

El juez deberá abstenerse de la actividad política

A. El juez no deberá:

1. actuar como dirigente o tener cargo alguno en una organización política;
2. pronunciar discursos para una organización o candidato político o apoyar u oponerse públicamente a un candidato a cargos públicos;
3. solicitar fondos o pagar una cuota o hacer una contribución a una organización o candidato político, asistir a reuniones políticas, o comprar boletos para cenas políticas u otras funciones.

B. El juez deberá renunciar a su cargo judicial cuando se postule como candidato, ya sea en una primaria o en una elección general para cualquier cargo.

El juez no deberá participar en ninguna otra actividad política, teniendo en cuenta que esto, sin embargo, no deberá impedir al juez participar en las actividades descritas en la Regla 4.

Principios básicos relativos a la independencia de la judicatura

Adoptados por el Séptimo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente

Celebrado en Milán del 26 de agosto al 6 de setiembre de 1985, confirmados por la Asamblea General en sus resoluciones 40/32 de 29 de noviembre de 1985 y 40/146 de 13 de diciembre de 1985

Considerando que. en la Carta de las Naciones Unidas, los pueblos del mundo afirman, entre otras cosas, su voluntad de crear condiciones bajo las cuales pueda mantenerse la justicia y realizarse la cooperación internacional en el desarrollo y estímulo del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales sin hacer distinción alguna,

Considerando que la Declaración Universal de Derechos Humanos consagra concretamente el principio de la igualdad ante la ley, el derecho de toda persona a que se presuma su inocencia y el de ser oída públicamente y con justicia por un tribunal competente, independiente e imparcial establecido por la ley,

Considerando que el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos garantizan el ejercicio de esos derechos, y que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos garantiza además el derecho a ser juzgado sin demora indebida,

Considerando que todavía es frecuente que la situación real no corresponda a los ideales en que se apoyan esos principios,

Considerando que la organización y la administración de la justicia en cada país debe inspirarse en esos principios y que han de adoptarse medidas para hacerlos plenamente realidad,

Considerando que las normas que rigen el ejercicio de los cargos judiciales deben tener por objeto que los jueces puedan actuar de conformidad con esos principios,

Considerando que los jueces son los encargados de adoptar la decisión definitiva con respecto a la vida, la libertad, los derechos, los deberes y los bienes de los ciudadanos,

Considerando que el Sexto Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, en su resolución 16, pidió al Comité de Prevención del Delito y Lucha contra la Delincuencia que incluyera entre sus tareas prioritarias la elaboración de directrices en materia de independencia de los jueces y selección, capacitación y condición jurídica de los jueces y fiscales,

Considerando que, por consiguiente, es pertinente que se examine en primer lugar la función de los jueces en relación con el sistema de justicia y la importancia de su selección, capacitación y conducta,

Los siguientes principios básicos, formulados para ayudar a los Estados Miembros en su tarea de garantizar y promover la independencia de la judicatura, deben ser tenidos en cuenta y respetados por los gobiernos en el marco de la legislación y la práctica nacionales y ser puestos en conocimiento de los jueces, los abogados, los miembros de los poderes ejecutivo y legislativo y el público en general. Estos principios se han elaborado teniendo presentes principalmente a los jueces profesionales, pero se aplican igualmente, cuando sea procedente, a los jueces legos donde éstos existan.

Independencia de la judicatura

1. La independencia de la judicatura será garantizada por el Estado y proclamada por la Constitución o la legislación del país. Todas las instituciones gubernamentales y de otra índole respetarán y acatarán la independencia de la judicatura.
2. Los jueces resolverán los asuntos que conozcan con imparcialidad, basándose en los hechos y en consonancia con el derecho, sin restricción alguna y sin influencias, alicientes, presiones, amenazas o intromisiones indebidas, sean directas o indirectas, de cualesquiera sectores o por cualquier motivo.
3. La judicatura será competente en todas las cuestiones de índole judicial y tendrá autoridad exclusiva para decidir si una cuestión que le haya sido sometida está dentro de la competencia que le haya atribuido la ley.
4. No se efectuarán intromisiones indebidas o injustificadas en el proceso judicial, ni se someterán a revisión las decisiones judiciales de los tribunales. Este principio se aplicará sin menoscabo de la vía de revisión judicial ni de la mitigación o conmutación de las penas impuestas por la judicatura efectuada por las autoridades administrativas de conformidad con lo dispuesto en la ley.
5. Toda persona tendrá derecho a ser juzgada por los tribunales de justicia ordinarios con arreglo a procedimientos legalmente establecidos. No se crearán tribunales que no apliquen normas procesales debidamente establecidas para sustituir la jurisdicción que corresponda normalmente a los tribunales ordinarios.
6. El principio de la independencia de la judicatura autoriza y obliga a la judicatura a garantizar que el procedimiento judicial se desarrolle conforme a derecho, así como el respeto de los derechos de las partes.
7. Cada Estado Miembro proporcionará recursos adecuados para que la judicatura pueda desempeñar debidamente sus funciones.

Libertad de expresión y asociación

8. En consonancia con la Declaración Universal de Derechos Humanos y al igual que los demás ciudadanos, los miembros de la judicatura gozarán de las libertades de expresión, creencias, asociación y reunión, con la salvedad de que, en el ejercicio de esos derechos, los jueces se conducirán en todo momento de manera que preserve la dignidad de sus funciones y la imparcialidad e independencia de la judicatura.
9. Los jueces gozarán del derecho a constituir asociaciones de jueces u otras organizaciones que tengan por objeto representar sus intereses, promover su formación profesional y defender la independencia judicial, así como el derecho a afiliarse a ellas.

Competencia profesional, selección y formación

10. Las personas seleccionadas para ocupar cargos judiciales serán personas íntegras e idóneas y tendrán la formación o las calificaciones jurídicas apropiadas. Todo método utilizado para la selección de personal judicial garantizará que éste no sea nombrado por motivos indebidos. En la selección de los jueces, no se hará discriminación alguna por motivo de raza, color, sexo, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o condición; el requisito de que los postulantes a cargos judiciales sean nacionales del país de que se trate no se considerará discriminatorio.

Condiciones de servicio e inamovilidad

11. La ley garantizará la permanencia en el cargo de los jueces por los períodos establecidos, su independencia y su seguridad, así como una remuneración, pensiones y condiciones de servicio y de jubilación adecuadas.
12. Se garantizará la inamovilidad de los jueces, tanto de los nombrados mediante decisión administrativa como de los elegidos, hasta que cumplan la edad para la jubilación forzosa o expire el período para el que hayan sido nombrados o elegidos, cuando existan normas al respecto.
13. El sistema de ascensos de los jueces, cuando exista, se basará en factores objetivos, especialmente en la capacidad profesional, la integridad y la experiencia.
14. La asignación de casos a los jueces dentro del tribunal de que formen parte es asunto interno de la administración judicial.

Secreto profesional e inmunidad

15. Los jueces estarán obligados por el secreto profesional con respecto a sus deliberaciones y a la información confidencial que hayan obtenido en el desempeño de sus funciones, a menos que se trate de audiencias públicas, y no se les exigirá que testifiquen sobre tales asuntos.
16. Sin perjuicio de cualquier procedimiento disciplinario o derecho de apelación, ni del derecho a recibir indemnización del Estado de acuerdo con la legislación nacional, los jueces gozarán de inmunidad personal con respecto a las acciones civiles por daños y perjuicios derivados de acciones u omisiones indebidas cometidas en el ejercicio de sus funciones judiciales.

Medidas disciplinarias, suspensión y separación del cargo

17. Toda acusación o queja formulada contra un juez por su actuación judicial y profesional se tramitará con prontitud e imparcialidad con arreglo al procedimiento pertinente. El juez tendrá derecho a ser oído imparcialmente. En esa etapa inicial, el examen de la cuestión será confidencial, a menos que el juez solicite lo contrario.
18. Los jueces sólo podrán ser suspendidos o separados de sus cargos por incapacidad o comportamiento que los inhabilite para seguir desempeñando sus funciones.
19. Todo procedimiento para la adopción de medidas disciplinarias, la suspensión o la separación del cargo se resolverá de acuerdo con las normas establecidas de comportamiento judicial.
20. Las decisiones que se adopten en los procedimientos disciplinarios, de suspensión o de separación del cargo estarán sujetas a una revisión independiente. Podrá no aplicarse este principio a las decisiones del tribunal supremo y a las del órgano legislativo en los procedimientos de recusación o similares.

La Independencia e Imparcialidad del Poder Judicial, los Jurados y asesores y la independencia de los Abogados

La Comisión de Derechos Humanos,

Guiada por los artículos 7, 8, 10 y 11 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y los artículos 2, 4 y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos,

Convencida de que la existencia de un poder judicial independiente e imparcial y de abogados independientes es condición previa esencial para proteger los derechos humanos y garantizar que no haya discriminación en la administración de justicia,

Teniendo presente la Declaración y Programa de Acción de Viena (A/CONF. 157/23) y en particular el párrafo 27 de la primera parte y los párrafos 88, 90 y 95 de la segunda parte,

Recordando sus resoluciones 1989/32 de 6 de marzo de 1989, 1990/33 de 2 de marzo de 1990, 1991/39 del 5 de marzo de 1991, 1992/33 del 28 de febrero de 1992 y 1993/44 del 5 de marzo de 1993,

Recordando también la resolución 45/166 de la Asamblea General, de 18 de diciembre de 1990, en que la Asamblea recoge con satisfacción los Principios Básicos sobre la Función de los Abogados y las Directrices para lograr la independencia de los jueces y mejorar la selección y la formación de los jueces y fiscales, adoptados por el Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre la Prevención del Delito y el Tratamiento del Delincuente e invita a los Gobiernos a que los respeten y los tengan en cuenta en el marco de su legislación y práctica nacionales,

Teniendo presentes los principios contenidos en el proyecto de declaración sobre la independencia e imparcialidad del poder judicial, los jurados y los asesores y la independencia de los abogados (E/CN.4/Sub.2/1988/20/Add.1 y Add.1/Corr.1), elaborado por el Sr. L. M. Singhvi, cuya importancia puso de manifiesto la Comisión de Derechos Humanos en su resolución 1989/32 de 6 de marzo de 1989,

Tomando nota, por una parte, de los atentados a la independencia de que son víctimas con frecuencia cada vez mayor los magistrados y loso abogados así como el personal y los auxiliares de justicia y, por otra parte, de la relación que existe entre el menoscabo de las garantías del poder judicial y de la abogacía y la intensidad y frecuencia de las violaciones de los derechos humanos,

1. Acoge con satisfacción el informe definitivo sobre la independencia de la judicatura y la protección de los abogados en ejercicio preparado por el Sr. Louis Joinet, Relator Especial de la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección de las Minorías (E/CN.4/Sub.2/1993/25 y Add. 1);

2. Hace suya la recomendación de la Subcomisión, contenida en su resolución 1993/39 del 26 de agosto de 1993, de que se cree un mecanismo de control encargado de seguir la cuestión de la independencia e imparcialidad del poder judicial especialmente en lo que respecta a los magistrados y los abogados y al personal y los auxiliares de justicia, así como a la naturaleza de los problemas que pueden menoscabar esta independencia e imparcialidad;

3. Ruega al Presidente de la Comisión que nombre por un período de tres años, previa consulta con los demás miembros de la Mesa, un relator especial cuyo mandato podría incluir las funciones siguientes:

   a. Investigar toda denuncia que se transmita al Relator Especial e informar sobre sus conclusiones al respecto;

b. Identificar y registrar no solamente los atentados a la independencia del poder judicial, de los abogados y del personal y auxiliares de la justicia, sino también los progresos realizados en la protección y el fomento de esta independencia, y hacer recomendaciones concretas, incluso sobre asistencia técnica o servicios de asesoramiento a los Estados interesados cuando éstos lo soliciten;
c. Estudiar, por su actualidad y por su importancia, y con miras a formular propuestas, algunas cuestiones de principio con el fin de proteger y afianzar la independencia del poder judicial y de la abogacía;

4. Ruega encarecidamente a todos los Gobiernos que presten su ayuda al Relator Especial en el ejercicio de su mandato y le proporcionen todas las informaciones que pida;

5. Ruega al Relator Especial que le presente, a partir de su 51º período de sesiones, un informe sobre las actividades inherentes a su mandato;

6. Ruega al Secretario General que proporciones al Relator Especial, dentro de los recursos limitados de las Naciones Unidas, toda la asistencia necesaria para el buen desempeño de su mandato;

7. Decide examinar esta cuestión en su 51º período de sesiones;

8. Recomienda al Consejo Económico y Social que apruebe el siguiente proyecto de decisión:

"El Consejo Económico y Social,
Tomando nota de la resolución 1944/41 de la Comisión de Derechos Humanos, de 4 de marzo de 1994 hace suya la decisión de la Comisión de dar curso a la propuesta de la Subcomisión de crear un mecanismo de intervención que vigile la cuestión de la independencia e imparcialidad del poder judicial especialmente en lo que respecta a los magistrados y los abogados y al personal y los auxiliares de justicia, así como a la naturaleza de los problemas que puedan menoscabar esta independencia e imparcialidad, y recomienda que este mecanismo consiste en un relator especial cuyo mandato llevará consigo las funciones siguientes:

a) Investigar toda denuncia que se transmita al Relator Especial e informar sobre sus conclusiones al respecto;
b) Identificar y registrar no solamente los atentados a la independencia del poder judicial, de los abogados y del personal y auxiliares de la justicia, sino también los progresos realizados en la protección y el fomento de esta independencia, y hacer recomendaciones concretas, incluso sobre asistencia técnica o servicios de asesoramiento a los Estados interesados cuando éstos lo soliciten;
c) Estudiar, por su actualidad y por su importancia, y con miras a formular propuestas, algunas cuestiones de principio con el fin de proteger y afianzar la independencia del poder judicial y de la abogacía;

El Consejo aprueba asimismo la petición hecha por la Comisión al Secretario General de que facilite al Relator Especial toda la ayuda necesaria para que pueda desempeñar felizmente su labor".

CAPÍTULO V

FUNCIONES DEL JUEZ

Sumario: 1. Aclaraciones preliminares; 2. El juez en la historia latinoamericana; 3. Breves apuntes sobre las teorías de la jurisdicción; 4. Los poderes del juez; 5. Funciones que autoriza el sistema interamericano; 6. El juez debe superar rigideces técnicas; 7. El juez debe atender las situaciones de urgencia; 8. El juez debe conocer la verdad de los hechos; 9. El juez debe acompañar el conflicto social; 10. Poderes del juez en los procesos constitucionales; 11. Los modelos de jueces (*addenda*).

1. Aclaraciones preliminares

Si la independencia e imparcialidad del juzgador es un presupuesto necesario para que se desarrolle el debido proceso, entender la disparidad funcional que tienen los jueces europeos respecto de los latinoamericanos es sustancial para proponer un esquema de base común para la garantía en estudio.

Cuando comenzamos a distinguir los poderes jurisdiccionales del magistrado Europeo respecto del Americano, no lo hacemos con la intención de sostener que entre ellos hay diferencias esenciales, sino para advertir que el punto de partida político es desigual. Ello condiciona la naturaleza de los actos que dinamizan la función, porque mientras unos saben que su señorío se acota al tipo de procedimiento donde actúan (v.gr.: jurisdicción administrativa; jurisdicción ordinaria; justicia constitucional, etc.), otros confunden de modo permanente las potestades, al tener que actuar simultáneamente, como fiscales del obrar de gobierno y como órganos destinados a preservar la supremacía de la Constitución y demás normas fundamentales.

Con ello, la sutil diferencia entre ser tribunales que administran justicia respecto a quienes ejercen un poder judicial, no parece superficial, pese a la generalidad del aserto.

Sin embargo, también es cierto que el origen de los modelos ha variado en el curso de los tiempos, siendo posible aceptar a través de los índices estadísticos de confiabilidad en la justicia, que la *desconfianza* Europea torna hacia un respaldo mayor, donde las potestades jurisdiccionales aumentan pese a que se contienen en los límites de la división por competencias; mientras que los jueces americanos son genéricamente presa de severas críticas por su falta de independencia e imparcialidad, que ha tornado el sistema de la *confianza* en un espejismo absoluto.

En este contexto, uno se puede tentar con planteos teóricos y reiterar el interrogante clásico acerca de ¿cuál es la misión constitucional de los jueces?, para caer en posiciones restringidas a la aplicación de la ley; o en otras más elásticas que admiten la interpretación de la norma; o pensar en un magistrado con potestades suficientes para constituir un órgano más en la estructura del Poder político, de manera que también el juez resuelva y decida con criterios económicos, políticos y sociales; entre otros muchos discernimientos, que llevan a modelos potenciales del juez, como se expone al final del capítulo.

Asignada la tendencia, cuadra posicionar al tribunal en el marco previsto como opción valorativa (y como tal, subjetiva y plenamente opinable) y proyectar cómo puede desempeñarse en el proceso, para que éste sea, el *debido proceso* premeditado como principio general, antes que una sumatoria de reglas.

> En este encuadre preliminar el punto de partida puede ser distinto. Algunos lo ciñen al deber constitucional de realizar la justicia aplicando la ley tal como ésta se formula. Ferrajoli lo define desde el llamado garantismo, y encuentra apoyos locales en Alvarado Velloso y Benabentos. El primero, por ejemplo, dice que el garantismo procesal no tolera alzamiento alguno contra la norma fundamental; por lo contrario, se contenta modestamente con que los jueces –comprometidos *sólo con la ley*- declaren la *certeza de las relaciones 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. Otros, en cambio, toman en cuenta las nuevas funciones del juez y asumen progresivamente, junto al clásico rol del decisor de los conflictos, *nuevas funciones no tradicionales*. En el *proceso civil* se dibuja un modelo de *juez administrador, gestor, o componedor económico social*. Así lo presenta el informado relatorio de Roberto Berizonce en el Congreso Mundial de Derecho Procesal celebrado en Viena (Austria) en el año 1999.

Comienza así una difícil tarea de esclarecimientos, donde la función no se concibe lineal (no es igual la responsabilidad de juzgar en el campo penal que la derivada de temas civiles) y por eso los principios generales pueden mostrarse, a veces, inconsistentes ante la urgencia, apáticos hacia una realidad que les reclama adaptación, o incongruentes con la finalidad de ser justos.

> La tarea de acople con los tiempos es evidente en la transformación de la legitimación procesal, donde el llamado por un acceso a la justicia sin restricciones, terminó aligerando la tensión con los recaudos impertérritos de la *legitimación ad causam* y *ad processum*, permitiendo con la creación de nuevas categorías (derechos colectivos, de pertenencia difusa; o los llamados derechos de masa) una apertura del proceso a los antes soslayados por la consolidación del derecho subjetivo, que obligaba al actor a ser un damnificado directo para poder reclamar ante los jueces.

La cuestión, entonces, se posiciona desde una atalaya no habitual, donde el conflicto a resolver se suscita con el alcance que significa ser juez en uno u otro sistema constitucional, porque los poderes de la jurisdicción varían; de manera que el debido proceso señalará reglas comunes (v.gr.: hacer que se cumpla el paradigma de la supremacía de la Constitución), pero la actividad propiamente dicha, sufrirá adaptaciones acordes con la finalidad de cada proceso, y la misión que se encuentre prevista para el juez, en cada caso.

Una vez más conviene recordar los dos aspectos que abarca la noción de debido proceso. Por una vertiente se consideran los *aspectos formales* que encolumnan bases, reglas y principios, tales como la bilateralidad, el derecho a la contradicción, el deber de ser oído, el derecho a la prueba, a obtener sentencia en un plazo razonable, y a ejecutarla rápidamente sin reabrir la controversia. En materia penal, esos cánones se integran y completan con equilibrios, como el estado de inocencia, el derecho a ser informado en el idioma del inculpado de las causas de la acusación, el derecho a tener un abogado de confianza, a que se lo juzgue sin dilaciones indebidas, a probar y recurrir toda sentencia condenatoria, y a ser indemnizado por el error judicial.

> Para Ferrajoli[217], el constitucionalismo, tal como resulta de la positivización de los derechos fundamentales como límites y vínculos sustanciales a la legislación positiva, corresponde a una segunda revolución en la naturaleza del derecho que se traduce en una alteración interna del paradigma positivista clásico. Si la primera revolución se expresó mediante la afirmación de la omnipotencia del legislador, es decir, del principio de mera legalidad (o de legalidad formal) como norma de reconocimiento de la existencia de las normas, esta segunda revolución se ha realizado con la afirmación del que podemos llamar *principio de estricta legalidad* (o *de legalidad sustancial*). O sea, con el sometimiento también de la ley a vínculos ya no sólo formales sino sustanciales impuestos por los principios y los derechos fundamentales contenidos en las constituciones.

Este primer continente implementa un conjunto de seguimientos en el debido proceso formal (o procesal) que delinea y marca un camino. A veces, este sendero tiene bifurcaciones que admiten torcer la regla; ello se puede hacer porque no se afecta el debido proceso *in totum* cuando se lo complementa con el segundo aspecto: *el debido proceso sustancial.*

Esta faceta se refiera a la razonabilidad de las decisiones; es un límite a la arbitrariedad y la injusticia.

> Hemos dicho[218] que el debido proceso sustancial, como concepto preventivo, es un mensaje al gobierno (administración y legislación) para que no exceda la discrecionalidad y asegure en sus actos el principio de razonabilidad. Implícitamente queda encuadrada la noción de seguridad jurídica, pues incorpora en la garantía del debido proceso sustancial la obligación de impedir resoluciones contradictorias o arbitrarias, de modo tal que el control también comprende la actividad jurisdiccional.

El empalme entre los dos tipos integrados al estudio del debido proceso, dan pie suficiente para analizar la función del juez en cada una de las potestades clásicas como debe desenvolver su magisterio, esto es:

a) El juez constitucional y sus poderes-deberes en el control de constitucionalidad;

b) El juez de competencia común (civil y comercial);

c) El juez con actuación en procesos sociales (familia, laborales, seguridad social).

d) El juez que trabaja con conflictos estatales (contencioso administrativos).

e) Los jueces con competencia penal en sus diversas ramificaciones

Sin embargo, un examen de esta contextura sería errado, porque significaría tanto como afirmar que hay tantos modelos para el "debido proceso", como ramales de jurisdicciones.

Por ello, sin caer en el reduccionismo simple y peligroso de modelar un poder de juzgamiento genérico, conviene poner de relieve, como un anticipo de nuestras conclusiones, que el juez puede apartarse de las reglas sin violar los principios, cuando adapta sus pronunciamientos al sentido social y justo que lo anima. En todo caso, la exigencia constitucional será motivar suficientemente la sentencia que dicta.

---

[217] Ferrajoli Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil,* Trotta, Madrid, 1999, p. 37.

[218] Gozaíni, Osvaldo A., *Tratado de Derecho Procesal Constitucional Latinoamericano,* Tomo I, La Ley, Buenos Aires, 2012, ps. 36 y ss.

2. El Juez en la historia latinoamericana

Nuestra historia tiene raíces en los jueces españoles, donde tradicionalmente el bien común era el objetivo de la función judicial.

Los monarcas visigodos habían creado el "Fuero Juzgo" que señalaba: <<*Ca de la mesura de los principes nace el ordenamiento de las lees, et de las lees nacen las bonas costumpnes, de de las bonas costumpnes nace ella paz et ella concordia entre los poblos, et de la concordia de los poblos nace el vencimiento de los enemigos*>>. Criterio que se va a repetir en las Leyes de Partidas, que señalan los mismos objetivos en la acción del Estado: <<*Justicia es una de las cosas porque mejor, e mas enderecadamente se mantiene el mundo*>>, << *faciendo beuir a cada vno en paz, segund su estado*>>.

> España, más que ninguna otra comunidad medieval –dice Mayorga[219]-, había recibido y asimilado la influencia tanto del Derecho Romano como de la religión católica. Ambas, aunque inspiradas en móviles de distinta naturaleza, coincidían en dar a la justicia un puesto sobresaliente en el ordenamiento social, colocándola por encima de todas las virtudes, puesto que las comprende y perfecciona, tal como señalaba Aristóteles en la *Etica a Nicómaco* y Santo Tomás en la *Suma Teológica*. Sabían los españoles que tanto la libertad como la riqueza sólo tenían sentido en un régimen justiciero y bajo el imperio de la Ley. Más que la grandeza de la monarquía, aspiraban a crear un orden justo, a fin de no caer en el despotismo ni en la idolatría del Estado. Y aplicando el pensamiento político católico, reconocían que sólo la justicia daba existencia legítima a una comunidad.

Estos ideales se trasladaron de inmediato a la legislación indiana, siendo la Recopilación de las Leyes de Indias el más expresivo volumen de la voluntad y señorío de los reyes, y de todos los funcionarios del reino.

Cumplir con las leyes haciendo justicia fue la consigna esencial, y tal virtud era el sostén de *Las Partidas, ("Vicarios de Dios son los Reyes, cada uno en su Reyno, puestos sobre las gentes, para mantenerlas en justicia, e en verdad quanto en lo temporal"*), en la más pura doctrina escolástica.

La justicia del rey se proyectaba en todos los ámbitos del ejercicio, haciendo una diferencia notable e importante, entre quienes dirigían el Estado a través de actos de *justicia distributiva*, y los jueces del reino, con la función de realizar *justicia conmutativa*, es decir que la doctrina hispánica sigue a Aristóteles que había distinguido la justicia distributiva, "*de los honores, de la fortuna y de todas las demás ventajas que pueden alcanzar todos los miembros de la ciudad*" y la justicia conmutativa, "*que regula las condiciones legales de las relaciones civiles y de los contratos*".

> Informa Mayorga[220] que, al rey y a las autoridades superiores correspondía, en primer término, ejercer la justicia distributiva, mientras la conmutativa era normalmente del resorte judicial. También permanecía aquélla a los virreyes y gobernadores como ejecutores de la voluntad real y delegados administrativos. Y en tal sentido la aplicaban al repartir tierras o encomiendas a los conquistadores, al recomendar a los funcionarios o al proponer candidatos para llenar las vacantes eclesiásticas o civiles.

---

[219] Mayorga, Fernando, *La administración de justicia en el período colonial. Instituciones e instancias del derecho indiano*, en Revista Credencial, Historia, abril 2001, Bogotá, ps. 136 y ss.

[220] Ibídem, p. 138.

> En lo que toca al ejercicio de la función de la justicia conmutativa, debe señalarse que no existieron órganos con facultades exclusivamente jurisdiccionales, ni tribunales dedicados por entero al cumplimiento de esa función, como existen en los sistemas constitucionales modernos, en los que un poder del Estado se encarga especialmente de la tarea judicial.

Cabe observar que el período colonial no distingue efectivamente la separación de funciones en el poder, apareciendo cuatro espacios virtualmente independientes entre sí: el gobierno, la justicia, la guerra y la administración de la real hacienda, que derivaban todos del rey. Así por ejemplo, en virtud de una ficción legal que implicaba igualmente un homenaje a la soberanía del monarca, todos los magistrados impartían la justicia en nombre del rey, aunque no hubieran sido designados por él. Por eso los Alcaldes, que recibían su titulo del Cabildo, llevaban <<*la vara de la real justicia*>> símbolo a la vez de la jurisdicción y del sistema político que integraban.

Para Mayorga era muy extraño que no hubiera en este sistema magistrados encargados exclusivamente de esta función. El gobierno y la guerra quedaron a cargo de los virreyes, gobernadores y demás funcionarios menores; el manejo de la hacienda correspondía a los oficiales reales, pero la función judicial no tuvo magistrados autónomos[221].

Todos los jueces de primera instancia fueron a la vez mandatarios de otras categorías: los alcaldes ejercían también funciones administrativas en el gobierno comunal; los gobernadores, corregidores y tenientes acumulaban atribuciones políticas, militares y judiciales; los oficiales reales, además del cobro, cuidado y aplicación de las rentas podían perseguir a los deudores del fisco sin necesidad de recurrir a los tribunales.

Y si se analiza la organización de las Audiencias, que eran los tribunales superiores en América, es fácil advertir que a sus facultades predominantemente judiciales, unían otras de índole gubernativa, realizando idéntica acumulación.

> Pero la enumeración de estos magistrados –agrega Mayorga– no agota el complejo mecanismo de la justicia en Indias. La abundancia de los jueces y la diversidad de los fueros que por motivos diversos iban apareciendo en el escenario americano obligan al intento de una nueva clasificación de los tribunales que actuaron en América durante la época colonia.
>
> Pueden distinguirse, en efecto, cuatro categorías fundamentales de órganos jurisdiccionales, hubo *jueces capitulares, reales, eclesiásticos* y los que integraban el sistema de la Audiencia, sin contar con otros tribunales especiales de características propias, como el consulado, el protomedicato y el fuero universitario.
>
> Los *jueces capitulares* eran los que formaban parte o recibían su nombramiento de la corporación municipal. Alcaldes ordinarios, de la Santa Hermandad, de indios, de aguas, jueces de menores y algunos funcionarios auxiliares como los defensores de pobres y de menores, los escribanos del Cabildo, los alguaciles y los ministros, todos ellos integraban un sistema judicial constituido por magistrados electivos, que no recibían sueldo de la corona, carecían de títulos universitarios, desempeñaban casi siempre una función anual y dependían exclusivamente del Ayuntamiento. No era necesario tener conocimientos jurídicos para desempeñar esos cargos, pero sí era preciso ser vecino de la ciudad en donde iban a actual, y tener otras condiciones señaladas en las leyes. Completaban este sistema, aunque sin tener todas sus características, los alcaldes provinciales de la Santa Hermandad que adquirían su título en remate público y formaba parte del Cabildo a perpetuidad. El ayuntamiento era, a su vez, tribunal de alzada en juicios civiles de menor cuantía.

---

[221] Ibídem, p. 140.

Los *jueces reales* constituyen otro grupo completamente diferenciado del anterior. En él pueden agruparse los gobernadores, sus tenientes y los jueces comisionados nombrados por ellos; los capitanes generales y demás militares subalternos que actuaban en el fuero de la guerra; los oficiales de reales como magistrados encargados de conocer en los pleitos del fisco; los intendentes, sus asesores letrados y la Junta Superior de Real Hacienda; los virreyes; y por último, los jueces de residencia nombrados por el rey. Salvo estos últimos, que ejercían una magistratura limitada por su objeto, los demás desempeñaban el cargo por un plazo incierto que generalmente duraba varios años. Todos ellos recibían un sueldo fijo y eran nombrados directa o indirectamente por el soberano, ejerciendo al mismo tiempo funciones ejecutivas mucho más importantes que sus tareas judiciales. Tampoco necesitaban ser letrados para desempeñar el cargo, salvo asesores de intendencia que requerían tener esa condición. Integrando este sistema actuaban numerosos funcionarios auxiliares o ejecutores, como los escribanos, alguaciles, asesores letrados, tenientes de los oficiales reales, subdelegados de real hacienda, comandantes de armas, comisionados de justicia, administradores de rentas, etc. la denominación de jueces reales era común en la época, pero se empleaba con diversos significativos. A veces se hacia referencia a la justicia real por oposición a la eclesiástica, y otras comprendía tanto a los magistrados enumerados como a los oidores y demás jueces que integraban el sistema de la Audiencia.

Los *jueces eclesiásticos,* que debían ser religiosos y por lo general no pertenecientes a ordenes monásticas, se diferenciaban totalmente de los anteriores, que eran casi siempre legos, y a los cuales se les denominaba genéricamente como jueces seculares. Aquellos eran los obispos y arzobispos, los vicarios generales, capitulares y foráneos; los jueces conservadores; los capellanes castrenses, los jueces hacedores de diezmos; el tribunal de la santa Cruzada y el tribunal de la Inquisición. Eran peritos en el derecho canónico que de preferencia aplicaban, recibían su investidura directa o indirectamente del Sumo Pontífice, aunque el rey realizara la presentación del candidato. Y en razón de aquella investidura actuaban con independencia de las autoridades seculares, aunque excepcionalmente las audiencias podían modificar sus decisiones mediante los llamados recurso de fuerza.

Las *Audiencias* constituían los supremos tribunales indianos, en representación directa del monarca en cuyo nombre actuaban, pudiendo, incluso, corregir los abusos de los funcionarios. Como organismos colegiados estaban formados por los oidores, y su jurisdicción se ejercía generalmente en segunda o tercera instancia. Pero a su vez oidores se desempeñaban individualmente como jueces de provincia, de bienes de difuntos, comisionados de los virreyes en casos especiales, jueces de alzada en el fuero mercantil, integrando el tribunal del protomedicato y como alcaldes del crimen en Lima y en México. A su vez la Audiencia -o su presidente-podían nombrar a uno de sus miembros o a otra persona para actuar como *visitador, juez de comisión, juez pesquisidor, juez de tierras*, o para residencias a funcionarios que no eran de nombramiento real. Estos últimos eran magistrados, con poderes definidos en cada caso, y que se limitaban al desempeño de una determinada misión.

En cambio, *los oidores* ejercían un cargo vitalicio, eran nombrados por el rey con sueldo fijo y constituyeron durante la mayor parte de la época colonial la única magistratura ejercida por peritos en derecho, en cuya ciencia más de uno se destacó.

Quedaría incompleto el cuadro de la administración de justicia indiana si no se mencionara a los tribunales residentes en la península, de los cuales sin duda el de mayor importancia era el *Consejo Real y Supremo de las Indias*, que empezó a funcionar en agosto de 1524 y, en materias de justicia, ejercía el control de los tribunales que funcionaban en el Nuevo Mundo y tenía jurisdicción suprema en las causas judiciales. Para evitar el recargo de trabajo, en las Nuevas Leyes de 1542 se resolvió que en lo posible los pleitos concluyeran en las Audiencias de Indias, pudiendo solo elevarse al Consejo mediante el recurso de segunda suplicación, o cuando el rey por cédula especial así lo disponía. No obstante, mantuvo su competencia para resolver en definitiva los juicios de residencia de los

> funcionarios nombrados en España, los pleitos sobre encomiendas de Indios superiores a mil ducados, las causas de contrabando y las apelaciones de la Casa de la Contratación[222].

¿Porqué mostrar el cuadro histórico en estos párrafos?, pues, simplemente, para señalar que desde siempre la función judicial tuvo paradigmas en las acciones que se podían realizar. La aplicación de la ley era el objeto central de los tribunales en sus variadas competencias, mientras que el bien común solo era mentas del poder político.

Inclusive, después de la revolución francesa, se profundiza más la diferencia, sin tener demasiada influencia lo sucedido en Estados Unidos tras su propia revolución (con la influencia constitucional emergente), ni el famoso "*Marbury vs. Madison*" (que si bien abrió una importante brecha para la interpretación normativa no despejó la idea de que la función judicial es aplicar estrictamente la ley).

En suma, ni más ni menos que la reflexión pura de la desconfianza en los jueces que se nos transmite desde España, y que fue la fuente de inspiración de un sistema jurisdiccional que siendo el nuestro no respeta la idiosincrasia.

Al juez americano se le confiaron demasiadas cuestiones, y ello se recepta en los mecanismos constitucionales que los convierte en fiscales de la supremacía constitucional; también son magistrados de equidad resolviendo según su leal saber y entender aunque no se aplique ciegamente la ley; son tutores de la legalidad administrativa y valuartes de la seguridad jurídica que reclama el debido proceso sustancial.

Por eso, con tal cuadro de situación ¿es posible pensar que el juez americano debe aplicar la ley sin previa interpretación?; no es mejor recapacitar que nuestros jueces tienen la virtud de erigirse, por sus potestades naturales, en agentes del cambio social haciendo y creando el derecho para una sociedad que reclama por valores y ejemplos.

En definitiva, sin perder la imparcialidad que es la unción de su confianza, el juez está llamado a cumplir un oficio diferente al acostumbrado, tal como pretendemos observar en los párrafos que siguen.

> El papel asignado al juez en la moderna sociedad –dice Ruiz Pérez[223]- se aparta de las rigideces de la concepción que venía siendo tradicional. Hay que tomar posición entre aquellos dos puntos radicales y distantes: el que lo sitúa alejado y libre de influjos de la comunidad en que vive, preservado de toda contaminación al aplicar estrictamente la ley, y el que, a través de la concepción del conflicto social, lo considera particularmente sensible a las reivindicaciones de los más débiles, convertido en instancia de estos frente a las clases privilegiadas y al poder, siempre arbitrario y opresor. Entre ambas, está el juez sometido a la legalidad, pero integrado en la sociedad y partícipe de sus aspiraciones y de las valoraciones vigentes en su tiempo.

3. Breves apuntes sobre las teorías de la jurisdicción

Las teorías elaboradas sobre la naturaleza jurídica de la jurisdicción subrayan por lo general dos facetas: aquellas que analizan el aspecto puramente *subjetivo* de la cuestión, pretendiendo deducir de sus conceptos el servicio que presta la institución; y

---

[222] Ibídem, ps. 141 y ss.

[223] Ruiz Pérez, ob. cit., p. 166.

otros que prefieren desarrollar los contenidos *objetivos* de aquella, expuestos a partir de quienes la cumplen, sosteniendo en síntesis que, la jurisdicción la expresan los jueces y se manifiesta con sus sentencias.

En realidad, las posiciones sustentan criterios acordes con la época cuando se exteriorizan, siendo claro que en un primer momento, la ciencia procesal abordó el dilema jurisdiccional en la perspectiva de la tutela asistida para los derechos de los particulares, y como una descripción del fenómeno que por esos tiempos (siglo XIX) importaba el concepto de acción.

Luego vendrán los planteos sobre la preeminencia o preexistencia del derecho de fondo antes que el derecho procesal, o viceversa; para culminar en esta etapa con la noción sociológica que permite desenvolver al proceso como procedimiento para solucionar conflictos.

Estas primeras estaciones son las que germinan una ciencia nueva que, conseguida en los albores del siglo XX, desplaza el interés hacia los organismos que van a desdoblar las potestades jurisdiccionales, y esencialmente, en la determinación de cuáles serán las principales funciones: *actuar la voluntad de la ley; proteger los derechos sustanciales; crear el Derecho desde la sentencia*; etc. De este modo las orientaciones asumen perfiles que analizan el problema de la función jurisdiccional en la medida de los actos que realizan.

Por una vertiente asoman las teorías subjetivas que entienden al proceso civil como una herramienta al servicio de los intereses de los particulares. Desde esta perspectiva se elabora la noción de proceso como lucha entre partes y donde aparece Carnelutti edificando una corriente propia con su teoría de la litis[224].

La hora signaba una preocupación esencial, cual era mostrar la importancia del Estado como organizador de la convivencia armónica en base a un conjunto de disposiciones normativas orgánicas, que diferenciaban roles singulares cuando atendían al conjunto de la sociedad, o bien, al resolver conflictos entre conductas antagónicas.

De una parte se concreta la objetivación del ordenamiento jurídico; por otro, la identificación de la jurisdicción como una de las funciones del Estado.

> Claramente lo dice Ramos Méndez[225]: "Por una lado, frente al derecho subjetivo de los particulares, centro de atención de todas las teorías de la acción, se constata la existencia de las leyes que tienden a ordenar la conducta jurídica de los individuos. Estos son como el baremo que prevé con carácter general las actividades posibles de todos ellos, estableciendo su regulación conforme a derecho, su modo de devenir jurídicamente. Por otro lado, se distinguen en el Estado diversas funciones, cada una con una misión específica. Con toda facilidad se identifica la función del Estado que crea las normas jurídicas con validez general: la legislación. A las otras dos funciones, jurisdicción y administración, no les incumbe sino aplicar la norma al caso concreto, cada uno dentro de su específico cometido y según sus particularidades modos de proceder".

La proposición se reduce a reconocer en los jueces un verdadero *poder* delegado, que recibe del pueblo para que le resuelva sus controversias; que al mismo

---

[224] Carnelutti, *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, Tomo I, cit., p. 239.

[225] Ramos Méndez, Francisco, *Derecho y Proceso*, Bosch, Barcelona, 1978, p. 66.

tiempo, constituye un *deber* de prestación que se concreta en dictar sentencias, porque de no hacerlo, se deniega justicia a quien le encomendó esa tarea.

Conocido que la jurisdicción es un poder-deber sostenido en un monopolio o exclusividad mentado como atributo de la soberanía, resta saber para qué sirve.

Al respecto existen dos corrientes principales, sin perjuicio de las variaciones precedentemente expuestas: a) *resuelve conflictos o controversias*; o bien, 2) *actúa el derecho objetivo*.

Pero tal división exagera las funciones, porque es evidente que se puede solucionar el caso aplicando la ley pertinente. El problema, entonces, surge cuando el juez tiene que hacer una opción porque el derecho positivo le parece injusto, o porque resolviendo fuera del mismo pueda considerarse arbitrario.

Tenemos por cierto que el ejercicio de la actividad jurisdiccional emana de la misma necesidad de conciliar intereses en una sociedad civilizada. Si antes la figura del *pater familias*, el jefe del clan, el anciano regidor, etc., era de simple pacificador entre individuos con aspiraciones contrapuestas, en la actualidad se privilegian fines específicos de prevención a partir de un ordenamiento jurídico determinado; y de represión tendientes a penetrar en la causa del desvío procurando restablecer el orden primitivo.

Si fuera entonces finalidad de la jurisdicción resolver conflictos o controversias, encontraríamos una gran zona de actuación judicial que no ingresa en el terreno de la mera composición.

A su turno, si fuese de actuación del derecho objetivo, sería forzoso trazar distancias con los otros poderes del Estado que también aplican en su campo normas sustanciales.

Basados en la garantía fundamental que establece la jurisdicción en el concierto de los poderes del Estado se impone considerar la protección suprema que esa atribución significa, de modo tal que la télesis esencial de la *jurisdictio*, no sea tanto la de aplicar el orden jurídico preestablecido, como sí tomar el valor y respeto que esas normas ponderan al conjuro de un cuerpo jurídico superior.

De esta forma, a la jurisdicción no sólo cabe aplicar las leyes, sino controlar su constitucionalidad y fiscalizar la legalidad de los actos administrativos. Este sería el verdadero contrapeso del Poder Judicial, en el equilibrio pensado para los poderes del Estado.

Tomadas estas responsabilidades, siempre presentes en todo tipo de procesos, es natural concluir que el juez americano tiene actividades más amplias que el Europeo.

Una vez más se observa que mientras nuestros tribunales dinamizan las tres funciones al unísono; en Europa se condiciona y limita el oficio de acuerdo al sistema constitucional y al mecanismo procesal propio de cada proceso (es distinto el obrar en sede administrativa, respecto al tribunal constitucional, o cuando en los procesos particulares se enjuicia con la ley especial del caso).

¿Es mejor uno sobre el otro? La respuesta es complicada, al no ser manifiestamente expresivo que la eficacia sea elocuente para alguno; es más, en algunos sectores como la justicia constitucional, la tendencia a limitar el acceso a los Tribunales

Constitucionales europeos se tomó de requisitos o presupuestos del sistema difuso (caso concreto, petición de parte, actualidad del perjuicio, etc.); mientras que los americanos, ante la crisis del Estado de Derecho, echó mano a la jurisdicción concentrada en varios lugares del continente.

4. Los poderes del juez

Antes de continuar es menester aclarar que la tendencia a dar al juez mas posibilidades de actuar discrecionalmente, para evitar por ejemplo una ley procesal mezquina (cuando su aplicación sea puro ritualismo), o para interpretar las normas sustanciales dándole el sentido de justicia que al dictar sentencia exprese, no significa alentar que la propia función jurisdiccional sea hecha *ex lege* o *contra lege*; todo lo contrario, se trata solamente, de fomentar un sentido donde coincida la seguridad y la justicia.

> Hemos hablado –dice Ruiz Pérez[226]- de ley y de justicia, relacionándolas con la sociedad. Pero el epicentro de la administración de justicia, su verdadero protagonista, es el juez. Por la extensión e importancia de sus funciones, constituye la figura clave dentro de la maquinaria judicial. Su condición de jurista y de dispensador de justicia permite la ordenación equitativa de la convivencia. Por esta razón, la constante sociológica del juez es la de ser un factor de equilibrio en la comunidad en que vive; promueve la lucha contra la desarmonía y la injusticia e impone un orden dinámico para la pervivencia del derecho, como medio de instaurar la justicia, con lo que puede garantizarse a cada uno lo que de cada uno es.

La polémica se instaura en las potestades que tiene el juez cuando se enfrenta a la diatriba de su función: ¿*aplica a ciegas la ley que es injusta*? En este caso, la respuesta es simple: NO, porque tiene la posibilidad de interpretar toda norma cuyo empleo se solicita y adaptarla con las finalidades constitucionales.

¿*Puede vulnerar algunos principios cuándo el caso lo exige*? Aquí la solución es más difícil, y abre sendas y alternativas de improbable conciliación.

Algunas veces, cuando se trata de superar el obstáculo que significa una norma procesal (v.gr.: la prueba documental se debe acompañar con los escritos constitutivos del proceso) no hay tanto dilema, porque la verdad puesta como norte impide desconocer una realidad palpable. Los ejemplos del exceso ritual manifiesto son suficientes para demostrar la afirmación.

Otras son más cuestionables: ¿*puede ser resuelta una pretensión sobre la base de una prueba que el juez haya obtenido de su propia actividad*?. También en esto nos hemos pronunciado por la afirmativa, porque la adquisición de la prueba no es el producto de quien la ofrece o la produce, sino del interés en obtener un grado de certeza suficiente para arribar sin conflictos a una sentencia justa.

Algunas circunstancias son gravemente criticadas, como sucede con las resoluciones dictadas en la denominada *tutela de urgencia*, donde la bilateralidad se posterga (algunas veces, directamente no existe) y el derecho a la contradicción se elude amparado en la necesidad de actuar oportunamente.

---

[226] Ruiz Pérez, ob. cit., p. 170.

> En líneas generales, el trance sucede con dos tendencias, bien sintetizadas por Vallespín Pérez[227]: Un proceso privado de formas y abandonado a los criterios del juzgador comporta graves peligros en orden a conseguir el respeto inescrupuloso de la igualdad de las partes en el proceso. De igual modo, un proceso sustentado básicamente sobre la iniciativa de las partes, formalmente muy elaborado, da lugar a la dilatación del proceso y a la aparición de sentencias basadas en circunstancias forzadas o, en todo caso, no coincidentes en su totalidad con la realidad.

¿*Es constitucional la sentencia que no escucha a una de las partes*?. La contrariedad a zanjar estriba en el desplazamiento de una regla clásica y estereotipada del debido proceso. Inclusive, se ha repetido al hartazgo que se viola el derecho de defensa en juicio cuando se dicta un pronunciamiento sin oír a una parte, ni darle oportunidad para hacerlo.

Sin embargo, la tutela cautelar admite postergar el contradictorio y nadie duda de la constitucionalidad de las medidas precautorias; las que actualmente se han instalado en el terreno abonado por la *eficacia procesal* amparado en la necesidad de una tutela judicial segura y continua.

> No obstante, algún cono de sombra proyecta la reforma procesal española al incluir un sistema de audiencia previa, con carácter general, para disponer una medida cautelar; aunque a renglón seguido, tolera la procedencia "inaudita pars" en el régimen tradicional.
>
> Dice Vallespín Pérez que, en uno y otro caso, se respeta el principio de contradicción, hoy integrante del modelo constitucional de proceso justo, aunque en el primer caso se trataría de una audiencia previa a la concesión, y en el segundo de una contradicción diferida (inversión del contradictorio), pues la oposición a la adopción tendrá lugar en el plazo y forma fijados en los arts. 739 a 742 de la nueva LEC[228].

La crisis mayor asienta en las denominadas *medidas autosatisfactivas* donde se resuelve sin escuchar y de manera definitiva, al ser medidas que se agotan al concretarse (v.gr.: examen de los libros por el socio –art. 781, CPCC-).

> En otra obra sostuvimos que estas resoluciones no son medidas cautelares, aunque se les parecen; se tratan de medidas urgentes que resuelven sobre la urgencia y la verosimilitud del derecho, impidiendo que el respeto por las formas postergue una decisión que, siendo provisoriamente estimable, se anularía en su eficacia si se dictara tardíamente. Y será tardía, cuando los tiempos del proceso se cumplen en su deleznable mezquindad y sofisma (no olvidemos que los plazos del código, sumado a la contradicción necesaria, lleva a que 48 hs. se puedan convertir en una semana, o 10 días en un larguísimo mes). Estas tutelas urgentes tienen variables: a) sentencias anticipadas; b) medidas autosatisfactivas; ambas responden a este esquema de urgencia, que el garantismo resiste atacándolas por inconstitucional. Dicen que, al no respetar la bilateralidad y la contradicción, no respetarían el debido proceso[229].
>
> Pero, como ya se dijo, el proceso constitucional no es solo defensa en juicio, sino antes que todo, proceso útil y efectivo (no utilitarista, ni concreto, sino confiable y eficaz).

En toda las presentaciones surge como hecho a resaltar, el activismo que a los jueces se reclama y que propician el llamado "*decisionismo judicial*", que tantas resistencias provoca.

---

[227] Vallespín Pérez, David, *El modelo constitucional de juicio justo en el ámbito del proceso civil*, Atelier, Barcelona, 2002, p. 188.

[228] Ibídem, p. 177.

[229] Gozaíni, Osvaldo A., *Tratado de Derecho Procesal Civil*, Tomo I, La Ley, Buenos Aires, 2009, ps. 567 y ss.

Lo cierto es que nuestros jueces no están animados a un cambio tan grande, pese al clamoroso pedido de la sociedad que los pone en la vanguardia de una resistencia a la opresión.

Si queremos actuar con cautela será preciso armonizar las funciones con las posibilidades que el cuadro fundamental de las garantías otorga. Ello se nutre de los Tratados y Convenciones Internacionales sobre Derechos Humanos, que por su esencia, trascienden los acuerdos entre partes y las singulares conveniencias; después se integra con los principios y garantías constitucionales, y se acompaña con las leyes que van implementando las nuevas consignas.

> Efectivamente se ha abierto un espacio de investigación sobre los problemas prácticos del derecho judicial, donde el jurista práctico, el legislador, el docente, y los jueces suelen diferir en los enfoques aunque coincidan en el diagnóstico del caos y la asolación. Hay una realidad sociológico que no puede evitarse, porque muchos paradigmas no son tales, como tener a la ley como voluntad suprema del Pueblo; o que el Juez es el equilibrio en la distribución del Poder; o bien, que la Administración es independiente del poder legislativo; así, como muchos desatinos más que se repiten como verdades inciertas.
>
> Bien dice Lavilla[230] que, la función de control no se ejerce para hacer frente a los ataques a la Constitución procedentes del poder mismo; actos a los que, en principio y hasta que no se produzca la decisión del órgano que tiene encomendada la función de control, hay que reputar lícitos por haber sido adoptados con arreglo al procedimiento legal al efecto establecido y por no contravenir, desde el punto de vista material, la legalidad ordinaria.

5. Funciones que autoriza el sistema interamericano

Las facultades del juez en el proceso pueden ser estudiadas desde la plataforma sencilla de los principios y presupuestos procesales, de manera que se concreten las reglas de dirección material, el control disciplinario, el orden y la regularidad de los trámites, las potestades para usar la fuerza legitimada por el poder jurisdiccional, etc.

En este campo se exponen las polémicas sobre la interpretación entre "autoridad" y "autoritarismo" en el proceso; la iniciativa probatoria del juez; los efectos y alcance de principios como el dispositivo, o el de economía procesal, o bien, para resolver los límites objetivos y subjetivos de la cosa juzgada. Son temas y cuestiones de larga data y profusa bibliografía, donde hemos opinado a lo largo de este libro y a esas partes remitimos.

Otra visión se puede adoptar desde la finalidad, o la misión propiamente dicha que tienen los jueces en la sociedad. Acá deben circunscribirse algunos puntos cruciales en el debate; por ejemplo, ¿cuáles son las fronteras que se pueden cruzar en busca de la verdad?, ¿tiene que ser siempre el juez quien dirija todo el procedimiento?, ¿no es diferente, la acción que se realiza en un proceso constitucional respecto a uno civil, o penal?

En este último tramo es donde colabora la interpretación jurisprudencial y consultiva del sistema interamericano de derechos humanos, al corresponder las

---

[230] Lavilla Alsina, Landelino, *El control de constitucionalidad de las leyes*, discurso de apertura de los Tribunales, Servicio de Publicaciones de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia, Madrid, 1977.

garantías judiciales previstas en el art. 8º del Pacto de San José de Costa Rica, con el art. 25 del mismo cuerpo legal que clama por un "recurso sencillo y eficaz".

Lógicamente, a los fines de deducir nuevas reglas, la noción de *recurso* no se puede seguir desde el plano procesal: no se refiere el art. 25 a un medio de gravamen o a un mecanismo de impugnación; sino a una vía siempre disponible para reclamar por los derechos humanos que se consideren violados (v.gr.: recuérdese que en los estados de emergencia siempre será valedero el amparo y el hábeas corpus); la sencillez se relaciona con lo simple, que sea comprensible, adaptado a la urgencia de la pretensión, sin ritualismo ni solemnidades, es decir, en pocas palabras, un proceso que consiga ser eficaz en base a la confianza que surja de sus propios postulados.

La actuación judicial competente es vital para lograr resultados satisfactorios, porque en definitiva, la justicia la hacen los hombres y no las leyes ni los principios.

Por eso, una de las primeras garantías que se afianzan es la del "juez natural", donde la competencia funcional se acompaña con el deber de actuar positivamente; obligación que se acentúa cuando están en juego derechos humanos.

Este es uno de los aspectos más interesantes que trajo la jurisprudencia del Sistema interamericano, porque tras el deber de investigar en todo tipo de procesos, se elaboró una doctrina sobre la verdad como derecho, antes que como resultado probatorio, y desde allí se alteró la eficacia refleja de la cosa juzgada.

> La Corte ha determinado que toda persona, incluyendo los familiares de las víctimas de graves violaciones a derechos humanos, tiene el derecho a conocer la verdad. En consecuencia, los familiares de las víctimas y la sociedad deben ser informados de todo lo sucedido con relación a dichas violaciones[231].
>
> También ha considerado el contenido del derecho a conocer la verdad en su jurisprudencia, en particular en casos de desaparición forzada[232], lo cual ha sido sistematizado en el caso de la *Comunidad Campesina de Santa Bárbara vs. Perú*[233]. Si bien el derecho a conocer la verdad

---

[231] Cfr. *Caso Trujillo Oroza vs. Bolivia. Reparaciones y Costas*. Sentencia de 27 de febrero de 2002. Serie C Nº 92, párr. 100, y *Caso Comunidad Campesina de Santa Bárbara vs. Perú*, supra, párr. 264.

[232] Cfr. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras. Fondo, supra*, párr. 181; Caso *Chitay Nech y otros vs. Guatemala. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 25 de mayo de 2010. Serie C Nº 212, párr. 206; *Caso Gelman vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones*. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C Nº 221, párrs. 243 y 244; *Caso Uzcátegui y otros vs. Venezuela. Fondo y Reparaciones*. Sentencia de 3 de setiembre de 2012. Serie C Nº 249, párr. 240; *Caso Osorio Rivera y Familiares vs. Perú*, supra, párr. 220; *Caso de la Masacre de la Rochela vs. Colombia*, supra, párr. 147; *Caso Anzualdo Castro vs. Perú*, supra, párrs. 119 y 120, y *Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 25 de octubre de 2012. Serie C Nº 252, párr. 298. En un caso dicha consideración se realizó dentro de la obligación de investigar ordenada como una medida de reparación. Cfr. *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 26 de setiembre de 2006. Serie C Nº 154, párr. 148. Además, en otros casos se ha establecido que está subsumido en los artículos 8.1, 25 y 1.1 de la Convención, pero no se ha incluido dicha consideración dentro de la motivación del punto resolutivo respectivo. Cfr. *Caso Familia Barrios vs. Venezuela. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 24 de noviembre de 2011. Serie C Nº 237, párr. 291; *Caso González Medina y familiares vs. República Dominicana. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 27 de febrero de 2012. Serie C Nº 240, párr. 263, y *Caso Contreras y otros vs. El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 31 de agosto de 2011. Serie C Nº 232, párr. 173.

[233] Cfr. *Caso Comunidad Campesina de Santa Bárbara vs. Perú*, *supra*, párrs. 262 a 266.

> se ha enmarcado fundamentalmente en el derecho de acceso a la justicia[234], aquel tiene una naturaleza amplia y su vulneración puede afectar distintos derechos consagrados en la Convención Americana[235], dependiendo del contexto y circunstancias particulares del caso.
>
> En el caso *Tenorio Roca vs. Perú*[236], no estaba esclarecida la desaparición forzada de la víctima después de 32 años de efectuada la denuncia. Tampoco el Estado pudo determinar las responsabilidades correspondientes, y mantuvo la incertidumbre sobre si los restos encontrados y los que aún pudieran encontrarse en otras fosas son de la víctima de este caso. Al respecto, es necesario resaltar que en el marco de desapariciones forzadas, el derecho a conocer el paradero de las víctimas desaparecidas constituye un componente esencial del derecho a conocer la verdad. La incertidumbre sobre lo sucedido a sus seres queridos es una de las principales fuentes de sufrimientos psíquico y moral de los familiares de las víctimas desaparecidas. En virtud de lo anterior, la Corte declara la violación del derecho a conocer la verdad, en perjuicio de los familiares del señor Rigoberto Tenorio Roca. En este caso, como en otros, dicha violación se enmarca en el derecho de acceso a la justicia.

Por el conducto del derecho a la verdad se razona una función jurisdiccional intransferible, que se considera violación de la garantía del juez natural cuando quien juzga no investiga y, por tanto, vulnera el artículo 8.1 de la Convención, en relación con el artículo 1.1 de la misma.

Este tema que lo veremos en el capítulo sobre la prueba y el debido proceso, mueve a reflexionar si el deber de investigar para conseguir la verdad no conmueve el principio de bilateralidad y la igualdad procesal.

En los hechos relevados por la Corte no se mira esta cuestión porque canaliza sus respuestas desde el deber de garantizar la efectividad en la investigación de violaciones de los derechos humanos, donde se debe evitar omisiones en la recaudación de prueba y en el seguimiento de líneas lógicas de investigación[237].

---

[234] Cfr. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, supra, párr. 181; *Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala. Fondo*. Sentencia de 25 de noviembre de 2000. Serie C Nº 70, párr. 201; *Caso Barrios Altos vs. Perú. Fondo*, supra, párr. 48; *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, supra, párr. 148; *Caso La Cantuta vs. Perú*, supra, párr. 222; *Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá*, supra, párrs. 243 y 244, y *Caso Kawas Fernández vs. Honduras. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 3 de abril de 2009. Serie C Nº 196, párr. 117.

[235] En este sentido, en su estudio sobre el derecho a conocer la verdad, el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos recogió que distintas declaraciones e instrumentos internacionales han reconocido el derecho a conocer la verdad vinculado con el derecho a obtener y solicitar información, el derecho a la justicia, el deber de combatir la impunidad frente a las violaciones de derechos humanos, el derecho a un recurso judicial efectivo y el derecho a la vida privada y familiar. Además, en relación con los familiares de las víctimas, ha sido vinculado con el derecho a la integridad de los familiares de la víctima (salud mental), el derecho a obtener una reparación en casos de graves violaciones a los derechos humanos, el derecho a no ser objeto de tortura ni malos tratos y, en ciertas circunstancias, el derecho de las niñas y los niños a recibir una protección especial. *Cfr.* Informe de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. *Estudio sobre el derecho a la verdad*, U.N. Doc. E/CN.4/2006/91 de 9 de enero de 2006.

[236] Cfr. *Caso Tenorio Roca y otros vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 22 de junio de 2016. Serie C Nº 314.

[237] Cfr. *Caso de la Masacre de la Rochela vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 11 de mayo de 2007. Serie C Nº 163, párr. 158, y *Caso Defensor de Derechos Humanos vs. Guatemala, supra*, párr. 214.

Al respecto, en una de sus últimas decisiones[238] precisa que […]

> Cuando los hechos se refieren a la muerte violenta de una persona, la investigación iniciada debe ser conducida de tal forma que pudiese garantizar el debido análisis de las hipótesis de autoría surgidas a raíz de la misma[239]. En este punto, cabe recordar que no corresponde a la Corte analizar las hipótesis de autoría manejadas durante la investigación de los hechos y en consecuencia determinar responsabilidades individuales, cuya definición compete a los tribunales penales internos, sino evaluar las acciones u omisiones de agentes estatales, según la prueba presentada por las partes[240]. De igual modo, no compete a la Corte sustituir a la jurisdicción interna, estableciendo las modalidades específicas de investigación y juzgamiento en un caso concreto para obtener un mejor o más eficaz resultado, sino constatar si en los pasos efectivamente dados a nivel interno se violaron o no obligaciones internacionales del Estado derivadas de los artículos 8 y 25 de la Convención Americana[241]. La Corte recuerda que la falta de diligencia tiene como consecuencia que conforme el tiempo vaya transcurriendo, se afecte indebidamente la posibilidad de obtener y presentar pruebas pertinentes que permitan esclarecer los hechos y determinar las responsabilidades que correspondan, con lo cual el Estado contribuye a la impunidad[242].

Ahora bien, más allá de estas tareas propias de quien trabaja con derechos humanos, y en especial, las particularidades que tiene el proceso internacional de defensa, cabe interrogarse si es factible encuadrar estas misiones que delinea la Corte IDH para los jueces y autoridades jurisdicionales. En todo caso ¿cuáles son las misiones que se pueden explanar para todos los jueces?.

En líneas generales, el primer objetivo es superar las rigideces técnicas; evitar que las solemnidades del acceso condicionen la lectura de pretensiones viables que podrían ser entorpecidas por requisitos de legitimación; saber qué pasó en los hechos que se le plantean como casos controvertidos, con el fin de alcanzar la verdad; asumir que hay reglas tradicionales como la bilateralidad y la contradicción que en algunos procesos, como los constitucionales, se desplazan a aminoran; en suma, un juez comprometido con la sociedad donde vive y que lo quiere partícipe de sus necesidades y concluyente con sus reclamos.

6. El juez debe superar rigideces técnicas

---

[238] Cfr. *Caso Velásquez Paiz y otros vs. Guatemala. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 19 de noviembre de 2015. Serie C Nº 307.

[239] Cfr. *Caso Kawas Fernández vs. Honduras. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 3 de abril de 2009. Serie C Nº 196, párr. 96, y *Caso Defensor de Derechos Humanos vs. Guatemala*, supra, párr. 214.

[240] Cfr. *Caso Cantoral Huamaní y García Santa Cruz vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 10 de julio de 2007. Serie C Nº 167, párr. 87, y *Caso Defensor de Derechos Humanos vs. Guatemala*, supra, párr. 214.

[241] Cfr. *Caso Nogueira de Carvalho y otro vs. Brasil. Excepciones Preliminares y Fondo*. Sentencia de 28 de noviembre de 2006. Serie C Nº 161, párr. 80, y *Caso Defensor de Derechos Humanos vs. Guatemala*, supra, párr. 214.

[242] Cfr. *Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 1 de setiembre de 2010 Serie C Nº 217, párr. 172, y *Caso Defensor de Derechos Humanos vs. Guatemala*, supra, párr. 214. La impunidad ha sido definida por la Corte como la falta en su conjunto de investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y condena de los responsables de las violaciones de los derechos humanos. Cfr. *Caso de la "Panel Blanca" (Paniagua Morales y otros) vs. Guatemala. Excepciones Preliminares*. Sentencia del 25 de enero de 1996. Serie C Nº 23, párr. 173, y *Caso Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia*, supra, nota 184.

El proceso judicial tiene una lógica interior que es respetable y afirma en el modelo dispuesto una construcción para la seguridad jurídica. Quien conoce las reglas se somete a ellas con el fin de tener un sistema donde debatir en igualdad de condiciones y oportunidades.

Lo que el debido proceso no quiere, es que las formas se conviertan en rituales que constituyan una finalidad en sí mismas. Las solemnidades están al servicio de los derechos sustanciales y se han de adaptar con flexibilidades razonables al espíritu de usar el proceso para lograr justicia en el caso concreto.

Esta idea aflora desde hace largo tiempo en la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, de manera que no se puede poner de manifiesto como una regla nueva. Tan solo confirma una tendencia que instala un deber de la jurisdicción.

> Sin embargo, hay otra tendencia que en lugar de potenciar las facultades del juez, persigue despojarlo de la tarea de administración procesal, dejando en manos de un funcionario delegado toda la actuación procedimental, de manera que los formalismos se cumplan ante él, permitiendo entonces, que el juez dicte sentencia en forma oportuna y liberado de compromisos.
>
> La posibilidad se afirma partiendo de la base de sostener que, en toda Europa los tribunales están desbordados de trabajo. Desde hace algunos años, la creación de un tribunal europeo de primera instancia, además de la Corte de Justicia, prueba que en el ámbito del orden judicial europeo de la UE, *sensu estricto*, se están buscando soluciones para hacer frente a un creciente presión de trabajo y a una demanda de especialización.
>
> El Consejo de Europa, que ha estudiado el problema, ha sugerido en la Recomendación R(86) 12, evitar un aumento del volumen de las tareas no judiciales de los jueces y su reducción progresiva (en ciertos supuestos) confiando estas tareas a otras personas y otros órganos. En un anexo a esta recomendación se enumeran varios ejemplos de tareas de las que podrían descargarse a los jueces, teniendo en cuenta las características de cada país (cambios de nombre, reconocimiento de la paternidad, actas y registro de estados civiles, etc.).
>
> La "*Europäische Unión der Rechtspfleger*" (EUR) se ha tomado esta recomendación muy en serio y se ha puesto manos a la obra en la redacción de un estatuto modelo para el Jurista/Secretario de juzgado europeo. Para incrementar la eficacia de los tribunales y garantizar a los ciudadanos que los juicios se celebrarán en un plazo de tiempo razonable, propone la creación de una especie de órgano judicial independiente: el "*europäische Rechspfleger* (jurista/ secretario de juzgado)". Este dato debería retomarse en la legislación de cada país, de manera que las disposiciones legales puedan regular la transferencia de ciertas tareas judiciales, por ejemplo, las que atañen al derecho de familia, al derecho de sucesión, a la ciudadanía, a la imposición de multas, a la presentación de testigos, a la administración judicial, a estas nuevas instancias.
>
> El EUR se ha inspirado, de hecho, en los modelos existentes en Austria y Alemania, casi desconocidos en otros países. El "*Rechtspfleger*" es un órgano de la Justicia que se sitúa entre el juez y el secretario de justicia. El o ella no son magistrados, sin embargo, descarga al juez de una serie de tareas cuyas leyes de procedimiento prevén que normalmente pertenecen a la competencia. Con esta finalidad, convendría plantearse el tema, si procede, incluso la posibilidad de transplantar el modelo alemán y austriaco a otros piases, teniendo en cuenta las diferentes culturas del derecho existentes en Europa.

En otras oportunidades, la rigidez técnica puede conducir a situaciones irremediables que deben admitir elasticidades que impidan consagrar una auténtica injusticia. Es verdad que las reglas dicen una cosa, pero la razón lleva a caminos alternativos. Así fue "*leading case*", el pronunciamiento que sostuvo que, el carácter limitativo de las excepciones en los juicios ejecutivos no puede llevarse al extremo de

consagrar un exceso ritual manifiesto, incompatible con el ejercicio del derecho de defensa, lo que ocurriría -en el caso, en el que está en juego la vivienda del deudor y su familia- si se privase a la deudora de la posibilidad de alegar las modificaciones cambiarias y los remedios legales conducentes a paliar sus efectos, sin otro fundamento que la mera aserción dogmática señalada, ineficaz para excluir el análisis de los planteos atinentes a la teoría de la imprevisión y al ejercicio regular de los derechos[243].

> A veces el formalismo se expone en cuestiones simples y exageradas en las consecuencias que provoca. Por eso, existe exceso ritual manifiesto en el pronunciamiento que rechaza la queja por falta de copias de la resolución recurrida, de las actuaciones que dieron lugar a ella, y otros recaudos, si las circunstancias que por ello dice desconocerse el a quo surgen con claridad del escrito en que aquélla se dedujo (CS, 29 de junio de 1982, "*Caja Federal de Ahorro y Préstamo para la Vivienda c. Saravia, Juan C*.", Fallos, 304:950).
>
> También, debe dejarse sin efecto la resolución que incurre en arbitrariedad por exceso ritual manifiesto -en el caso, la que rechaza el pedido de que se fije nueva audiencia para recibir la declaración a un testigo propuesto por la defensa que no pudo prestar su testimonio por motivos de salud, si aquél era decisivo para esclarecer el hecho investigado-, pues tal situación configura una lesión al derecho de defensa del imputado -art. 18, Constitución Nacional-, toda vez que se otorga primacía a ritos caprichosos sobre la verdad jurídica objetiva (CS, 21 de marzo de 2000, "*D., E. E: y otro*", La Ley, 2000-C, 872, con nota de Augusto M. Morello - DJ, 2000-2-948).
>
> El tiempo es producto de numerosas observaciones, donde se señala que razones de justicia y equidad hacen que no deba incurrirse en un exceso ritual manifiesto, con directa violación del derecho de defensa, frustrando una justa expectativa del litigante, en desmedro de la verdad objetiva, frente a la exigüidad de la demora de presentación del recurso -cinco minutos-, haciendo excepción, dadas las particularidades del caso --una indisposición de salud del presentante-- a los principios de perentoriedad de los plazos procesales -art. 155, Código Procesal- y de extemporaneidad- (del voto en disidencia de los doctores Moliné O'Connor y Fayt) (CS, 22 de octubre de 1996 "*Duarte Meira, Enrique M. c. Dirección Gral. Impositiva*", La Ley, 1997-B, 112 - DJ, 1997-1-504).

Donde la temática queda de manifiesto claramente es con la apreciación de la prueba, que siendo posible reflejar con ella una verdad revelada, se deja de lado por la oportunidad o el tiempo cuando se introduce al proceso.

> Se ha dicho que corresponde dejar sin efecto la sentencia que -omitiendo considerar que dentro del sobre de reserva de la documental se encontraba el acta de nacimiento que acreditaba el vínculo de filiación invocado- rechazó el reclamo indemnizatorio por falta de prueba de la relación de parentesco con la víctima del accidente. Ello así, pues tal resolución supone interpretar el proceso como un conjunto de formas desprovistas de sentido y una renuncia consciente a la verdad jurídica objetiva en orden a un hecho decisivo para la solución del litigio, lo cual configura un exceso ritual manifiesto incompatible con el adecuado servicio de justicia que garantiza el art. 18 de la Constitución Nacional (CS, 26 de julio de 1983, "*Virardi de Moreno, Josefina N. y otro c. Fernández, Segundo F*.", Fallos, 305-944).

En síntesis, la doctrina de la Corte sobre el exceso ritual manifiesto exige -para su aplicación- que el sometimiento a las normas procesales signifique prescindir de la finalidad última que las inspira.

7. El juez debe atender las situaciones de urgencia

---

[243] CS, 8 de marzo de 1983 "*Burman, Leonardo c. Alvarez, Joaquín*", La Ley, 1983-B, 445 - JA, 983-II-446 - ED, 103-651.

El segundo paso a dar es más riesgoso, pero la aventura tiene justificativos porque se funda en resolver sobre la angustia y el derecho a una decisión pronta que llegue a la justa composición del conflicto, aunque no se cumplan las etapas y formalidades propias de las reglas del contradictorio.

Conviene advertir, entonces, si las normas y jurisprudencia del Sistema interamericano admiten, como lo hace el derecho interno, justificar la eficacia de la jurisdicción emitiendo providencias y resoluciones amparadas en la doctrina que toma el nombre de *tutela urgente en el proceso.*

Decimos que excede un modelo técnico para quedar instalado en una propuesta doctrinaria, porque aun cuando existen legislaciones que adoptaron estos formatos especiales de protección, no hay consenso absoluto y las alternancias se multiplican.

Los tipos dispuestos parten desde la *autonomía de las medidas cautelares*, evitando que éstas sean únicamente un soporte provisional de una eventual sentencia de condena. Desde allí, se aislan estas decisiones de la controversia central para tolerar que lo provisorio pueda tener efectos definitivos; o bien para anticipar un resultado manifiestamente previsible, sin tener que esperar los tiempos del proceso judicial.

Nosotros creemos que hay un gran dogmatismo en los fundamentos de esta separación entre tipos de tutela; declamaciones y llamados a la justicia que son vacías de contenido al no precisar cómo y de qué manera deben cumplirse. Para nosotros, a lo sumo, las particularidades se deben encontrar en las posibilidades (poderes-deberes; obligaciones-facultades; legalidad-discrecionalidad) que tiene el órgano jurisdiccional para actuar ante cada situación, donde la urgencia puede tener argumentos y motivos propios.

Así una tutela sumaria puede dar razón a quien la tiene en forma rápida y definitiva, mientras que la cautelar sólo persigue proteger la resolución definitiva que se pueda dictar, cuando con el tiempo se ponga en riesgo la tutela eficaz, sin que ello implique que quien obtenga la medida tenga razón en el fondo. Lo que nos parece inasible es separar la actuación sin tener reglas que pongan certeza a su aplicación; dicho en otros términos: las diferencias de la tutela no pueden obstruir la aplicación de garantías, principios y reglas del proceso civil, en cuyo caso, lo asimétrico puede estar en las formas (v.gr.: el debate sobre la bilateralidad; el alcance y extensión de la cosa juzgada, etc.), sin que ello afecte principios superiores de la ordenación procesal.

Una muestra de la inútil clasificación en los mecanismos de actuación jurisdiccional es separar por objetivos la decisión, porque todas ellas, en definitiva, deberán reunirse en torno de una sola providencia resolutoria. Por ejemplo, la variedad de tutelas puede encontrar que el juez actúe en forma *cautelar* (previniendo o asegurando el objeto); *ordinaria* (providencias de mero trámite, resolución de interlocutorias, sentencia definitiva); *diferenciada* (conforme se interprete que existe un derecho especial a la satisfacción rápida); *ejecutiva* (cuando hace cumplir por la fuerza la condena dispuesta). A su vez, cada una de ellas se representa en resoluciones propias de un modelo, como son la *tutela preventiva* (cautelar pura o de cautelar material –tutela inhibitoria-) y la *tutela urgente* que admite resoluciones anticipatorias o definitivas (de satisfacción inmediata).

Pero en conjunto, si no está suficientemente clara en sus desplazamientos provoca más inseguridades que certezas[244].

a) En este contexto es preciso obrar claramente para impedir que la actividad no se vea como un ejercicio de autoritarismo judicial. Sobre todo, porque los perfiles novedosos que se encuentran, en realidad tienen precedentes conocidos, solo que nominalmente se los presenta con denominaciones diferentes.

> La acción preventiva se define como aquélla […] "que persigue evitar el acaecimiento, repetición, agravación o persistencia de daños potencialmente posibles, conforme al orden normal y corriente de las cosas, a partir de una situación fáctica existente; existiere o no algún vínculo jurídico preexistente con el legitimado pasivo de ella. De tener éxito, se traducirá, por lo general, en una orden de hacer o de no hacer que busque revertir o modificar la situación fáctica que genera el riesgo de daño (o de persistencia o repetición) que justifica su promoción"[245].
>
> Actualmente, el artículo1711 del nuevo Código Civil y Comercial, establece: "La acción preventiva procede cuando una acción u omisión antijurídica hace previsible la producción de un daño, su continuación o agravamiento. No es exigible la concurrencia de ningún factor de atribución".

La definición podría ser la misma para la tutela inhibitoria, pero lo preventivo supone, además de un mandato específico de hacer o no hacer, adelantarse al peligro y eludir la actuación *ex post facto.* Se trata de llegar a tiempo con la resolución judicial, que es provisoria pero suficiente.

Por supuesto que hay adversidades propias del conservadorismo jurídico[246], sin que puedan explicar en la oposición el rol preventivo que tuvieron y tienen, por ejemplo, todas las posibilidades de actuación preventiva del código procesal (alineados con el control de la conducta en el proceso, que supone no solo contabilizar medidas

---

[244] Es muy interesante la reflexión de Ramos Romeu al analizar las medidas de satisfacción inmediata al sostener que […] "no es difícil ver el inconveniente de las medidas autosatisfactivas. Primero, al generalizar lo que debe ser objeto de conocimiento del juez y permitir la tutela de cualquier tipo de pretensión, las probabilidades de que se produzcan errores judiciales se incrementan drásticamente. Está por ver si lo que se gana en celeridad está justificado por este mayor riesgo de errores. No está claro que en pretensiones complejas se vaya a poder otorgar una tutela rápida. Por muy rápido que se quiera ir, si el caso es complejo, para reducir el riesgo del error no quedará más remedio que demorar la decisión. Segundo, al eliminar la carga del demandante de instar un juicio sobre el fondo, se incrementa el riesgo de que su pretensión no tenga ningún fundamento y de que, en realidad, no sea deseable la tutela" (Ramos Romeu, Francisco, *Las medidas cautelares civiles,* Atelier, Barcelona, 2006, p. 54).

[245] Peyrano, Jorge W., *La acción preventiva*, LexisNexis- Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2004, p. 36.

[246] El garantismo sintetiza su oposición al sostener, en prieta síntesis, que el mandato preventivo no es una potestad jurisdiccional, sino administrativa o ejecutiva y, en algunos casos, legislativa. Las resoluciones llevadas a cabo sin litigio, de oficio, con el fin de alterar una situación de hecho que redunde en un beneficio a la sociedad, es una potestad deliberativa, parlamentaria o, también, ejecutiva. El Poder Judicial no debe sustituir los otros poderes del Estado, aunque adolezcan de eficacia, puesto que el remedio a corto plazo será más pernicioso que la enfermedad a evitar. La permisión a las sucesivas adjudicaciones de facultades legislativas o ejecutivas por parte de un individuo, aunque sea magistrado, redundará en graves perjuicios ya que socavará las bases institucionales donde se asienta el Estado de Derecho. Una orden emanada del Poder Judicial tendiente a evaluar, alterar o suprimir determinadas políticas (entendidas como un conjunto de decisiones administrativas) en determinada materia, de alcance general, viola la división de poderes puesto que dicha decisión es de exclusiva competencia del Poder Ejecutivo, en su aplicación, y del Poder Legislativo, en su regulación..

coercitivas o conminatorias, sino también, expulsar al que perturba la audiencia; en la actuación oportuna prevista en los arts. 623 *bis* y 623 *ter*, que disponen una acción preventiva para aventar el daño temido y hasta instrumentan un procedimiento singular aun con errores técnicos más que notables.

En nuestra opinión, la tutela preventiva reclama mayores exigencias procesales que resguarden el equilibrio o facilite el control sobre el principio de proporcionalidad. En la dimensión de los "nuevos derechos", como los que se vinculan con el derecho a la salud, al desarrollo, a la inclusión social; o los más difundidos como la protección del usuario y consumidor, o los derechos ambientales, se torna expreso y manifiesta la necesidad de actuar mandatos de urgencia destinados a impedir o cesar comportamientos lesivos.

No es propiamente una tutela inhibitoria sino la expresión de una función jurisdiccional de tipo preventivo (por lo autónomo) no cautelar (porque es independiente del proceso principal). Brasil la denomina "tutela específica" (art. 461 del código procesal federal) y se dirige a proteger un derecho de contenido material sin convertir la reparación en un equivalente al daño infringido, sino que, antes bien, inhibe la práctica del acto contrario o del daño, o determina un resarcimiento *in natura* o el cumplimiento de la prestación en forma específica, o tal y como fue contratada[247].

b) Otro modelo es la *tutela anticipatoria.* Aquí lo anticipado es el resultado de fondo, sea total o parcialmente. Por eso, la coincidencia se puede encontrar en el objeto de la pretensión o en los efectos de la cosa juzgada. En la legislación comparada, el código de proceso civil de Brasil establece que: "*El juez podrá, a requerimiento de parte, anticipar total o parcialmente, los efectos de la tutela pretendida en la petición inicial, desde que, existiendo prueba inequívoca, se convenza de la verosimilitud de la alegación y: I. Exista fundado temor de daño irreparable o de difícil reparación, II. Esté caracterizado el abuso del derecho de defensa o el manifiesto propósito retardatorio (malicioso) del demandado*". Por su parte, el ordenamiento procesal del Perú, en su artículo 618 dispone: "*Medida Anticipada: además de las medidas cautelares reguladas, el juez puede adoptar medidas anticipadas destinadas a evitar un perjuicio irreparable o asegurar provisionalmente la ejecución de la sentencia definitiva*".

Se transcriben ambos códigos para confrontar las tendencias recién dichas. Cuando se quiere anticipar la pretensión la provisionalidad es la característica, y la posibilidad de reversión la contracara o reserva del derecho. El adelanto es sobre la petición (v.gr.: pretensión indemnizatoria que se solventa parcialmente con la sentencia anticipatoria) y los presupuestos se corresponden con los de las medidas cautelares, es decir, verosimilitud del derecho, peligro en la demora, y posibilidad de afianzamiento[248].

---

[247] Marinoni, Luiz Guilherme, *El derecho fundamental de acción en la Constitución brasileña,* Boletín Mexicano de Derecho Comparado, 27 de abril de 2008.

[248] Para Berizonce, medida anticipatoria es aquella que apunta a la satisfacción inmediata total o parcial de la pretensión contenida en la demanda cuando de la insatisfacción pueda derivarse un perjuicio irreparable. Son cuatro los presupuestos de procedencia: 1) prestación de contracautela; 2) que los efectos de la resolución anticipatoria sean fácilmente reversibles; 3) prueba inequívoca de la atendibilidad del

En cambio, cuando el anticipo trabaja sobre los efectos de la sentencia, cabe hacer una diferencia según el pronunciamiento sea *provisional* (v.gr.: alimentos provisorios urgentes; sentencia ejecutiva), y como tal revisable y pendiente del proceso principal que lo subordina; respecto de las *sentencias anticipatorias*, propiamente dichas, que asignan un tipo de cosa juzgada diferente a la formal y material, y que podría ser instalada en un grupo nuevo, como *cosa juzgada anticipatoria.* En estas la *res judicata* opera cuál los efectos de la preclusión, de modo tal que la consolidación del estado jurídico (sobre bienes, cosas o personas) si no puede ser revertido ante una sentencia desfavorable, sólo cambiará con un crédito emergente del pronunciamiento (v.gr: los ahorristas que percibieron por anticipado los fondos depositados que estaban afectados por la ley de emergencia, al declararse a constitucionalidad de las normas, deberían devolver lo percibido –más allá de la ecuación que resolvió la Corte que, en la práctica, igualó las diferencias-, pero si demuestran que se consumieron o que no los tienen, los bancos solo podrían reclamar la devolución por la ejecución de sentencias, usando al pronunciamiento como titulo ejecutorio).

La duplicidad muestra que no son dos caras de una identidad, sino fisonomías diferentes con particularidades también distintas. La tutela anticipada forma parte del elenco de las "tutelas de urgencia", y le permite al juez satisfacer la pretensión antes de llegar a la sentencia final. Para hacerlo la certeza es ineludible, la urgencia debe ser manifiesta, y la posibilidad de revertir el anticipo un elemento esencial para el test de admisión.

En funcionamiento, la tutela anticipatoria exige más que la verosimilitud en el derecho. La proximidad con la certeza es el estado ideal, al punto que no se podría adelantar el resultado con la mera posibilidad que surge del presupuesto cautelar, pero sería factible cuando la sumatoria de probabilidades aumenta la certidumbre. Lo manifiesto por su evidencia palpable y clara es el punto de partida que posibilita plantear la pretensión.

Luego debe ser analizado el riesgo que importa no resolver de inmediato, por el peligro de tornar inútil la decisión de fondo o de ver frustrado el derecho. La irreparabilidad del perjuicio en los tiempos normales del litigio es la pauta, pero no el fundamento. El peligro en la demora es cautelar, mientras que la urgencia fundada es propio de la tutela anticipatoria. No puede trabajar aislada de la certeza absoluta, pues allí donde exista un alea o eventualidad de tener soluciones distintas, anula la procedencia.

La bilateralidad con el derecho a la contradicción permanente genera otra diferencia con lo cautelar puro, pues no se elimina en la especie.

La anticipación de la sentencia es coincidencia con la pretensión material, no con las prevenciones de naturaleza cautelar que se pueden conseguir, por ejemplo, con las acciones preventivas. Un buen ejemplo de ello surge con el juicio de escrituración, donde el embargo (medida cautelar) obstruye la disposición del bien objeto del juicio principal, pero donde el embargante no puede usar la cosa hasta que tenga sentencia

---

planteo del requirente, recaudo que revela que es menester una fuerte probabilidad de que la posición del requirente sea la jurídicamente correcta; 4) la concurrencia de una suerte de plus del requirente por sobre "el peligro en la demora" corriente en las medidas cautelares (Berizonce, Roberto O., *Tutela anticipada y definitoria*, J.A. 1996- IV, 741).

definitiva; mientras que un despacho favorable de carácter anticipatorio, le daría la disposición inmediata.

Finalmente, la irreversibilidad es una traba para que se autorice el adelanto que beneficia al que pretende (el actor, desde que se trata de resolver anticipadamente la pretensión, no la resistencia), porque es de la esencia de este mecanismo, la provisionalidad; vale decir, la solución instantánea pero no definitiva, en cuyo caso, de tornar de imposible devolución las cosas al estado anterior, vuelve en un crédito emergente de la sentencia (título ejecutorio), que no significa accionar de regreso.

c) Finalmente están las *medidas autosatisfactivas*. Decisiones urgentes que ponen en peligro el principio de bilateralidad pues supone que cuando alguien pide ante los jueces un derecho que es manifiesta e indudablemente claro, no será necesario escuchar a la otra parte pues no hay espacios para lo provisorio, y la urgencia en resolver sea evidente.

> Pico i Junoy sostiene que […] "se trata de medidas que se adoptan en un procedimiento que podríamos calificar de sumarísimo, en el que sólo se pretende la protección expedita y rápida del actor debido a la situación de urgencia que requiere su tutela, y nada más[249]. El carácter sumarísimo se deduce de la posibilidad de adoptarse la medida autosatisfactiva sin audiencia del demandado. Su derecho a la defensa se posterga a la formulación del recurso de apelación contra la sentencia en la que se adopte la medida[250] o al proceso declarativo posterior [251] (la elección de una vía defensiva excluye la otra). Así, como destaca

---

[249] Calderón Cuadrado, advierte del riesgo de la sumarización de la tutela cautelar, cuando afirma: "Sin embargo, una y otra [la medida cautelar conservativa y la anticipatoria], sin distinción, si no están en función de una sentencia del proceso principal, si no se ha establecido ese nexo de unión entre ambos, sino que se solicitan con la intención de convertirse en definitivas, se corre el riesgo de modificar su naturaleza y convertirlas de medidas cautelares en procesos sumarios" (*Las medidas cautelares indeterminadas en el proceso civil*, Cívitas, Madrid, 1992, p. 80).

[250] El despacho de la medida tiene lugar, en opinión de algunos autores, mediante sentencia (cfr. Gardella, *Medidas autosatisfactivas: principios constitucionales aplicables. Trámite. Recursos*, en "J.A.", 9 de diciembre de 1998, nº. 6119, p. 18; o Riol, *La cosa juzgada en relación a las medidas autosatisfactivas*, en "Medidas autosatisfactivas", ob. cit., p. 360), y esta sentencia podrá desplegar, en última instancia, eficacia de cosa juzgada material (cfr. Riol, *La cosa juzgada en relación a las medidas autosatisfactivas*, ob. cit., ps. 360-361; y García Sola, *Medidas autosatisfactivas: la excepcionalidad de su procedencia. Aproximaciones para su categorización. Particularidades de su trámite*, en "Medidas autosatisfactivas, ob. cit., p. 287).

[251] En este caso, como es obvio, la primera sentencia deberá carecer de eficacia de cosa juzgada material: si es posible un posterior proceso declarativo para que el demandado inicial pueda discutir con todas las garantías (de alegación y prueba) los hechos que originaron la primera sentencia y éste opta por interponer una demanda para iniciar dicho proceso, se deberá concluir en la falta de cosa juzgada material. Sin embargo, algún autor entiende erróneamente que la sentencia sí tiene eficacia de cosa juzgada si los hechos discutidos han desaparecido debido a la medida autosatisfactiva. Así, García Sola mantiene que "si la resolución hace lugar a la medida y cumplida ésta autoconsume toda la materia litigiosa, es evidente que en los hechos (la sentencia) tiene carácter definitivo y hace cosa juzgada material" (*Medidas autosatisfactivas: la excepcionalidad…,* ob. cit., p. 287); y Riol afirma que "en los supuestos en que haya desaparecido el sustento fáctico que dió lugar a la medida, la resolución de la autosatisfactiva causará estado de cosa juzgada material. Si, por ejemplo, se ha logrado a través de una autosatisfactiva el cese de las vibraciones del inmueble vecino que causaban molestias al peticionante, ya no será posible volver atrás y modificar esa situación que benefició a aquél y, probablemente, impidió algún tipo de actividad al causante de las vibraciones. Sin embargo, el destinatario de la medida, si bien no podría atacarla por un recurso que sería inconducente e improcedente, sí podría iniciar un posterior

> Marinoni[252], la clásica tutela cautelar se transforma en técnica de sumarización para con ello lograr superar la ineficacia del procedimiento ordinario y obtener una sentencia rápida y capaz de hacer efectivo el derecho material reclamado" [253].

Para comprender cabalmente el modelo, primero es necesario responder a su objetivo. Las medidas de satisfacción inmediata son providencias que anticipan un resultado coincidente con la pretensión principal, tornando innecesario continuar con el trámite del proceso, al quedar cumplido su objeto con la decisión adoptada.

La presentación de ellas supone trabajar con los requisitos de la tutela de urgencia y particularmente de la tutela anticipatoria. Vale decir, certidumbre absoluta sobre la fehaciencia del derecho que se invoca; evidencia notoria y sin necesidad de prueba corroborante, más la necesidad imperiosa de solucionar cuanto más rápido se pueda para evitar un perjuicio irreversible. Con estos requisitos se plantea la pretensión

---

juicio de daños y perjuicios para obtener el resarcimiento si existió un menoscabo en el ejercicio de algún derecho tutelado por el ordenamiento jurídico. Pero esa pretensión no reabriría el debate judicial sobre la misma cuestión de hechos y derecho, ya resuelta en la autosatisfactiva, sino que se dirigiría a resarcir" (ob. cit., ps. 361/362). A mi entender, dice Joan Pico, ambos autores incurren en el error de confundir cosa juzgada con ejecución. En todos los casos, es posible iniciar un segundo proceso debido a la falta de cosa juzgada de la primera sentencia: si los hechos discutidos en el primer proceso son reversibles, podrán volverse a discutir y condenar al inicial beneficiado por la medida autosatisfactivas a restablecer la situación fáctica a la misma situación que estaba antes del primer proceso (así, en el ejemplo que propone Riol, la medida autosatisfactiva contenida en la sentencia ordenando el cese de la vibraciones del inmueble vecino provocará, como es obvio, la desaparición del "sustento fáctico que dio lugar a la medida", esto es, las vibraciones. Pero ello no impide que tales vibraciones puedan volver a producirse -imaginemos que surgían de una maquinaria cuyo funcionamiento se ha paralizado- si, en el segundo proceso, se acredita que la inicial parte actora tenía, por cualquier motivo, el deber de soportarlas, pero ello no pudo acreditarse en el primer proceso debido a la falta de audiencia del demandado o bien su limitación. Precisamente, lo que en un segundo proceso debe poder discutirse, en toda su plenitud, es si el demandado tenía derecho a realizar las citadas vibraciones, o si éstas eran de escasa intensidad, etc. Los hechos justificadores de la medida evidentemente habrán podido desaparecer debido a la ejecución de la misma, pero el carácter reversible de tales hechos permite que puedan volverse a discutir y solicitar). De igual modo, si los hechos discutidos en el primer proceso son ya irreversibles (imaginemos, por ejemplo, a un enfermo oncológico que logra como medida autosatisfactiva la rápida realización de un tratamiento radioterápico en un centro sanitario), también podrán discutirse en un segundo proceso si bien, debido al carácter irreversible de los hechos que justificaron la adopción de la medida, ya no podrá solicitarse la restitución de los hechos al estado anterior a la práctica de la medida, pues ello será imposible, sino su correspondiente conversión económica (indemnización de daños y perjuicios). En estos casos, ciertamente, no será posible volver atrás y modificar la inicial situación que benefició al solicitante de la medida, pero ello no será debido –como indican García Sola y Riol- a la cosa juzgada material de la primera sentencia sino, simplemente, a la imposibilidad de ejecutar lo contrario de lo ordenado en la primera sentencia, por lo que en el segundo juicio, aún discutiéndose los mismos hechos, deberá ejercitarse una acción de resarcimiento económico por los daños y perjuicios que la medida haya podido causar. La ausencia de cosa juzgada de la sentencia plantea muchos interrogantes, tales como el carácter jurisdiccional de la decisión judicial, o la imposibilidad de conocer el mismo juez que haya decretado la medida autosatisfactiva el posterior proceso declarativo que pueda iniciarse (sobre la debida protección de la imparcialidad de este juez (cfr. Pico i Junoy, Joan, *La imparcialidad judicial y sus garantías: la abstención y recusación*, Bosch, Barcelona, 1998, ps. 97/ 98 <nota 267 y 115>).

[252] Pico i Junoy, *De las medidas cautelares, a las medidas autosatisfactivas ¿un avance del derecho procesal?*, ob. cit., p. 2.

[253] Marinoni, Luiz Guilherme, *Novas linhas do Processo Civil*, Malheiros, Sâo Paulo, 1996 (2ª ed.), p. 75. De igual modo, vid. Bedaque, José Roberto, *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematizaçâo)*, Malheiros, Sâo Paulo, 1998, ps. 24/26.

urgente que, como tal, no es una medida cautelar, porque no persigue la satisfacción provisional sino la obtención de un resultado pleno.

La certidumbre inicial que se exhorta ante los jueces para que sean éstos quienes decidan, da lugar a la cuestión siguiente: ¿Es suficiente para obrar la función jurisdiccional de conocimiento y ejecución, acordando efectos de cosa juzgada, a una pretensión que no tiene posibilidades de resistencia, más allá del control de razonabilidad y prudencia que el tribunal ejerza? Probablemente sea muy riesgoso afirmarlo, pero si se intercala entre el pedido y la decisión una etapa de bilateralidad, se resuelve –en nuestro parecer- la inconstitucionalidad manifiesta que surge de ser negada.

Inmediatamente aparece otro motivo de esclarecimiento: ¿se trata de oír, nada más? ¿se puede ofrecer prueba en contrario? ¿la petición de medidas de satisfacción inmediata requieren prueba que acredite el derecho más que verosímil?

La bilateralidad que vemos necesaria es para confrontar argumentos y razones, no desarrollos probatorios que parecen innecesarios cuando el conflicto versa entre certezas (es decir, con evidencias suficientes). A lo sumo la prueba es documental o anticipada, logrando de ella la certidumbre que se pide para actuar de inmediato (v.gr.: si se realizó como prueba *ante tempus* una experticia que pretende demostrar los efectos nocivos de la contaminación que produce un desecho industrial, y practicada dictamina la verdad de la hipótesis, la demanda de satisfacción inmediata puede plantear cuál si fuera una tutela inhibitoria, el cese de las emanaciones; cuya satisfacción coincide con la eventual pretensión principal si fuese propuesta como demanda central de la prueba antes producida).

Por eso, la medida de ejecución plena e inmediata no tiene autonomía porque, en realidad, lo que se agota con la decisión y el cumplimiento, es el objeto de la pretensión, no así el procedimiento que sigue pendiente de las actuaciones procesales que el afectado podrá deducir (recursos, incidente de nulidad, proceso con discernimiento más amplio).

El trámite exige una sentencia que cierre el circuito para que sea un proceso (todo proceso es bilateral y contradictorio), en cuyo caso, es preciso advertir que la bilateralidad (la existencia de otra parte) existe, aunque los tiempos no sean iguales a los que suscita un juicio de conocimiento (no urgente), y que la medida de satisfacción inmediata no es la sentencia, sino una providencia de tipo cautelar (urgente) que deviene en resolución definitiva con la sentencia de mérito que la fundamenta, o en su caso, homologa lo actuado ante la urgencia[254].

---

254 Para Falcón […]: "La medida autosatisfactiva es una tutela cautelar anticipada que no se agota con su despacho favorable, ya que la autosatisfactiva es la consecuencia de que la contraria admita que ese despacho favorable interino se transforme en definitivo. De lo contrario quedaría flotando en la nada, si bien en los hechos se hubiese satisfecho el interés del requirente. Si no se sigue el proceso de conocimiento, ya sea planteándolo el requirente o mediante una intimación al requerido para que apele a medida (ya que en principio la medida autosatisfactiva no caduca, ni se extingue, debido a la anticipación tutelar), ejerza los derechos que le correspondan bajo apercibimiento, podría solicitarse durante todo el tiempo de la prescripción, el reclamo por pago de lo que no se debe, o devolución de la pretensión otorgada. Debido también al hecho de que la medida se toma inaudita pars, el perjudicado por la medida tiene derecho, también durante todo el tiempo de la prescripción, a reclamar su derecho, si no es cerrado el proceso debidamente con el debate dialéctico correspondiente" (*Tratado de derecho procesal civil y comercial*, tomo IV, cit., p. 887).

Pensar en las medidas de satisfacción inmediata como procedimientos autónomos, o como innovación en las funciones jurisdiccionales que carecen del modelo típico del método judicial de debate, tiene para nosotros dos inconvenientes de naturaleza constitucional: *a)* De aceptarse que es un despacho singular que torna innecesaria la promoción de un proceso porque ya se consiguió el objeto que en éste se debiera plantear, supone generar una providencia de naturaleza administrativa (no jurisdiccional, porque resuelve una demanda que no quiere ser pretensión, porque ésta exige sustanciación) que, al afectar el derecho de terceros a quienes no se escucha, es inconstitucional; *b)* si acordamos que hay sustanciación por mínima que sea, hay garantías, principios y reglas que se deben cumplir para que haya proceso; y para ser tal culmina, únicamente, con la sentencia fundada que la Norma Fundamental instala entre las garantías del debido proceso. Si es una providencia, o un despacho, no será la sentencia debidamente fundamentada que piden las normas básicas mencionadas.

d) Veamos ahora si estas proyecciones destinadas a dar a la jurisdicción una eficacia que redunde en el debido proceso son permeables en el Sistema Interamericano. En tal sentido desde el comienzo conviene recordar que la función cautelar es propia en los órganos (Comisión y Corte) que han dicho […]

> El artículo 63.2 de la Convención Americana dispone que, "[e]n casos de extrema gravedad y urgencia, y cuando se haga necesario evitar daños irreparables a las personas, la Corte, en los asuntos que esté conociendo, podrá tomar las medidas provisionales que considere pertinentes. Si se tratare de asuntos que aún no estén sometidos a su conocimiento, podrá actuar a solicitud de la Comisión"[255].
>
> Las medidas provisionales tienen un carácter excepcional, y están referidas a una situación específica temporal y, por su propia naturaleza, no pueden perpetuarse indefinidamente[256]. En razón de su competencia, en el marco de medidas provisionales la Corte debe considerar únicamente aquellos argumentos que se relacionen estricta y directamente con la extrema gravedad, urgencia y necesidad de evitar daños irreparables a las personas. Es así que, a efectos de decidir si se mantiene la vigencia de las medidas provisionales, el tribunal debe analizar si persisten dichos requisitos que determinaron su adopción, o bien si nuevas circunstancias igualmente graves y urgentes ameritan su mantenimiento[257].

Pero este es un poder cautelar que anida en la trascendencia de los derechos humanos afectados. Son temas relevantes que revisan los órganos, sin que esa actuación signifique dar relevancia constitucional propia a los actos realizados preventivamente. Distinto es valorar su importancia en el concepto global del debido proceso o afincarlo

---

255 *Cfr. Asunto James y otros*. Medidas Provisionales respecto de Trinidad y Tobago. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 14 de junio de 1998, considerando 6, y *Asunto Pobladores de las Comunidades del Pueblo Indígena Miskitu de la Región Costa Caribe Norte*. Medidas Provisionales respecto de Nicaragua. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 23 de noviembre de 2016, Considerando 2.

256 Cfr. *Asunto Clemente Teherán y otros (Comunidad Indígena Zenú). Medidas Provisionales respecto de Colombia*. Resolución de la Corte IDH de 1 de diciembre de 2003, Considerando 3, y *Caso Rosendo Cantú y otra*. Medidas Provisionales respecto de México. Resolución de la Corte del 23 de junio de 2015, Considerando 30.

257 Cfr. *Asunto James y otros. Medidas Provisionales respecto de Trinidad y Tobago*. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 29 de agosto de 1998, Considerando 6, y *Asunto Fernández Ortega y otros*. Medidas Provisionales respecto de México Resolución de la Corte IDH de febrero de 2016, Considerando 2.

en las garantías del cumplimiento de la sentencia, porque lo cautelar puro (no sus variaciones y extensiones que tienen singularidad y perfiles propios, como la tutela urgente o las de satisfacción inmediata) no tiene naturaleza fundamental como sí lo posee el proceso donde se inserta y al que responde.

A lo sumo, la singularidad que tiene la tutela cautelar es el poder de la jurisdicción para otorgar la medida que considere más idónea y efectiva, siendo la elección discrecionalidad de las facultades, más no una tutela diferente que actúe con independencia del proceso donde interviene.

La dimensión de lo cautelar, en definitiva, tiene que definir sus alcances. La transformación de lo cautelar en posibilidades de actuación jurisdiccional menos definidas por la legislación, pero factibles en el marco de los poderes–deberes de la función, intervienen para reclamar certidumbres allí donde existe la posibilidad de ordenar sin ley que lo admita.

El actual Reglamento de la Comisión IDH acentúa el poder cautelar del organismo con el texto siguiente:

> 1. Con fundamento en los artículos 106 de la Carta de la Organización de los Estados Americanos, 41.b de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 18.b del Estatuto de la Comisión y XIII de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, la Comisión podrá, a iniciativa propia o a solicitud de parte, solicitar que un Estado adopte medidas cautelares. Tales medidas, ya sea que guarden o no conexidad con una petición o caso, se relacionarán con situaciones de gravedad y urgencia que presenten un riesgo de daño irreparable a las personas o al objeto de una petición o caso pendiente ante los órganos del Sistema Interamericano.
>
> 2. A efectos de tomar la decisión referida en el párrafo 1, la Comisión considerará que:
>
> a) La "gravedad de la situación", significa el serio impacto que una acción u omisión puede tener sobre un derecho protegido o sobre el efecto eventual de una decisión pendiente en un caso o petición ante los órganos del Sistema Interamericano;
>
> b) la "urgencia de la situación" se determina por la información que indica que el riesgo o la amenaza sean inminentes y puedan materializarse, requiriendo de esa manera acción preventiva o tutelar; y
>
> c) el "daño irreparable" significa la afectación sobre derechos que, por su propia naturaleza, no son susceptibles de reparación, restauración o adecuada indemnización.
>
> 3. Las medidas cautelares podrán proteger a personas o grupos de personas, siempre que el beneficiario o los beneficiarios puedan ser determinados o determinables, a través de su ubicación geográfica o su pertenencia o vínculo a un grupo, pueblo, comunidad u organización.
>
> 4. Las solicitudes de medidas cautelares dirigidas a la Comisión deberán contener, entre otros elementos:
>
> a) los datos de las personas propuestas como beneficiarias o información que permita determinarlas;
>
> b) una descripción detallada y cronológica de los hechos que sustentan la solicitud y cualquier otra información disponible; y
>
> c) la descripción de las medidas de protección solicitadas.
>
> 5. Antes de tomar una decisión sobre la solicitud de medidas cautelares, la Comisión requerirá al Estado involucrado información relevante, salvo cuando la inmediatez del daño potencial no admita demora. En dicha circunstancia, la Comisión revisará la decisión adoptada lo más pronto posible o, a más tardar, en el siguiente período de sesiones, teniendo en cuenta la información aportada por las partes.

6. Al considerar la solicitud, la Comisión tendrá en cuenta su contexto y los siguientes elementos:

a) Si se ha denunciado la situación de riesgo ante las autoridades pertinentes, o los motivos por los cuales no hubiera podido hacerse;

b) la identificación individual de los propuestos beneficiarios de las medidas cautelares o la determinación del grupo al que pertenecen o están vinculados; y

c) la expresa conformidad de los potenciales beneficiarios, cuando la solicitud sea presentada por un tercero, salvo en situaciones en las que la ausencia de consentimiento se encuentre justificada.

7. Las decisiones de otorgamiento, ampliación, modificación y levantamiento de medidas cautelares serán emitidas mediante resoluciones fundamentadas que incluirán, entre otros, los siguientes elementos:

a) La descripción de la situación y de los beneficiarios;

b) la información aportada por el Estado, de contar con ella;

c) las consideraciones de la Comisión sobre los requisitos de gravedad, urgencia e irreparabilidad;

d) de ser aplicable, el plazo de vigencia de las medidas cautelares; y

e) los votos de los miembros de la Comisión.

8. El otorgamiento de estas medidas y su adopción por el Estado no constituirán prejuzgamiento sobre violación alguna a los derechos protegidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos u otros instrumentos aplicables.

9. La Comisión evaluará con periodicidad, de oficio o a solicitud de parte, las medidas cautelares vigentes, con el fin de mantenerlas, modificarlas o levantarlas. En cualquier momento, el Estado podrá presentar una petición debidamente fundada a fin de que la Comisión deje sin efecto las medidas cautelares vigentes. La Comisión solicitará observaciones a los beneficiarios antes de decidir sobre la petición del Estado. La presentación de tal solicitud no suspenderá la vigencia de las medidas cautelares otorgadas.

10. La Comisión podrá tomar las medidas de seguimiento apropiadas, como requerir a las partes interesadas información relevante sobre cualquier asunto relacionado con el otorgamiento, observancia y vigencia de las medidas cautelares. Dichas medidas pueden incluir, cuando resulte pertinente, cronogramas de implementación, audiencias, reuniones de trabajo y visitas de seguimiento y revisión.

11. En adición a lo expresado en el inciso 9, la Comisión podrá levantar o revisar una medida cautelar cuando los beneficiarios o sus representantes, en forma injustificada, se abstengan de dar respuesta satisfactoria a la Comisión sobre los requerimientos planteados por el Estado para su implementación.

12. La Comisión podrá presentar una solicitud de medidas provisionales a la Corte Interamericana de acuerdo con las condiciones establecidas en el artículo 76 del presente Reglamento. Si en el asunto se hubieren otorgado medidas cautelares, estas mantendrán su vigencia hasta que la Corte notifique a las partes su resolución sobre la solicitud.

13. Ante una decisión de desestimación de una solicitud de medidas provisionales por parte de la Corte Interamericana, la Comisión no considerará una nueva solicitud de medidas cautelares, salvo que existan nuevos hechos que así lo justifiquen. En todo caso, la Comisión podrá ponderar el uso de otros mecanismos de monitoreo de la situación.

La pormenorizada explicación enfatiza muchas condiciones para la procedencia de la potestad que tiene raíz en el artículo 33 de la CADH, que instala a la Comisión como órgano competente, y que en orden a lo dispuesto por el artículo 41.b) puede –cuando lo estima conveniente– formular recomendaciones a los Estados miembros para

que adopten disposiciones apropiadas para fomentar el debido respeto a los derechos humanos.

El art. 18.b) del Estatuto de la Comisión IDH le permite hacer recomendaciones a los gobiernos de los Estados para que adopten medidas progresivas en favor de los derechos humanos, dentro del marco de sus legislaciones, de sus preceptos constitucionales y de sus compromisos internacionales. El inciso d) indica que también podrá solicitar que los gobiernos de los Estados le proporcionen informes sobre las medidas que adopten en materia de derechos humanos.

Por su parte el artículo 19 (siempre del Estatuto) dice:

> En relación con los Estados partes en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Comisión ejercerá sus funciones de conformidad con las atribuciones previstas en aquella y en el presente Estatuto y, además de las atribuciones señaladas en el artículo 18, tendrá las siguientes:
>
> a) Diligenciar las peticiones y otras comunicaciones, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 44 al 51 de la Convención;
>
> b) Comparecer ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los casos previstos en la Convención;
>
> c) Solicitar a la Corte Interamericana de Derechos Humanos que tome las medidas provisionales que considere pertinentes en asuntos graves y urgentes que aun no estén sometidos a su conocimiento, cuando se haga necesario para evitar daños irreparables a las personas;

La amplitud de facultades razona junto a los motivos que la Comisión expuso al reformar el Reglamento que comenzó a regir el 1° de agosto de 2013.

> La Resolución 1/2013 justificó que fuera alterado el régimen cautelar con la idea de fortalecer la capacidad de gestionar en forma independiente y autónoma; sin perjuicio de conciliar la seguridad jurídica con la flexibilidad necesaria para responder a los requerimientos de las víctimas y personas en riesgo.

En este sentido afirmó que las medidas cautelares debían ser controladas en su aplicación con el seguimiento de relatores en cada país donde se debían ejecutar, con la finalidad de adoptar la práctica de solicitar un plan de trabajo o cronograma de implementación de medidas de corto y largo plazo en asuntos de especial complejidad.

Las tres premisas de justificación son el *daño inminente*, la *gravedad comprobada* y el fin de evitar *daños irreparables*. La posibilidad de hacerlo se considera sobre la base de "recomendaciones" que la Comisión puede señalar a los Estados parte para que adopten disposiciones apropiadas para fomentar el debido respeto a los derechos humanos[258]. También se afirma que la potestad cautelar proviene del mismo Sistema Interamericano que fluye del régimen convencional al que las partes adhieren y se comprometen a respetar.

Todo lo dicho justifica la actuación precautoria de la Comisión IDH, pero no significa que se altere la naturaleza jurídica de las medidas cautelares del derecho interno, ni que las facultades conferidas sean transmisibles a los jueces del derecho interno.

---

[258] Faúndez Ledesma, Héctor, *Sistema Interamericano de protección de los Derechos Humanos*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José de Costa Rica, 2004, p. 379.

Es indudable que los progresos en materia cautelar se muestran en la autonomía que consigue la institución, mediante disposiciones de contenido precautorio o reparativo, que se aplican sin la necesidad de previsionar el resultado futuro de un proceso al que adscriben. También es cierto que no hay dudas sobre la eficacia que genera, aunque la modalidad tenga implícita el riesgo de la autoridad jurisdiccional que la ordena y la posible colisión con algunas reglas básicas del debido proceso (bilateralidad y contradicción, entre ellas)

En algunas situaciones, como anticipamos, se nomina la actividad como *tutela diferenciada*, cual si fuese un derecho de los justiciables hacia el Estado. Vale decir que se promueve la autonomía del sistema cautelar que podría tener sustento en el artículo 2 de la CADH respecto a que puedan tomarse medidas de otro carácter necesarias para hacer efectiva la protección de tales derechos y libertades.

Por ello, en un primer momento fue entendido como un derecho hacia los legisladores, para que adopten y prevean los mecanismos legales adecuados para brindar una tutela efectiva. Esto implica que el legislador debe establecer: *a)* una tutela eficaz particular que le sea inherente a cada tipo de derecho, *b)* la oportunidad en que deba actuarse dicha tutela y *c)* el contenido de la misma. Asimismo, también debe establecer las técnicas de aceleración del proceso que sean adecuadas para cada caso.

> No obstante, sostener que la diferencia proviene de ser un derecho exigible al legislador, torna el derecho en un programa a cumplir antes que en una realidad emergente de su práctica. Y aplicar este criterio a la extensión del poder cautelar a organismos sin jurisdicción, puede llevar al debate aun abierto (pero en franca debilidad argumental para el sector que lo niega) sobre la posibilidad de que sean los árbitros quienes dispongan medidas cautelares[259].

Mientras ello no ocurre, establecer medidas cautelares de posible decisión por un órgano que carece de imperio para ordenarlas y de poder de ejecución particular, surge contraproducente para un régimen donde se procura adhesión voluntaria.

e) Por su parte la Corte IDH puede dictar *medidas provisionales* que tienen, por definición, un sentido diferente a las medicas cautelares. Las primeras son efímeras; la transitoriedad asienta en quedar dispuestas para situaciones de emergencia que deben ser resueltas de inmediato, pero como son momentáneas, su vida útil es precaria. Las cautelares, en cambio, son respuestas de urgencia de carácter preventivo (evitar que algo se pierda) o asegurativo (resguardar una situación de futuro). Las dos mantienen su eficacia mientras perdure la situación que les dio origen.

Cuando unas y otras se ordenan en un proceso jurisdiccional, la decisión adoptada también impacta en la validez que se busca para garantizar el cumplimiento de una sentencia eventualmente favorable. El fundamento que las autoriza se encuentra en la incidencia del tiempo en el proceso, el cual, naturalmente, ocupa un largo plazo hasta que llega al reconocimiento del derecho. La lentitud de la justicia se cubre preventivamente con estas medidas, obrando como paliativos de los riesgos que puede llevar la tardanza en obtener un pronunciamiento judicial[260].

---

[259] Gozaíni, *Tratado de Derecho Procesal Civil*, tomo I, cit., p. 723.

[260] Gozaíni, *Tratado de Derecho Procesal Civil*, tomo I, cit., ps. 557 y ss.

Las exigencias operan también como reaseguro de la sentencia, de modo tal que, además del interés de quien las pide, está el del mismo órgano jurisdiccional que pretende asegurar la ejecución forzosa. De allí que una medida provisional posea también naturaleza tuitiva o de protección especial; mientras las cautelares son disposiciones predominantemente procesales.

En el Sistema Interamericano, y particularmente en los dos órganos que lo implementan, existen con diferencias de nombres estas actuaciones de utilidad ante la gravedad y urgencia. La reglamentación puntual y detallada que tiene el reglamento de la Comisión bajo el título "*Medidas precautorias*" se reitera en el artículo 27 del reglamento de la Corte, esta vez con el enunciado de "*Medidas provisionales*".

Los pares tienen simetría en la extensión que dedican a estos aspectos, pero en el caso de las resoluciones de tipo cautelar que adopta la Corte, los presupuestos son distintos y las circunstancias reglamentadas distan de necesitar tan elaborada explicación, al versar sobre cuestiones circunstanciales.

Con ello queremos afirmar que hay diferencias entre las medidas precautorias de la Comisión y las provisionales que decide la Corte. Para nosotros ambas son providencias cautelares, solo que tienen preocupaciones desiguales. Las de la Comisión, por el aprieto que sufre la obligatoriedad de cumplimiento; las de la Corte, por situaciones de contingencia y reglamentación.

El artículo 27 referido, en la parte que ahora nos ocupa, dice […]

> 1. En cualquier estado del procedimiento, siempre que se trate de casos de extrema gravedad y urgencia y cuando sea necesario para evitar daños irreparables a las personas, la Corte, de oficio, podrá ordenar las medidas provisionales que considere pertinentes, en los términos del artículo 63.2 de la Convención.
>
> 2. Si se tratare de asuntos aun no sometidos a su conocimiento, la Corte podrá actuar a solicitud de la Comisión.
>
> 3. En los casos contenciosos que se encuentren en conocimiento de la Corte, las víctimas o las presuntas víctimas, o sus representantes, podrán presentar directamente a esta una solicitud de medidas provisionales, las que deberán tener relación con el objeto del caso.
>
> […]

Las medidas que la Corte IDH pondera tienen una finalidad preventiva, sin atender la faz conservatoria. Como tienen base convencional la obligatoriedad está, por vía de principio, dogmatizada; pero las que no tienen ese asiento, como aquellas previstas en el artículo 27 inciso 5° (que pide el presidente cuando la Corte IDH no está reunida) pueden quedar con el margen de cuestionamiento que sufren las precautorias dispuestas por la Comisión.

Otra particularidad está en la disposición de oficio, en los términos del artículo 63.2 de la CADH; o a petición de parte en los casos que tengan relación con la causa que se sustancia.

En el caso *García Uribe y otros vs. México* ([261]) se aclaró el sentido de esta disposición […]

---

[261] Corte IDH. *Asunto García Uribe y otros vs. Estados Unidos Mexicanos.* Resolución de 2 de febrero de 2006 (Solicitud de medidas provisionales presentada por la Comisión IDH).

> Que el artículo 63.2 de la Convención Americana dispone que […]: "En casos de extrema gravedad y urgencia, y cuando se haga necesario evitar daños irreparables a las personas, la Corte, en los asuntos que esté conociendo, podrá tomar las medidas provisionales que considere pertinentes. Si se tratare de asuntos que aun no estén sometidos a su conocimiento, podrá actuar a solicitud de la Comisión".
>
> Que la frase "asuntos que aun no estén sometidos a su conocimiento" contenida en el artículo 63.2 *in fine* de la Convención Americana supone que al menos exista una posibilidad de que el asunto que motiva la solicitud de medidas provisionales pueda ser sometido a conocimiento del tribunal en su competencia contenciosa.
>
> Que de conformidad con una interpretación integral de la Convención Americana se desprende que para que exista una mínima posibilidad de que la Corte conozca el asunto que motiva la solicitud de medidas provisionales debe haberse iniciado ante la Comisión el procedimiento establecido en los artículos 44 y 46 a 48 de la Convención Americana. En consecuencia, no es suficiente que la Comisión señale que ha conocido tal asunto únicamente en su procedimiento reglamentario de medidas cautelares.
>
> Que de lo anterior se desprende que la Corte solo puede adoptar medidas provisionales cuando la Comisión Interamericana haya al menos registrado e iniciado el conocimiento de una petición conforme a sus normas reglamentarias pertinentes, sin que sea necesario que esta decida sobre la admisibilidad o fondo de la misma.

En este lugar, si las provisiones preventivas razonan sobre el derecho del que las pide, se debe zanjar el predominio mayor, esto es, si corresponde al derecho material que se alega y fundamenta, o si basta, en su caso, con demostrar la urgencia y la presunción de buena fe que delinean como presupuestos los códigos procesales, y que parecen ajenos al reglamento creado.

Finalmente, en esta presentación del tema, será preciso ver el funcionamiento del inciso 2° del artículo 27 que regula los asuntos donde la Corte no interviene, y puede dictar medidas provisionales solicitadas por la Comisión; dando lugar a una eventual autonomía de lo cautelar, si recordamos que el sometimiento del caso a la Corte es discrecional y contingente.

En este aspecto, si lo provisional es un remedio contra los riesgos del tiempo por el peligro que encierra para una persona; la resolución del conflicto en un proceso aparece, *prima facie*, necesario para la solución definitiva. En consecuencia, la medida cautelar emerge como accesoria o instrumental de otro proceso al que accede para asegurar su eficacia. Y si ello no se origina, quedaría la precautoria como una medida disciplinada con una autonomía que dejaría a lo provisorio con estabilidad relativa.

En síntesis, superando el problema de definición, e interpretando que lo provisorio también es cautelar, los presupuestos de liquidez y claridad del derecho para gozar de una protección transitoria, como la acreditación del peligro que lleva a la rapidez por resolver, no acoplan en el procedimiento ante la Corte con la misma necesidad que exige un proceso común. Los requisitos *objetivos* anidan en dos espacios concurrentes: extrema gravedad o peligro para las personas; y urgencia para tomar la decisión con el fin de evitar daños irreparables. El recaudo *subjetivo*, en cambio, está limitado a las víctimas, las presuntas víctimas, o sus representantes, siempre que tengan relación con el objeto del caso. La facultad de la Corte para ordenar de oficio estas medidas se dan en cualquier estado del procedimiento.

Por tanto, son cuestiones reglamentarias que no impactan en el control de convencionalidad que cada juez realice en su jurisdicción, porque no hay simetría en los hechos ni es posible espejar las condiciones de admisión requeridas.

En cambio, puede haber un estándar de protección y prevención, instalando a las personas como principal objeto de atención. Se trata de evitar la ocurrencia de daños irreversibles, como pueden ser el derecho a la vida y a la integridad personal, con una mirada amplia e integral de estos derechos.

> En este sentido, para el Sistema Interamericano, el derecho a la vida no admite enfoques restrictivos y comprende no solo el derecho de todo ser humano de no ser privado de la vida arbitrariamente, sino también el derecho a que no se generen aquellas condiciones que le impidan o dificulten el acceso a una existencia digna[262]. Con esta perspectiva, por ejemplo, en el caso de la *Comunidad Yakye Axa vs. Paraguay*, la Corte IDH decidió analizar si el Estado ―generó condiciones que agudizaron las dificultades de acceso a una vida digna de los miembros y si, en ese contexto, adoptó las medidas positivas apropiadas para satisfacer esa obligación, que tomen en cuenta la situación de especial vulnerabilidad a la que fueron llevados, afectando su forma de vida diferente (sistemas de comprensión del mundo diferentes de los de la cultura occidental, que comprende la estrecha relación que mantienen con la tierra) y su proyecto de vida, en su dimensión individual y colectiva, a la luz del *corpus juris* internacional existente sobre la protección especial que requieren los miembros de las comunidades indígenas, a la luz de lo expuesto en el artículo 4 de la Convención, en relación con el deber general de garantía contenido en el artículo 1.1 y con el deber de desarrollo progresivo contenido en el artículo 26 de la misma, y de los artículos 10 (Derecho a la Salud); 11 (Derecho a un Medio Ambiente Sano); 12 (Derecho a la Alimentación); 13 (Derecho a la Educación) y 14 (Derecho a los Beneficios de la Cultura) del Protocolo Adicional a la Convención Americana en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y las disposiciones pertinentes del Convenio No. 169 de la OIT[263].

8. El juez debe conocer la verdad de los hechos

La función judicial no puede empeñarse en hacer justicia articulando un proceso que trabaje sobre ficciones. El deber de las partes para exponer la verdad de los hechos, se debe acompañar con el juez facilitando en la etapa probatoria los medios necesarios para adquirir certeza suficiente.

> En lo expuesto podemos hacer remisión al capítulo respectivo de este libro, pero vale agregar lo dicho por la Corte Nacional, en el sentido de afirmar que, en el ejercicio de la función judicial no cabe prescindir de la preocupación por la justicia, pues es deber de los magistrados asegurar la necesaria primacía de la verdad objetiva sin que nada excuse la indiferencia de los jueces al respecto en la misión de dar a cada uno lo suyo (CS, 11 de agosto de 1981, "*Matadero Frigorífico Moderno Arnaldo Velardez, S. A.*", ED, 96-358).

No podemos olvidar que, la función de los jueces, comprometida con la búsqueda de la verdad para adoptar decisiones justas, no puede limitarse a los elementos que le son suministrados por las partes y debe hallarse en permanente disposición de decretar y practicar pruebas de oficio, de evaluar y someter a crítica las allegadas al proceso y de evitar, con los mecanismos a su alcance, las hipótesis procesales que dificulten o hagan imposible el fallo.

---

[262] Corte IDH. *Asunto Instituto de Reeducación del Menor vs. Paraguay*, sentencia de 2 de setiembre de 2004, párr. 156; *Asunto Hermanos Gómez Paquiyaur vs. Perú*, sentencia de 8 de julio de 2004, párr. 128; *Asunto Myrna Mack Chang vs. Guatemala*, sentencia de 25 de noviembre de 2003, párr. 152; Asunto *Niños de la Calle (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala*, sentencia de 11 de Setiembre de 1997, párr. 144; *Asunto Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*, sentencia 17 de junio de 2005, párr. 161.

[263] Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*, Sentencia 17 de junio de 2005, párr. 163.

Sucede que, la verdad material se encuentra por encima de los requisitos formales y la renuncia consciente a ella es incompatible con el servicio de justicia, pues nada excusa la indiferencia de los jueces respecto de la objetiva verdad en la misión de dar a cada uno lo suyo.

En el orden internacional, la Comisión IDH suele decir que el derecho a la verdad se fundamenta en los artículos 8 y 25 de la CADH, en la medida que ambos son *instrumentales* en el establecimiento judicial de los hechos y circunstancias que rodean la violación de un derecho fundamental. El derecho se enraíza en el artículo 13.1 de la Convención, en cuanto reconoce el derecho a buscar y recibir información, y por ello, sobre el Estado recae una obligación positiva de garantizar información esencial para preservar los derechos de las víctimas, asegurar la transparencia de la gestión estatal y la protección de los derechos humanos.

9. El juez debe acompañar el conflicto social

La función social que se reclama de los jueces no lleva a suponer que ellos la evadan o la tornen inexistente. De hecho son múltiples las manifestaciones que dan muestras suficientes de la adaptación permanente de las sentencias a la realidad donde se insertan.

El derecho a la salud, la protección de la mujer en la violencia de género, la tutela del menor, el derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, el derecho de consumo, son apenas un testimonio de la evolución habida en el ordenamiento jurídico social del que los jueces han sido protagonistas señeros.

El análisis que se propone es otro. Consiste en dar una pauta de conducta cuando la solución del conflicto necesita eludir alguna regla o pauta del proceso; sea formal (v.gr: un plazo), o sustancial (v.gr.: dar patrones de cumplimiento en un contrato), y hasta constitucional (v.gr.: extender los alcances de la cosa juzgada a quienes no han sido partes).

La justicia suele presentarse como “de acompañamiento”, donde la razón de la crisis permite eludir reglas estrictas para alcanzar una solución justa y proyectada al clamor social.

> Es que, por debajo de lo que las leyes parecen decir literalmente, es lícito indagar lo que quieren decir jurídicamente y si bien no cabe prescindir de las palabras de la ley, tampoco hay que atenerse rigurosamente a ellas cuando una interpretación sistemática así lo requiera, dado que la misión judicial no se agota con la remisión a su letra, ya que los jueces, en cuanto servidores del derecho y para la realización de la justicia, no pueden prescindir de la *ratio legis* y del espíritu de la norma (del dictamen del Procurador General) (Fallos, 305:973).

Esta es una primera lectura en un asunto común. Interpretar la ley es una potestad del juez que no se puede controvertir ni limitar, y el sentimiento de hacer justicia se emparenta directamente con este poder. La alta misión de hacer justicia que corresponden a los integrantes del Poder Judicial y la necesaria confianza que en él han de depositar los ciudadanos e instituciones del país en aras del bien común y de la paz social se contraponen con cualquier interpretación que, so color de fundarse en ellos,

significique detraer de los jueces naturales el conocimiento de las causas radicadas ante sus estrados[264].

> Claro está que la misión más delicada de los jueces es saber mantenerse dentro de su órbita, sin menoscabar las funciones que incumben a otros poderes del Estado, de modo de preservar el prestigio y la eficacia del control judicial, evitando así enfrentamiento estériles (CS, 26 de marzo de 1996, "*B., N. H.*", La Ley, 1996-C, 538 - DJ, 1996-2-425).
>
> Lo que se quiere transmitir es que, la primera fuente de inteligencia de la ley es su letra, pero la misión judicial no se agota con ello, ya que los jueces, en cuanto servidores del derecho para la realización de la justicia, no pueden prescindir de la intención del legislador y del espíritu de las normas, todo esto, a su vez, de manera que las conclusiones armonicen con el ordenamiento jurídico restante y con los principios y garantías de la Constitución Nacional (CS, 19 de octubre de 1995, "*Dessy, Gustavo G.*", La Ley, 1996-C, 316, con nota de Isidoro H. Goldenberg - DJ, 1996-2-97).
>
> Criterio que se reitera hasta llegar a concluir que ningún juez puede prescindir de la intención del legislador y del espíritu de la norma, todo de manera que las conclusiones armonicen con el ordenamiento jurídico restante y con los principios y garantías de la Constitución Nacional (CS, 26 de abril de 1983, "*Perón, Juan D., suc.",* La Ley, 1983-C, 139 - ED, 104-625, p. 139).

Desde esta posibilidad abierta, se continúa con la potestad de modificar cláusulas inconvenientes con la libertad de contratar, o cuando la manifestación de voluntad no sea libre o esté previamente condicionada, o directamente se evidencia abusiva, y por tanto, merezca la protección judicial que el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación instala como principio central cuando aparecen en las relaciones jurídicas situaciones de abuso.

> Si bien el código es nuevo, no lo es la aplicación dispuesta, pues podemos observar que cuando se trata de multas o intereses punitorios, mientras no se haya demostrado un perjuicio cierto por la aplicación de una pena tan gravosa como la estipulada como cláusula penal, es privativo de los jueces reducirla a márgenes de razonabilidad, máxime si admitir la aplicación lisa y llana de la estipulación acordada en el contrato importa vulnerar el contenido ético del que no pueden apartarse las convenciones que celebran los particulares. La circunstancia de que algunas financieras cobren tasas superiores o el hecho de que deban hacer frente a costos, gastos administrativos, o de estructuras técnicas, etc. que disminuyan sus márgenes de ganancia, no desvirtúa la solución apuntada pues frente a los excesos en que su pudiera incurrir es misión del juez adecuar las convenciones a los límites que impone el ordenamiento jurídico para que no sea transgredida la regla moral. La reducción del interés por el órgano jurisdiccional está guiada pues por esos fines y tiene en miras la situación del deudor que debiendo devolver un capital actualizado pagaría de otra manera tasas usurarias (CNCiv., Sala G, 12 de marzo de 1981, "*Cosmos, S. a. c. Groisman, Mario L. y otra*", La Ley, 1981-D, 213).

Cuando se trata de limitación en las libertades constitucionales, con afectación a intereses generales, la atención se pone en el control de constitucionalidad y por eso la protección a dispensar se pone a tono con los principios fundamentales que el juez y los magistrados deben preservar.

Finalmente, la función jurisdiccional debe ser atenta con toda alteración que esté en sus manos corregir.

> Claro es que esta posición es resistida por un sector polémico de la doctrina. Montero Aroca[265] afirma que después de casi todo un siglo de entrecruzarse de concepciones sobre

---

[264] CS, 6 de diciembre de 1994, "*Alonso, Jorge F. y otros*", JA, 1995-II-624.

> el proceso civil, en el que lo más destacado ha sido el intento de desvirtuación de la realidad de que por medio de él se pretende la tutela judicial efectiva de derechos e intereses de naturaleza privada, para intentar convertirlo en un instrumento del Estado, por medio del Juez, para atender a la mejor protección de los intereses públicos, con lo que evidenciaba que se trataba de someter lo privado a lo público, lo que era claramente revelador de una ideología autoritaria, se está acabando de comprender que el proceso civil tiene que seguir siendo el instrumento para la mejor protección de los derechos de naturaleza privada.

10. Poderes del juez en los procesos constitucionales

En los procesos constitucionales los poderes del juez acentúan una función específica que consiste en realizar el control de constitucionalidad de las leyes, aplicando el principio de legalidad o actuando el control de convencionalidad.

Básicamente, todos los mecanismos son controversiales, sea contra el Estado (o la autoridad pública) o frente a actos de particulares. El debate se entabla entre un sujeto que plantea la amenaza o lesión de sus derechos constitucionales, teniendo como adversario al agente productor del acto lesivo. Sin embargo, las reglas de la bilateralidad y la contradicción no se aplican a pie juntillas, porque la premisa conduce a observar los hechos antes que las personas afectadas. En realidad, éstas son el destino de la protección que se promueve.

De este modo, el asunto se concentra en la cuestión constitucional, evitando que las alegaciones de las partes alteren la actividad esencial que el sistema difuso tiene previsto para los jueces americanos.

Lógicamente, como todo proceso, el derecho de defensa es un principio incanjeable, de manera que, corresponde oír a las partes en sus respectivas alegaciones; pero la controversia supone tener partes enfrentadas en posiciones diversas, donde el juez debe actuar como equilibrio entre las fuerzas en conflicto.

En el amparo, por ejemplo, es fundamental y hace a la esencia de su función, controlar la constitucionalidad y legalidad de los actos de las autoridades -públicas y privadas-, de forma que la interpretación de los hechos y del derecho no puede tener el condicionante de lo alegado por las partes. Es imperioso ver hacia adelante, los efectos, las consecuencias y las circunstancias que tiene el caso concreto frente a toda la sociedad.

El mecanismo trabaja sobre el principio de legalidad y el correspondiente derecho de todas las personas a que la Constitución sea la norma fundamental de orientación; que en los procesos constitucionales repara en los derechos fundamentales y en las garantías permanentes que resultan inalterables, llevando así a que se analicen más los conflictos de fondo que las angustias procesales.

> Según Piza Escalante y Trejos[266], en los términos más generales, el principio de legalidad en el estado de derecho postula una forma especial de vinculación de las autoridades e instituciones públicas al ordenamiento jurídico, a partir de su definición básica según la

---

[265] Montero Aroca, Juan, *Los poderes del Juez en el proceso civil,* en "Teoría Unitaria del Proceso", Juris, Rosario (Argentina), 2001, ps. 16 y ss.

[266] Piza Escalante, Rodolfo – Trejos, Gerardo, *Derecho internacional de los Derechos Humanos: La Convención Americana*, Juriscentro, San José, Costa Rica, 1989, p. 252.

cual toda autoridad o institución pública lo es y solamente puede actuar en la medida en que se encuentre apoderada para hacerlo por el mismo ordenamiento, y normalmente a texto expreso -para las autoridades e instituciones públicas sólo está permitido lo que esté constitucional y legalmente autorizado en forma expresa, y todo lo que no les esté autorizado les está vedado-; así como sus dos corolarios más importantes, todavía dentro de un orden general: el principio de regulación mínima, que tiene especiales exigencias en materia procesal, y el de reserva de ley, que en este campo es casi absoluto.

Es en virtud de la presencia de todos esos elementos del principio de legalidad, que prácticamente toda la materia procesal está reservada a la ley formal, es decir, a normas emanadas del órgano legislativo y por los procedimientos de formación de las leyes, con exclusión total de reglamentos autónomos y casi total de los propios reglamentos ejecutivos de las leyes; así como que la ley procesal debe ser suficiente para disciplinar el ejercicio de la función jurisdiccional y de la actividad de las partes ante ella, en forma tal que no queden lagunas importantes por llenar reglamentaria ni subjetivamente; y, por último, que las exigencias de la ley procesal han de tener garantizada eficacia, material y formal, al punto de que en esta materia las violaciones a la mera legalidad se convierten, por virtud del principio, automáticamente en violaciones al debido proceso, por ende de rango constitucional.

11. Los modelos de Jueces (*addenda*)

Un interesante trabajo publicado en Internet por Juan Antonio García Amado, que reproduce su ponencia en la *III Convención Latinoamericana de Derecho*, celebrado en la Universidad de Antioquia, presenta distintos modelos de jueces que me permito reproducir sintetizando el trabajo:

El *primer modelo,* considera las decisiones y sentencias como manifestación de la voluntad incuestionable del monarca soberano. Es un modelo de origen medieval donde el juez actúa por delegación del soberano; y llega en algunos casos a no tener que fundamentar sus resoluciones, precisamente por la confianza que recibe de la máxima autoridad. En suma, es un modelo del *Juez-Autoridad* que hoy ha quedado abandonado por que se entiende que la autoridad de la sentencia judicial cada vez mas es la autoridad de la razón.

El *segundo modelo* también considera el valor del pronunciamiento, donde la premisa en convencer del sentido de justicia que las sentencias llevan. Sería el modelo del *juez salomónico* esto es el modelo del juez del que se pide que ante todo haga la justicia del caso concreto. El modelo de Juez del que se demanda la atención prioritaria a la equidad, el Juez del que se solicita que halla, mas que plegarse a la letra de la ley con su carácter general y abstracto sea capaz de ceñir exactamente los términos de su decisión a los merecimientos del hecho y de los sujetos que enjuicia este modelo que busca la justicia al caso concreto ha aparecido en las ultimas décadas en la teoría del derecho y seguirá apareciendo bajo formas múltiples.

El *tercer modelo* se implementa como *juez máquina.* Es el tipo en el que pensaba y creía el formalismo positivista del siglo XIX el que estaba presente en aquella famosa y tantas veces citada frase de Montesquieu, cuando se pedía que el juez fuera la boca muda que pronuncia las palabras de la ley, es aquel tipo de juez al que se refería Beccaria, y en el que están pensando los teóricos en el siglo XIX de la escuela de la exégesis o de la jurisprudencia de conceptos.

El *cuarto modelo,* es el que llama *juez humano* o *demasiado humano*. Esta es la visión del juez que se contiene en aquellas doctrinas, aquellas teorías del derecho como

las de Ihering (1860) que inicia furibundos ataques con la teoría de la subsunción y el modelo máquina antes comentado.

Uno de los cultivadores del movimiento del derecho libre en Alemania decía que en el derecho hay muchas mas lagunas que normas, entonces se extrema la idea de que el derecho verdaderamente esta en manos del juez. Esto tiene en la doctrina norteamericana y en el realismo norteamericano -y también en el realismo europeo- su expresión en la idea de que no hay mas derecho que lo que los jueces dicen o lo que los jueces deciden, poniendo así de relieve el carácter creativo y creador de la actividad judicial.

El autor más prolífico sería Zagrebelsky, exponiendo esencialmente el modelo en *El Derecho Dúctil.* ¿Entonces porqué llama modelo del juez humano demasiado humano? Porque asume que el juez no es ningún ser mítico omnisciente por definición justo ni nada por el estilo, sino que es un sujeto como cualquier otro que va a decidir guiado por sus propios parámetros y que como tales no están sometidos a ningún posible control.

El *quinto modelo* es el del juez *científico-social*. Una de sus primeras manifestaciones y más claras la tiene este modelo en numerosas afirmaciones de los representantes de la llamada escuela o movimiento del derecho libre en la Alemania de las primeras décadas de este siglo.

Basan el arquetipo en la necesidad de tener un juez que sea un cientifico-social, esto quiere decir que ante todo sepa: economía, psicología, sociología y que posea, además, una muy sólida formación ética para que pueda actuar con autentica responsabilidad en sus actos y conociendo sus consecuencias.

El *sexto modelo* es el *juez virtuoso*, es decir el juez visto como el depositario por excelencia de la suprema virtud: la justicia.

Esta idea se proyecta en muchas doctrinas: las naturalistas, que han tenido y tienen una gran influencia en el pensamiento jurídico del siglo XX, a partir de Gustav Radbruch.

El *séptimo modelo* es el "*juez prodigioso*" que tiene cierto parentesco con el anterior, siendo sostenedor de él Ronald Dworkin. Propone un modelo ideal de juez como el *juez Hércules,* que es aquél que hipotéticamente conocería todas las circunstancias de los hechos que enjuicia, todas las normas aplicables, todas las normas de la moral social, todas las circunstancias sociales, políticas, etc. y con todo ese perfecto conocimiento seria capaz de hallar la única decisión por definición correcta, la única respuesta correcta para el caso.

El *octavo modelo* es para el llamado *juez político;* es el que toma conciencia del carácter político, ineludiblemente político de la actividad judicial.

El juez crea en alguna medida derecho y por tanto está contribuyendo a regir, gobernar, encauzar, normar, etc. la vida social y ejerce poder y está por tanto es una dimensión política de su actividad.

El *noveno modelo*, lo denomina *juez filosofo*. Es aquél que late por debajo de las teorías y filosofías de autores como Robert Alexi, porque estas teorías que podemos sintetizar en la etiqueta jurídica racional, pretenden dar respuesta al irracionalismo.

Que los jueces sean una especie de filósofos sabios capaces de respaldar sus decisiones en la mejor teoría ética, en la mejor teoría política, etc., constituye una pretensión que choca en buena medida con el tipo de limitaciones y compulsiones con las que están comprometidos los propios jueces que tienen que decidir un gran numero de casos contra reloj buscando en el fondo que su sentencia no sea cazada, buscando no aparecer de mala manera ante la opinión pública, etc.

El *décimo modelo* es el *juez de engranaje,* que tendrá su representación en las ideas de Luhman, el cual sostiene una teoría de sistemas según la cual el progreso social es posible por cuanto todo el sistema global está articulado.

Hay que eliminar las normas de programación teleológica y buscar normas de programación condicional, (normas de programación condicional son las que tienen la estructura si, entonces, supuesto hecho = consecuencia jurídica). Normas de programación teleológica son las que se limitan a establecer fines, objetivos, proclamar valores, etc.

INTRODUCCIÓN A LOS NUEVOS CONTENIDOS

Los capítulos que preceden tienen la pretensión de poner en discusión los alcances de un nuevo emplazamiento para el debido proceso. Desde la evolución que tuvo el *due process of law* pensado para afianzar garantías en el proceso penal, se llega a una instancia novedosa creada en la interpretación de tratados y convenciones que reflejan en el debido proceso una garantía de protección para los derechos humanos.

Aquel tiempo llevó a centralizar el foco central en el derecho de defensa. No es que ello sea incorrecto, solo queremos reflejar que hoy es solo una parte de los contenidos que se deben considerar. Y tampoco significa que la integración sea únicamente una salvaguardia de garantías individuales o colectivas, porque proyecta estándares para todo tipo de procesos.

Por eso integra esta parte introductoria uno de los temas más complejos en la progresión de avances: *independencia e imparcialidad* que, en tres etapas ocupadas para el estudio, muestra que en el siglo XVIII ingresó en los requerimientos del debido proceso formal, constituyendo un nexo inseparable para que los jueces tuvieran autonomía y serenidad para resolver. En el siglo XIX se constituye la independencia en un poder jurisdiccional y, de este modo, en un presupuesto para la imparcialidad. Ya en el siglo XX la independencia parece aislarse de la imparcialidad. Lo primero es una garantía de la función, que suma requisitos de afianzamiento en los modelos de selección, la remuneración adecuada e intangible y la estabilidad funcional. Lo segundo, un resultado sostenido en dos modelos opuestos: razonabilidad y arbitrariedad.

La polémica central de esta parte es verificar si existen dos modelos para la función judicial. O actuar apegado a la letra de la ley y volver a la conocida expresión de ser boca de ella; o con posibilidades de interpretar los hechos y aplicar decisiones distintas a las que define la norma. Ni más ni menos que atender dos señeras posiciones dogmáticas, donde se piensa por un lado que el proceso es cosa de partes que confrontan situaciones particulares, y por tanto, privadas; o se piensa en una perspectiva diferente mirando al conflicto como un problema social donde la actuación del Estado, mediante los jueces, no puede ser otra que dirigiendo el proceso y conduciendo por el camino de la razonabilidad la sentencia final.

Este es el cierre de la introducción en el capítulo de “Funciones del juez”, lugar donde advertimos la necesidad de adecuar la actividad al conflicto que se juzga. No es igual la

competencia patrimonial que la constitucional, así como la dinámica que moviliza en cada uno la intervención jurisdiccional. Pero cuidado, cualquier controversia exige igualdad, y por eso, no habría debido proceso donde pueda existir asimetría.

De ahora en más veremos nuevos contenidos. Alteran algunos pilares del derecho de defensa tradicional, aumentando exigencias o variando el tipo de aplicación. Nos referimos al acceso a la justicia dejando atrás los condicionamientos rituales inconcebibles; a los alcances que tiene el derecho a ser oído. Al protagonismo de nuevos actores del conflicto, que piden derecho a ser escuchados; y por ello, a un nuevo encuadre para la producción probatoria y los alcances de la cosa juzgada.

Por supuesto, es el tiempo del debido proceso constitucional y de inmediato nos ocupamos.

CAPÍTULO VI

EL ACCESO A LA JUSTICIA

Sumario: 1. Nuevos emplazamientos en el acceso a la justicia; 2. La legitimación en el proceso: *2.1 El problema a descifrar: la división entre el derecho y la acción; 2.2 Los conflictos teóricos de la acción*; 3. Nuestra opinión acerca de la acción; 4. Los presupuestos procesales*: 4.1 La obligación del Estado; 4.2 El derecho a la jurisdicción;* 5. Derecho de petición; 6. Legitimación en la causa y en el proceso: *6.1 La legitimación "ad causam"; 6.2 El control de oficio de la legitimación "ad causam"; 6.3 La legitimación "ad causam" y la protección procesal*; 7. La legitimación en el proceso y los presupuestos procesales; 8. Legitimación e interés para actuar; 9. Clasificación en las legitimaciones para obrar: *9.1 Legitimación ordinaria; 9.2 Legitimaciones extraordinarias*; 10. Derechos e intereses tutelados; 11. La consolidación de los derechos o intereses difusos; 12. Constitucionalización del derecho de acceso a la justicia: *12.1 Las legitimaciones de grupos; 12.2 Las categorías finales*; 13. El acceso irrestricto y el equilibrio judicial; 14. El acceso a la justicia en la jurisprudencia de la Corte IDH.

1. Nuevos emplazamientos en el acceso a la justicia

El ensayo que vamos a plantear en este capítulo es polémico aun cuando reconoce coincidencias. Hace mucho tiempo que el tema del acceso a la justicia se analiza desde una sola perspectiva: *la del litigante*; con ello, se ha logrado consolidar la idea que tiene al proceso judicial como un derecho de entrada para quien esté afectado en derechos propios o por reflejo, sin dar cabida a otros que, aun siendo interesados, no posean vínculo jurídico con los sujetos de la relación procesal.

Quedan pendientes los problemas de admisión o entrada al proceso de una categoría de intereses nuevas que continúan en lucha por equipararse al derecho subjetivo, evitando así que se los postergue por el consabido tema de la pertenencia exclusiva del interés a tutelar.

Este programa fue determinante para flexibilizar el duro entramado de la legitimación para obrar, habiendo superado obstáculos y encontrado respuestas efectivas para lograr el mentado acceso a los jueces.

Pero el ingreso a la justicia no se ha resuelto. Perviven inconvenientes de orden diverso: algunos son formales, como ocurre con los temas y problemas de la legitimación procesal; otros son coyunturales y asientan en el costo económico que supone invertir para obtener justicia en un caso concreto; a veces también, son producto de la educación de los pueblos, porque la mayor contrariedad que tiene el acceso a la jurisdicción es el desconocimiento de la gente sobre los derechos y garantías que poseen.

La postura que pretendemos diseñar comienza con la reelaboración de una teoría procesal de la legitimación, donde se pretende destacar que el acceso a los sistemas jurisdiccionales ocupa el primer tramo de las nuevas reglas que tiene el "debido

proceso"; de este modo analizaremos los aspectos formales del sistema ideado en los códigos de procedimientos, y concebiremos un esquema acorde con la dimensión constitucional que tiene el ingreso al proceso y el acceso a los jueces.

En este sentido, se procurará demostrar que tanto en la doctrina como en la jurisprudencia se insiste en una suerte de repetición de conceptos que la misma práctica ha dejado de lado, de manera que se dicen cosas que la experiencia las muestra contradictorias (v.gr: exigir legitimación procesal y sustancial -que son categorías abandonadas-, para después admitir la calidad de parte sin prestar atención a esos requerimientos iniciales).

Esta incoherencia, al mismo tiempo, es propia de la legislación y también se instala en nuestra Constitución Nacional, obligando a interpretaciones constantes que, por la dinámica que tiene nuestro sistema de control de constitucionalidad, permanentemente reitera contradicciones y resultados disímiles.

Hemos de sostener una premisa conductora […]:

> El acceso a la justicia es una parte del derecho que tiene toda persona al debido proceso. Es una garantía judicial y un derecho individual de carácter constitucional (subjetivo público) que no admite limitaciones. No obstante, no es un pórtico tan amplio que pueda traspasarse sin necesidad de abrir puertas; éstas son requeridas como presupuestos formales de admisión, pero jamás podrán tener tantos cerrojos que obliguen a superar con esfuerzo aquello que, en realidad, es la bienvenida a los que piden justicia, y aun para aquellos que, abusando en el derecho de petición, puedan requerir la intervención de los jueces. En todo caso, es una cuestión de análisis particular, y una muestra de la confianza a depositar en el Poder Judicial para que sea éste quien resuelva el derecho a estar en el proceso.

2. La legitimación en el proceso

El dilema del acceso se puede atender en dos ámbitos diferentes, a pesar de estar relacionados: son los campos procesal y el constitucional.

En el primero deberá analizarse el funcionamiento de los requisitos para ser parte; en el segundo, se observará como se garantiza el derecho a ser oído.

> Hemos sostenido en nuestro libro "*La legitimación en el proceso civil"* que, la metodología que nos llega del sistema español, particularmente de la Ley de Enjuiciamiento Civil, no refiere en momento alguno a la legitimación procesal, prefiriendo dividir las aguas entre los problemas del "carácter con que el litigante se presenta al juicio", y las "cualidades necesarias para hacerlo".
>
> Por su parte, la Constitución Nacional Argentina, sobre todo en el capítulo de los "nuevos derechos y garantías", insiste en otorgar acciones rápidas y expeditas para proteger los derechos que allí enumera, a "toda persona", a "todos los habitantes", " a los consumidores" y "usuarios", que después se encuentran postergados por la escala de accesos que parte de los derechos individuales, continuando con las representaciones directas o indirectas posibles[267].

Nuestra intención es ofrecer una visión simultánea en ambos frentes. Y con afán de síntesis, demostrar que la legitimación para obrar en el proceso es una cuestión constitucional instalada en el terreno que abona una ciencia nueva: el *derecho procesal*

---

[267] Gozaíni, Osvaldo A., *La legitimación en el proceso civil*, Ediar, Buenos Aires, 1996, ps. 188 y ss. También, *Legitimación, Capacidad y Representación,* Rubinzal Culzoni, Buenos Aires / Santa Fe, 2017, ps. 177 y ss.

constitucional; de modo tal que se pueda concluir que, la base estructural de la ciencia procesal ha perdido uno de sus baluartes, porque el acceso a la justicia (acción) no se puede seguir midiendo con la vara que tenían los maestros de nuestra disciplina.

2.1 El problema a descifrar: la división entre el derecho y la acción

La acción tiene raíces en el derecho romano, de donde nos llega la definición que la interpreta como la *res in iudicio deducta*, es decir, la cosa que en el juicio se pide.

Esta coincidencia de tiempo y fundamentos llevó a confundir el derecho de pedir con el sustento material que respaldaba la pretensión, y así quedó durante buena parte de la evolución del derecho romano.

Superado el período conocido de las *legis actionis*, comenzó la época de los pretores que a través de *fórmulas* otorgaban el pase a la justicia. Celso, por entonces, definió a la acción como el derecho de perseguir en juicio lo que a uno se le debe, demostrando que aquélla residía en el *jus persequendi*, que permitía al Pretor conceder o no la fórmula.

En la lectura de este precepto, que en tiempos del Pandectismo hizo Windscheid, se dijo por vez primera, que había dos derechos en lugar de uno (que confundía la pretensión con el derecho subjetivo). Es decir, aparecía un ejercicio propio del derecho de accionar y otro sostenido en el objeto querido. Uno dirigido al juez, el otro, destinado al adversario.

Pero esta distinción no fue advertida, quizás porque no era necesario ni existían problemas conexos con ello; de modo tal que, al llegar el período extraordinario, otra vez los términos quedan unidos, y la idea perduró al punto que el magistrado romano -por razones de equidad- podía modificar lo peticionado por las partes.

> Sostiene Gómez de Orbaneja [268] que, este piso dogmático no concibe todavía a la legitimación procesal, que comienza recién a estudiarse en el derecho intermedio, donde aparece el término neolatino *legitimare*, que equivale a "justificarse", y sirve para designar la prueba de la facultad o titularidad para realizar un acto determinado.

La confusión entre "derecho" y "acción" cubrió buena parte de la historia, y se encumbró a su máxima expresión en el siglo XIX, cuando la codificación civil, y la protección privilegiada que se otorgó al derecho de propiedad, significaron igualar el derecho de peticionar al juez con el derecho que se reclamaba, por eso, la acción no era otra cosa que el derecho mismo invocado ante la justicia.

> Una obra muy interesante de Zagrebelsky[269] sostiene que esta confusión era propia de la noción de *Estado de Derecho*, sea en su vertiente interna (el derecho público interno) o en la externa (el derecho público externo o internacional), donde ambas representaban la "soberanía" de la "persona" estatal. El derecho relativo a esta "persona" era al mismo tiempo el derecho del Estado; y el significado era doble, pues incluía la idea de un derecho creado exclusivamente por el Estado y puesto exclusivamente a su servicio. La soberanía estatal era, así, el punto de partida y retorno de este derecho, el criterio de sentido y orientación de todos sus elementos.

---

[268] Gómez de Orbaneja, Emilio, *Derecho Procesal Civil*, tomo I, Madrid, 1976, p. 183.

[269] Zagrebelsky, *El derecho dúctil*, cit., p. 38.

Esta es, asimismo, la filosofía que impregna el Código Civil de Vélez Sársfield, donde el derecho de propiedad se confunde con el ejercicio de la acción. La importancia de advertir este concepto estriba en que cualquier demanda judicial suponía ejercitar el derecho de acción, pero este derecho no era diferente del sustento material sino que constituía el mismo derecho subjetivo. "No hay derecho sin acción" era la explicación frecuente y consabida.

2.2 Los conflictos teóricos de la acción

Pero entre 1856 y 1857, con la famosa polémica -que no es tal- entre Windscheid y Muther, se interpreta el fenómeno de la acción en el derecho civil romano y se obtiene el definitivo desprendimiento entre el derecho de acción (derecho a la tutela jurídica) y el derecho subjetivo (el apoyo de fondo).

El problema inmediato fue preguntarse cuál era la naturaleza de la acción procesal, pues si constituía un derecho de acceso a la justicia, era al mismo tiempo posible pensar en un derecho subjetivo para obtener de la jurisdicción una tutela concreta, que no sería otra que el derecho a una sentencia favorable.

Para ir directamente al tema que nos convoca, y no diluir la clave de la cuestión en planteos teóricos, la respuesta al interrogante debiera responderse en sentido afirmativo, esto es: *existe un derecho subjetivo para el acceso a la jurisdicción y obtener de ella un proceso que culmine con una sentencia útil y efectiva.*

> Es la tesis de la acción como derecho concreto que explicara magníficamente Wach[270] en estos breves pasajes […]: "La acción procesal como objeto concreto del proceso, es un derecho justiciario de carácter material, no de carácter procesal. No es una pretensión (acción o derecho) preprocesal o supraprocesal mas que desde el punto de vista de la concepción civilística corriente, que supone la existencia de presupuestos. Para la concepción procesalista, según la cual el fin del proceso es hacer evidente el derecho discutido, es, antes y durante el proceso, la posibilidad de obtener una sentencia favorable, y después de terminados los debates, la expectativa de la misma" .
>
> No obstante, la teoría fue duramente criticada, pues la afirmación de tener por cumplida la acción quedaba suspendida hasta que la sentencia se dictara, para reconocer allí, si había o no derecho[271].

Por su parte, la expectativa a un pronunciamiento favorable, no podía conceptuar la naturaleza de la acción, en la medida que el acto de pedir era posible tanto por quien tuviera o no razón.

> De todos modos, la acción desde un plano concreto puede tener otra lectura. Gomez Orbaneja advierte sobre ello, indicando que la acción no debe confundirse con la facultad general que corresponde a cualquiera para demandar, sino, como lo dice Rosenberg, en cuanto a que el objeto del proceso civil no es la acción en cuanto existente, sino en cuanto afirmada. Pero ello no significa que la existencia de lo afirmado sea irrelevante para el proceso y la acción un concepto no procesal[272].

---

[270] Wach, Adolf, *Manual de Derecho Procesal Civil*, Ejea, Buenos Aires, 1962, ps. 71 y ss.

[271] Gozaíni, *Tratado de Derecho Procesal Civil*, Tomo I, cit., p. 377.

[272] Gómez de Orbaneja, ob. cit., p. 190.

> En otra línea, Degenkolb[273] había sostenido que la acción era un derecho abstracto que le pertenecía a todo quien deseara formular pretensiones a la justicia, dando lugar a la primera exposición que ve también en la especie un "derecho subjetivo público".
>
> Ugo Rocco[274] continúa el pensamiento y sostiene que la acción "es un derecho subjetivo público del individuo para con el Estado, que tiene como contenido sustancial el interés abstracto a la intervención del Estado para la eliminación de los obstáculos, que la incertidumbre o la inobservancia de la norma aplicable en el caso concreto, pueden oponer a la realización de los intereses protegidos".

La teoría de la acción como derecho abstracto significó la consagración publicística de la ciencia procesal. El proceso encuentra su fundamento a partir de la iniciativa particular, y es el interés el que va a determinar la naturaleza jurídica.

Tiempo después esta doctrina afianza la relación con el derecho constitucional, cuando la acción se confirma como un derecho a ser oído por los tribunales.

Llegados a esta instancia cuadra interrogar ¿para qué sirve esclarecer la naturaleza jurídica de la acción?, pues aparentemente, cualquier respuesta derivada de las posiciones antes resumidas nos conducen a similares resultados. Habrá un proceso incoado, un procedimiento cumplido, una sentencia lograda y ¿con la acción, qué?.

Estos interrogantes son los que despejan las teorías sucesivas a la formulación que hiciera Chiovenda cuando explicó a la acción como un derecho potestativo; es decir, que a partir de este autor el problema fue determinar la naturaleza pública o privada de la acción.

Sintéticamente la cuestión se presenta para definir las consecuencias que siguen al planteo teórico. Mientras algunos sostienen que ella se dirige al adversario debiendo continuarse con las reglas que cada ordenamiento establezca; otros indican que tal ejercicio se formula contra el Estado para que actúe su deber de administrar justicia en el caso concreto.

De este modo, ambas teorías tendrán múltiples reflexiones que trasuntarán la verdad de cada una; sin embargo, en cuanto a nosotros interesa, superaremos la etapa para avanzar un paso mas.

El desarrollo doctrinario del siglo pasado se caracterizó, fundamentalmente en la ciencia procesal, en resolver el rol que tiene el juez en el proceso: la acción se desplazó del interés de las partes, hacia la actividad jurisdiccional. Es decir, del estudio liminar de la acción, se pasó con mayor énfasis al estudio de la jurisdicción.

> Una teoría que trate de explicar la naturaleza jurídica de la acción (el "qué es la acción") -decía Couture[275]- debe partir de la base necesaria de que cualquier súbdito tiene derecho a que el órgano jurisdiccional competente considere su pretensión expuesta con arreglo a las formas dadas por la ley procesal. Este derecho es la porción mínima indiscutible de todo este fenómeno: el derecho a la prestación de la jurisdicción.

---

[273] Cfr. De la Oliva Santos, Andrés, *Sobre el derecho a la tutela jurisdiccional*, Bosch, Barcelona, 1980, ps. 161 y ss.

[274] Rocco, Ugo, *Tratado de Derecho Procesal Civil*, Tomo III, Depalma/Temis, Buenos Aires/Bogotá, 1969, ps. 88 y ss.

[275] Couture, Eduardo J., *Fundamentos de Derecho Procesal Civil*, Depalma, Buenos Aires, 1987, p. 37.

De este modo, al acto de pedir se lo vinculó con el derecho planteado a la autoridad. Por ello, la acción es colocada dentro de los derechos cívicos, como una forma del derecho de petición.

Es cierto, también, que ya se hablaba de un derecho genérico de recurrir a los tribunales, concibiendo a tal ejercicio como un derecho abstracto; pero es Couture quien fundará la importancia de esta idea sobre la base de considerar a la acción como un atributo de la personalidad y, por ende, de carácter privado.

No obstante, como al mismo tiempo, en la efectividad de ese ejercicio esta interesada la comunidad, cobra inmediatamente carácter público.

3. Nuestra opinión acerca de qué es la acción

Ahora bien, nosotros reflejamos nuestro pensamiento espejados en la doctrina del maestro uruguayo; pero queremos adicionar algunas consideraciones más desde la perspectiva de las consecuencias procesales y constitucionales que la acción deriva.

La acción no es mas que un acto de contenido estrictamente procesal destinado a efectuar un reclamo a la autoridad jurisdiccional, para que actúe consecuentemente, contra un adversario a quien tendrá que emplazar para someterlo a las reglas del proceso judicial.

Este acto de pedir informa al mismo tiempo una manifestación típica del derecho constitucional de petición. Como tal, el carácter abstracto que pondera se manifiesta en la posibilidad de optar por la vía del litigio, antes que en las soluciones individuales de tipo autocompositivas. Para obrar así, basta con el ejercicio de la demanda, se tenga o no razón o respaldo normativo alguno; el Estado garantiza el acceso.

Por eso, también, la acción es un derecho subjetivo inspirado en el deber del Estado de otorgar tutela jurídica, y para que ésta se cumpla, la acción no solo afianza el primer espacio abierto, es decir, la entrada al proceso, sino, toda la instancia, lo cual significa llegar a la sentencia sobre el fondo del problema planteado.

Pero entre el comienzo y el final se abren espacios que deben explicarse independientemente. Por un lado aparece el derecho subjetivo público que dirigido al Estado le obliga a abrir las puertas de la jurisdicción. Sería esto, ni más ni menos, que el deber estatal a prestar la actividad jurisdiccional. Es decir, un deber de contenido abstracto que depende de la voluntad de los particulares, por eso, no hay juicio sin actor que lo promueva (*nemo iudex sine actore*).

No hay otro vínculo en esta etapa que la emergente del acto de pedir y la obligación de proveimiento del Estado a través de sus jueces. Empero, tal autonomía carece de total relevancia si queda en el marco de la posibilidad sin expresión concreta, al punto que correspondería adoptar el silogismo de que no hay derecho sin acción, y una acción sin derecho que amparar no tiene significación jurídica.

De esta manera, decir que la acción es un derecho sin otro resultado que la apertura de un proceso, no tiene justificativos lógicos, es preciso oponer estas consecuencias con la otra parte de la cuestión. Hasta ahora, solamente se vería la cuestión constitucional: aquella que obliga al Estado a otorgar el acceso a la justicia.

Del otro lado aparece la naturaleza procesal de la acción, con sus presupuestos necesarios para dar vida al proceso incoado y llegar a una sentencia válida entre las partes que no debe ser necesariamente favorable para quien demanda.

La acción cobra naturaleza procesal porqué mas allá de la garantía que supone, tiene como finalidad la protección jurisdiccional. Es el derecho a la jurisdicción de que nos hablan algunos autores españoles, con gran tino y verdad, al evidenciar el desarrollo de la teoría que tratamos de simplificar.

Entonces, si por la acción existe el proceso, el desarrollo de éste también sucede por la actividad de las partes, de tal manera que la acción resulta del conjunto de las actuaciones de quienes están en el litigio.

En su juridicidad la acción es petición del juicio y, en último extremo, exigencia del derecho. Si el derecho no existe sin el juicio, éste no existe sin la acción.

Según este razonamiento, el destinatario de la acción sería el Estado, pues a él se recurre persiguiendo la tutela jurídica (derivación del concepto sustitutivo del Estado que se apropia de la facultad de juzgar y por ende debe componer los conflictos que se le plantean); pero también, la otra parte: el demandado, es objeto de nuestro interés. Procuramos que se someta a una obligación.

La dificultad que surge de esta presentación aparece para encuadrar a la acción como derecho concreto o abstracto.

Pensamos que ni uno ni otro son conceptos que cubran totalmente la dimensión planteada. Ambos criterios interesan tanto al Estado como al particular según refieran a la relación sustancial que se traba entre las partes del proceso; o consideren el derecho subjetivo público que contra el Estado se tiene para obtener la tutela del derecho.

Si la acción fuera solamente un derecho contra el Estado quedaría sin sustento la cuestión de fondo que vincula a las partes con un derecho material; en tanto que invertir los conceptos, dejaría aislados a los contradictores ante un juzgador sin obligación que cumplir hacia ellos.

Todo parece indicar que la acción es un derecho que se dirige contra el Estado en su deber de afianzar la tutela jurisdiccional; y que concreta con la otra parte el vínculo necesario que caracteriza a la relación jurídico procesal.

Aceptado este contenido corresponde fijar el alcance dentro del sistema de derecho.

Respecto al Estado, el deber correspondiente no puede ser otro que la "justa composición de la litis" (Carnelutti); y en este aspecto, la jurisdicción podrá obrar en el terreno propio de la actividad procesal, es decir, con facultades suficientes para denegar su intervención (v.gr.: cuestiones de competencia; rechazo *in limine* de la demanda; recusaciones o excusaciones; etc.). Por eso se advierte que en este campo no puede hablarse aun de un derecho a la sentencia favorable, ni a la sentencia de fondo. En realidad, nos instalamos en la antesala del proceso, y para que la justicia pueda dar satisfacción plena a los preceptos fundamentales que de ella se esperan, ningún proceso podría cancelarse en esta etapa.

> En este sentido, dice Bidart Campos[276] que, por más que a la legitimación procesal se la conciba como un concepto procesal, como un requisito procesal, hay que sostener que todas las cuestiones antes referidas no admiten resolverse sólo en el ámbito procesal, ni de cualquier manera, porque hay un telón de fondo constitucional y un subsuelo constitucional en el que lo procesal necesita nutrirse. Si ese cordón umbilical entre lo procesal y lo constitucional se corta, seguramente se incurre en *inconstitucionalidad.*

Todo nos lleva a justificar porque el derecho al proceso que la acción provoca no se detiene en este pasillo de espera que propicia el acceso. Cuando se promueve la acción procesal, se quiere desarrollar un proceso que resuelva las cuestiones de fondo, este es el derecho concreto que a través de la acción se pide.

> Es un derecho frente al Estado, no porque acuse un capricho del justiciable, sino, como dice De la Oliva[277], porque se parte de la existencia del derecho a la tutela jurídica concreta y, desde este presupuesto, el destinatario de la acción, el sujeto pasivo de ese derecho, no puede ser otro que quien está en condiciones de otorgar la tutela, que es, justamente, el Estado.

Ello no importa que al otorgar la acción, o derecho a tramitar en una instancia útil y efectiva, se conceda otro derecho paralelo al éxito. Esto es diferente, depende de otras condiciones que nada tienen que ver con el derecho de acción, y sí, con la pretensión procesal y material.

Para la acción no existen condiciones para ejercerla, en todo caso los requisitos corresponden a la pretensión, que es el objeto propuesto en la demanda ante la jurisdicción. Por eso el deber del Estado consiste en otorgar el acceso a la justicia toda vez que el acto de pedir tiene sustento constitucional.

De algún modo se trata de anular del temario del derecho procesal el problema del acceso a la justicia, porque éste no es una cuestión que pueda ser resuelta con condiciones formales de admisibilidad, toda vez que en el derecho de petición va implícito el derecho a la justicia.

> El voto concurrente de Cançado Trindade en el caso *Cinco Pensionistas vs. Perú*, que emitió la Corte Interamericana de Derechos Humanos, dice claramente que el acceso a la justicia no se reduce al acceso formal, *stricto sensu*, a la instancia judicial; el derecho de acceso a la justicia, que se encuentra implícito en diversas disposiciones de la Convención Americana (y de otros tratados de derechos humanos) y que permea el derecho interno de los Estados Partes, significa, *lato sensu*, el derecho a obtener justicia. Dotado de contenido jurídico propio, configúrase como un derecho autónomo a la prestación jurisdiccional, o sea, a la propia *realización* de la justicia. El criterio adoptado correctamente considera que no se puede coartar el derecho de los peticionarios de acceso a la justicia en el plano internacional, que encuentra expresión en su facultad de indicar los derechos que consideran violados. El respeto al ejercicio de tal derecho es exigido de los Estados Partes por la Convención, en el plano de sus respectivos ordenamientos jurídicos internos[278], y no haría sentido si fuera negado en el

---

[276] Bidart Campos, Germán J., *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*, Tomo 1, *(El derecho constitucional de la libertad)*, Ediar, Buenos Aires, 1993, p. 355.

[277] De la Oliva, *Sobre el derecho a la tutela jurisdiccional*, cit., p. 199.

[278] La Convención Americana impone no sólo el acceso propiamente dicho a la justicia en el plano del derecho interno (artículo 25), sino la realización misma de la justicia material. Para esto, determina la Convención la observancia de las garantías jurídico-procesales (artículo 8), entendidas éstas *lato sensu*, abarcando el conjunto de requisitos procesales que deben observarse para que todos los individuos puedan defenderse adecuadamente de cualquier acto emanado del poder estatal que pueda afectar sus derechos. Cf., en este sentido (amplio alcance del debido proceso): Corte IDH, *Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú*, *Fondo*. Sentencia de 31 de enero de 2001, párr. 69; *Caso Ivcher Bronstein vs. Perú. Fondo.* Sentencia de 6 de

> procedimiento internacional bajo la propia Convención. El nuevo criterio de la Corte confirma claramente el entendimiento según el cual el proceso no es un fin en sí mismo, sino un medio de realización del derecho, y, en última instancia, de la justicia.

4. Los presupuestos procesales

Emplazada la acción entre los derechos básicos de la persona, la conexión con el proceso se da a través de la demanda. Dentro de ella aparece la pretensión, que promueve dos visiones distintas: una enfoca el tema objetivo que se dirige al adversario persiguiendo de él una conducta determinada; y otra que tiene en su mira a la jurisdicción, ante quien se deben acreditar ciertos requisitos de admisión y pertinencia que son llamados, presupuestos procesales.

En consecuencia, existe una diferencia sustancial entre el "acto de pedir" (y por tanto debe ponerse fuera del problema de la legitimación para obrar) y el "derecho de pedir", porque éste último refleja el verdadero problema a resolver.

La legitimación para obrar hace a una coincidencia entre la persona que requiere el servicio judicial y el que se encuentra dentro del proceso ejerciendo determinada pretensión. De esta forma, ocupa al actor, al demandado, y aun a ciertos terceros.

Algunos autores plantean la necesaria intimidad entre quien reclama la protección judicial y el derecho que hace a la relación jurídica que presenta; pero es mas conveniente trazar distancia, pues resulta posible que alguien, aun siendo titular de un derecho determinado pueda no tener la aptitud necesaria para obrar.

> En tal caso, si pensamos en una capacidad civil desentendida de la aptitud procesal (legitimación o capacidad procesal) es probable que, quien tenga derecho no lo pueda reclamar por no cumplir las cualidades que el derecho ritual le pide que reúna. De ser así es natural que se halle una limitación al derecho subjetivo. Y es cierto: el acceso a la justicia, *per se*, constituye una limitación de los derechos subjetivos. Pero igualar la titularidad del derecho con la legitimación procesal solo sería factible desde una perspectiva estática; es decir, como *legitimación ad processum*, que tiene cierta independencia del derecho o interés que se cuenta, de manera que se impone como un requisito de carácter procesal para que la litis a desenvolver pueda trabarse en forma debida.

Cada uno de los conceptos que van apareciendo (v.gr.: capacidad civil, capacidad procesal, legitimación *ad causam*, legitimación *ad processum*, calidad de parte, etc.) exponen múltiples situaciones que testimonian las dificultades a superar en la dinámica que requiere el acceso a la justicia.

En efecto, lo importante que aparece a primera vista es que al individuo como tal, se le otorgan una serie de atribuciones jurídicas que le corresponden en exclusividad. Estos que, ejemplificativamente, podrían ser los derechos civiles, no ofrecen mayores problemas pues están bien perfilados y reconocidos como derechos subjetivos en el plano constitucional. Por lo común, no suscitan inconvenientes para conferir legitimación procesal a quienes reclaman su defensa.

---

febrero de 2001, párr. 102; *Caso Baena Ricardo y Otros vs. Panamá. Fondo.* Sentencia de 2 de febrero de 2001, párr. 125. En este último caso, la Corte IDH advirtió con acierto que […] "en cualquier materia, inclusive en la laboral y la administrativa, la discrecionalidad de la administración tiene límites infranqueables, siendo uno de ellos el respeto de los derechos humanos [...]. La administración no puede invocar el orden público para reducir discrecionalmente las garantías de los administrados" (ibid., párr. 126).

Otras veces, los derechos que la misma persona tiene, se difuminan o concurren con otros que se comparten en la vida de relación. La titularidad exclusiva aquí se esfuma, y queda atrapada la expectativa de su protección.

Lo mismo ocurre de frente a algún sector de los derechos políticos, donde la legitimación procesal se evade en categorías que no admiten, *prima facie*, reconocimiento alguno (v.gr.: interés simple).

Este bosquejo simplista de las llamadas situaciones jurídicas subjetivas, llevadas al proceso le otorgarán legitimación a quien demande o sea demandado; de manera que la íntima relación que se traba entre la aptitud y la categoría subjetiva (derecho o interés) determinará la posibilidad de lograr amparo judicial.

Estar legitimado en la causa supone tener una situación personal que le permita al individuo presentar una sólida expectativa a tramitar un proceso y obtener una sentencia sobre el fondo del asunto, lo cual indica porqué la legitimación es, antes que nada, un presupuesto de la pretensión.

Sin embargo, enmarcar la cuestión en términos tan absolutos, reduce o simplifica la temática sin resolver su auténtica dificultad.

> En efecto, dice Bidart Campos[279], no se concilia con una buena relación entre lo constitucional (los derechos e intereses subjetivos) y lo procesal (legitimación) el reduccionismo egoísta que a derechos o intereses compartidos por muchos les reconoce la porción subjetiva y concreta que cada uno de esos muchos tiene en ellos, porque no encuentra en esa porción una situación con entidad subjetiva e individual ninguna diferencia con la de cada uno de los demás y, como consecuencia, tampoco reconoce legitimación procesal de uno o de algunos del conjunto. Parece que lo que es de todos o de muchos no es de nadie.

La gravedad del cuadro se advierte con mayor nitidez cuando se tratan de derechos políticos, difusos o colectivos, porque se bloquea la protección fundamental desde el simplismo de formular soluciones puramente académicas que no tienen arraigo ni reconocimiento constitucional.

Es un círculo vicioso, no hay legitimación procesal porque no se reconoce la subjetividad propia, concreta e individual en quien comparte con otros aquellos tipos de intereses.

Por eso en el estudio es importante advertir esta base que relaciona el sustento constitucional con los presupuestos para tramitar un proceso útil y efectivo, donde no bastarán las definiciones clásicas que parten de exponer e interpretar a los códigos, sino en todo caso, en darles a ellos, una interpretación funcional que ponga a la legitimación como un problema de índole fundamental.

4.1 La obligación del Estado

Desde la perspectiva del Estado, el acceso a la justicia tiene igualmente visiones polifacéticas. No hay que olvidar que el proceso es una garantía que es anterior al conflicto, y como tal, es deber de los jueces garantizar que se cumpla en forma justa y equitativa para resolver los conflictos entre los hombres.

---

[279] Bidart Campos, ob. cit., p. 360.

Es éste un mandamiento fundamental que nutre los derechos y garantías provenientes de la Constitución Nacional.

Por eso, también la acción es un derecho subjetivo inspirado en el deber del Estado de otorgar tutela jurídica, y para que ésta se cumpla, la acción no sólo afianza el primer espacio abierto, es decir, la entrada al proceso, sino, toda la instancia, lo cual significa llegar a la sentencia sobre el fondo del problema planteado.

> Para Quiroga Lavié[280], el nacimiento de la garantía está implícita como derecho subjetivo público, de modo tal que, en definitiva, la exigencia de la legitimación subjetiva para el ejercicio de las acciones públicas -en el caso argentino del amparo colectivo previsto en el art. 43 de la Constitución nacional- lo es sólo para abrir la acción; la reparación del accionante no se fundamenta en aquella legitimación procesal sino en la violación del derecho objetivo que genera la reacción que da origen al derecho público en cuestión. Ello es así, porque la violación del derecho del sujeto afectado, impacta y lesiona la estructura social.

Sin embargo, el deber constitucional no puede llevarse al extremo de facilitar el acceso ilimitado, teniendo en cuenta para ello que nuestro país no tiene acciones de clase y menos aun respalda la acción popular.

Si bien es cierto que el derecho subjetivo público dirigido al Estado le obliga a abrir las puertas de la jurisdicción. Esto sería, ni más ni menos, que el deber estatal a prestar la actividad jurisdiccional.

> En este aspecto, el derecho procesal constitucional es la sumatoria de reclamos constantes para resolver el problema del acceso a la justicia. Sostiene Morello[281] que la consolidación definitiva está en las cartas y tratados internacionales, cuya idea rectora es la de que *toda persona -todas las personas-* han de contar con un remedio efectivo -art. 6º, Declaración Europea de los Derechos del Hombre-, que en sede administrativa y judicial se halle *siempre* en disponibilidad. Ese *right to an effective remedy*, supone el derecho a la tutela, a la jurisdicción, al cabo a la Justicia como quiera que es uno de los derechos fundamentales de la persona, al que se debe atribuir un concepto autónomo -en evolución dinámica- y, por cierto, de complejo significado.

Pero la naturaleza procesal de la acción, tiene también la vertiente de obligar a quien reclama a acreditar el interés que sustenta y la personalidad con la que actúa. De este modo, el cometido del Estado es controlar que se cumplan estos presupuestos de admisión.

> Es menester agregar que esta idea de la acción, como garantía fundamental para el acceso a la justicia, no reconoce categoría de derechos o intereses a tutelar, es decir, no atiende la famosa diferencia entre derechos subjetivos e intereses plenos y debilitados. Tan sólo es un marco referencial que muestra el fenómeno de entrada al proceso como una cuestión que atañe a las garantías mínimas que todo proceso debe resguardar. Por eso, cuando los intereses se expanden a toda la sociedad, y no se puede trazar la relación entre titular y derecho reclamado (no olvidemos que el proceso tradicional tutela intereses privados bajo la consigna de respetar el derecho de petición de quien es el legítimo titular del derecho invocado), la necesidad de garantizar el acceso a la justicia resulta ineludible. El derecho o interés difuso se identifica por corresponder a los sujetos de un grupo indeterminado. Mientras que los derechos de incidencia colectiva (para adoptar el signado de la Constitución Nacional) reconocen y definen un sector particular del gravamen. Para lograr su defensa o protección, deben precisarse como derechos antes que simples intereses, o

---

[280] Quiroga Lavié, Humberto, *El amparo colectivo*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1998, p. 90.

[281] Morello, Augusto M., *Estudios de Derecho Procesal*, Tomo II, Platense-Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1998, ps. 277 y ss.

> bien, aceptar que hay intereses que por su cualidad merecen ser atendidos de inmediato sin importar el carácter que inviste la persona o el grupo que para sí los reclama. En uno u otro caso, no puede trabarse el derecho a ser oídos poniendo obstáculos de corte eminentemente técnico.

4.2 El derecho a la jurisdicción

Queda supuesto que si es una garantía el derecho de acceder a las instancias jurisdiccionales, también lo son los pasos que continúan el desarrollo. Tema que, particularmente la Constitución española, lo consagra como el derecho a la tutela judicial efectiva.

Este derecho fundamental tiene como contenido esencial el de lograr de los órganos judiciales una respuesta a todas las pretensiones planteadas, so riesgo de provocar el "desamparo procesal" (equivalente en nuestro país a la *efectiva privación de justicia*).

> Dice Morello[282] que el ejercicio del acceso a la justicia no es libre, ni discrecional, sino reglado; condicionado -por la ley- a requisitos necesarios para que los valores coimplicados (orden, seguridad, igualdad de trato) sean asimismo preservados. Las acciones (pretensiones) y los recursos -en general- cuyo uso o el poder valerse el justiciable del proceso está (debe estar) resguardado por la exigencia de determinados presupuestos, si son razonables han de ser acatados porque ello se impone por los ordenamientos procesales de modo general, uniforme, sin odiosas discriminaciones. O lo que es similar, tales requisitos no pueden ser fijados arbitrariamente por el legislador; deben responder a la naturaleza del proceso y a las finalidades que justifiquen su exigencia, y han de interpretarse de acuerdo con esas finalidades, evitando que se conviertan en meros obstáculos procesales.

Para el derecho procesal constitucional, el derecho a la jurisdicción supone privilegiar la actuación del juez en cualquiera de las actividades esenciales que refieren a su obrar, es decir que, dadas las características que tiene el proceso constitucional, no es posible pensar que se obstruya su intervención sobre la base de normas de pura técnica o que precisen rituales tradicionales del procedimiento común u ordinario.

Desde otro punto de vista, se trata de sostener que la jurisdicción no está solamente para resolver conflictos entre personas (y aun cuando fuese ésta su única misión, debiera -debe- asegurar el libre acceso y el camino abierto para reinstalar el derecho que a cada parte le corresponde), sino también, fiscalizar la supremacía constitucional y ejercer el control de legalidad de los actos administrativos y de particulares.

> Es esta una función de complementación del ordenamiento jurídico -sostiene Gimeno Sendra[283]-, por ello, a todo juez o tribunal le corresponde extraer nuevos significados a las normas, de manera que cobren todo su sentido lógico y actual, con independencia de que hayan sido expresamente previstos por la *mens legislatoris.*
>
> Quiroga Lavié[284] afirma que, por encima del planteo épico que tiene el proceso tradicional, también sirve para lograr el equilibrio del sistema social, y por ello no tiene por qué presuponer el conflicto previo como lo presupone el proceso específicamente privado. No

---

[282] Morello, Augusto M., *La acción, la jurisdicción y el proceso*, en "*Problemática actual de Derecho Procesal,*" Librería Editora Platense, La Plata, 1971, ps. 18 y ss.

[283] Gimeno Sendra, José Vicente, *Fundamentos de derecho procesal civil*, Cívitas, Madrid, 1981, p. 91.

[284] Quiroga Lavie, ob. cit., p. 93.

> se trata de que sólo haya que resolver conflictos y suprimir interferencias; se trata de lograr que el sistema social no pierda energía, que vigorice su funcionamiento, que se equilibre.

El derecho a la jurisdicción precisa también la garantía a *tener jueces*, que por sí mismo se ocupa de afirmar algo más que la simple entrada al proceso prestando oídos para que escuchen la súplica (en rigor, un juez que provea la demanda).

Este aspecto puede ubicarse en un tramo anterior ya referido, esto es, como *derecho al proceso* o a la jurisdicción antes del proceso.

> El estudio de Horacio D. Rosatti [285] es muy puntual y preciso para profundizar esta temática. Sostiene entre otros valiosos conceptos, que el derecho a la jurisdicción antes del proceso se puede conformar como "derecho a exigir del Estado -monopolizador del servicio de administración de justicia- el cumplimiento de los presupuestos jurídicos y fácticos necesarios para satisfacer el cometido jurisdiccional ante la eventualidad de una litis concreta".

El trecho siguiente para la caracterización se vincula con el *derecho a un proceso debido*, es decir, a sustanciar (tramitar) un procedimiento que, en la lucha por obtener el reconocimiento de los derechos, le permita a las partes debatir sin resultar sorprendidos por actos de autoridad que vulneren la posibilidad de llegar a una sentencia sobre el fondo del problema.

Otra cuestión se contempla con el proceso en funcionamiento y las facultades de los jueces. Ello constituye, de alguna manera, el grado de compromiso que establece la Constitución y el sistema legal interno con las potestades y deberes establecidos para asegurar el cumplimiento efectivo de cada una de las garantías, la supremacía de las normas fundamentales y la tutela efectiva de los derechos humanos.

En síntesis, el acceso a la justicia desde la perspectiva constitucional, significa conceder a toda persona el derecho a la jurisdicción y a tener un proceso donde debatir y resolver los conflictos que le afligen.

Pero, en otra dimensión, no lleva a significar que toda pretensión tenga que ser admitida y contradicha sin más trámite, pues existen poderes y deberes judiciales que imponen el análisis de los presupuestos procesales.

5. Derecho de petición

Acceso a la justicia supone ejercer sin limitaciones irrazonables el derecho de pedir a las autoridades. Claro está que de instalar el derecho de petición como una obligación de trámite hasta llegar a la sentencia, puede llevar a consecuencias no queridas, como el abuso del proceso, la simulación procesal, las demandas improponibles por el objeto, etc.

De allí que corresponde explicar si este derecho de fuente constitucional, que por vía de principio, no podría ser modificado o derogado por mecanismos ordinarios, ni por la misma legislación, puede quedar subordinado a condiciones especiales de admisión.

---

[285] Rosatti, Horacio D., *El derecho a la jurisdicción antes del proceso*, Depalma, Buenos Aires, 1984, ps. 23 y ss.

Es aquí donde queremos traer el efecto que proviene de los tratados sobre derechos humanos que, al contar con jerarquía constitucional, agregan a los textos fundamentales un bloque de constitucionalidad al que todos los Poderes Públicos deben sujetarse[286].

> La Corte IDH admite que el derecho a ser oído tenga limitaciones, pese a la amplitud como formula el ingreso al Sistema, el artículo 61 de la Convención. Se ha dicho que […], la Comisión IDH es el órgano facultado para iniciar un procedimiento ante la Corte mediante la presentación de una demanda. No obstante, el Tribunal considera que evitar que las presuntas víctimas presenten sus propios fundamentos de derecho significaría restringir, indebidamente, su derecho de acceso a la justicia, el que deriva de su condición de sujetos del derecho internacional de los derechos humanos. En la etapa actual de la evolución del sistema interamericano para la protección de los derechos humanos, la facultad de las presuntas víctimas, sus familiares o sus representantes para presentar, de forma autónoma, sus solicitudes, argumentos y prueba, debe interpretarse conforme a su posición de titulares de los derechos reconocidos en la Convención y como beneficiarios de la protección que ofrece el sistema. Sin embargo, existen ciertos límites a la participación de éstos en este procedimiento, de conformidad con lo establecido en la Convención y en el ejercicio de la competencia de la Corte. Es decir, el objetivo del escrito de solicitudes, argumentos y prueba de los representantes es hacer efectivo el atributo procesal de *locus standi in iudicio* que esta Corte ya les ha reconocido a las presuntas víctimas, sus familiares o sus representantes en su jurisprudencia[287].

La Corte IDH se ocupó profundamente del tema, aunque fue con el voto razonado de Cançado Trindade en la causa *Castillo Petruzzi*[288], cuando señaló la importancia del derecho de petición individual.

Si bien orienta la sentencia hacia la garantía de toda persona para contar con un acceso directo a la justicia a nivel internacional, el pensamiento se puede espejar como interpretación convencionalizada del derecho de petición.

Dijo el juez interamericano […]

> La cuestión de la *legitimatio ad causam* de los peticionarios ha ocupado una posición central en esta etapa de excepciones preliminares del caso *Castillo Petruzzi versus Perú*, y la Corte IDH decidió, a mi modo de ver acertadamente, desestimar la quinta y la sexta excepciones preliminares, que versaban sobre la materia. En mi entendimiento, no se puede analizar el artículo 44 como si fuera una disposición como cualquier otra de la Convención, como si no estuviera relacionada con la obligación de los Estados Partes de no crear obstáculos o dificultades para el libre y pleno ejercicio del derecho de petición individual, o como si fuera de igual jerarquía que otras disposiciones procedimentales. El derecho de petición individual constituye, en suma, la piedra angular del acceso de los individuos a todo el mecanismo de protección de la Convención Americana.
>
> […]. El derecho de petición individual es una conquista definitiva del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Es de la propia esencia de la protección internacional de los derechos humanos la contraposición entre los individuos demandantes y los Estados demandados en casos de supuestas violaciones de los derechos protegidos. Fue precisamente en este contexto de protección que se operó el *rescate histórico* de la

---

[286] Ayala Corao, Carlos, *Inconstitucionalidad de la denuncia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos por Venezuela*, en Estudios Constitucionales, Año 10, Nº 2, Talca, 2012, ps. 643 a 682.

[287] Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*. *Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia del 28 de noviembre de 2007.

[288] Corte IDH, *Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú*. *Excepciones Preliminares.* Sentencia de 4 de setiembre de 1998.

posición del ser humano como sujeto del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, dotado de plena capacidad procesal internacional […].

Esta profunda transformación del ordenamiento internacional, desencadenada a partir de las Declaraciones Universal y Americana de Derechos Humanos de 1948, […] enfatizó que, aunque motivado por la búsqueda de la reparación individual, el derecho de petición contribuye también para asegurar el respeto por las obligaciones de carácter objetivo que vinculan los Estados Partes[289]. En varios casos el ejercicio del derecho de petición ha ido más allá, ocasionando cambios en el ordenamiento jurídico interno y en la práctica de los órganos públicos del Estado[290] […].

Con la consolidación de estos mecanismos, concediendo acceso directo a los individuos a las instancias internacionales, tornábase patente el reconocimiento, también en el plano procesal, de que los derechos humanos, inherentes a la persona humana, son anteriores y superiores al Estado y a toda otra forma de organización política, y emancipábase el ser humano del yugo estatal, siempre y cuando se mostrase éste arbitrario. Recuperaba el individuo su presencia, para la vindicación de sus derechos, en el plano internacional, presencia ésta que le fuera negada en el proceso histórico de formación del Estado moderno pero que se manifestara en la preocupación inmediata con el ser humano en los manuscritos originales de los llamados fundadores del derecho internacional[291] (el derecho *de gentes*),

---

[289] Por ejemplo, bajo el artículo 25 de la Convención Europea de Derechos Humanos; cf. H. Rolin, "Le rôle du requérant dans la procédure prévue par la Commission européenne des droits de l'homme", 9 *Revue hellénique de droit international* (1956) pp. 3-14, esp. p. 9; C.Th. Eustathiades, "Les recours individuels à la Commission européenne des droits de l'homme", *in Grundprobleme des internationalen Rechts - Festschrift für Jean Spiropoulos*, Bonn, Schimmelbusch & Co., 1957, p. 121; F. Durante, *Ricorsi Individuali ad Organi Internazionali*, Milano, Giuffrè, 1958, pp. 125-152, esp. pp. 129-130; K. Vasak, *La Convention européenne des droits de l'homme*, Paris, LGDJ, 1964, pp. 96-98; M. Virally, "L'accès des particuliers à une instance internationale: la protection des droits de l'homme dans le cadre européen", 20 *Mémoires Publiés par la Faculté de Droit de Genève* (1964) pp. 67-89; H. Mosler, "The Protection of Human Rights by International Legal Procedure", 52 *Georgetown Law Journal* (1964) pp. 818-819.

[290] Hay que tener siempre presente que, distintamente de las cuestiones regidas por el Derecho Internacional Público, en su mayor parte planteadas horizontalmente sobre todo en el plano *inter-estatal*, las cuestiones relativas a los derechos humanos se sitúan verticalmente en el plano *intra-estatal*, en la contraposición entre los Estados y los seres humanos bajo sus respectivas jurisdicciones. Por consiguiente, pretender que los órganos de protección internacional no puedan verificar la compatibilidad de las normas y prácticas del derecho interno, y sus omisiones, con la normativa internacional de protección, sería un contrasentido. También aquí se evidencia la especificidad del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. El hecho de que este último vaya más allá que el Derecho Internacional Público en materia de protección, al abarcar el tratamiento dispensado por los Estados a los seres humanos bajo sus jurisdicciones, no significa que una interpretación conservadora deba por eso imponerse; todo lo contrario, se impone una interpretación en conformidad con el carácter innovador - en relación con dogmas del pasado, como el de la "competencia nacional exclusiva" o dominio reservado de los Estados, como emanación de la soberanía estatal, - de la normativa internacional de protección de los derechos humanos. Con el desarrollo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, es el propio Derecho Internacional Público que se enriquece, en la afirmación de cánones y principios propios al presente dominio de protección, asentados en premisas fundamentalmente distintas de las que han orientado sus postulados en el plano de las relaciones puramente inter-estatales. El Derecho Internacional de los Derechos Humanos viene, así, a afirmar la aptitud del Derecho Internacional Público para asegurar, en el presente contexto, el cumplimiento de las obligaciones internacionales de protección de los Estados *vis-à-vis* todos los seres humanos bajo sus jurisdicciones.

[291] Para un estudio general, cfr. Francisco de Vitoria, *Relecciones del Estado, de los Indios, y del Derecho de la Guerra*, México, Porrúa, 1985, ps. 1-101; P.P. Remec, *The Position of the Individual in International Law according to Grotius and Vattel*, The Hague, Nijhoff, 1960, ps. 1-245; F.S. Ruddy, *International Law in the Enlightenment*, Dobbs Ferry N.Y., Oceana, 1975, ps. 1-364; Association Internationale Vitoria-Suarez, *Vitoria et Suarez -Contribution des théologiens au Droit international moderne*, Paris, Pédone, 1939, ps. 1-278.

> destacadamente en las lecciones perennes - sobre todo la *De Indis* - *Relectio Prior*, de 1538-1539 - de Francisco de Vitoria[292], el gran maestro de Salamanca. Esta transformación, propia de nuestro tiempo, corresponde al reconocimiento de la necesidad de que todos los Estados, para evitar nuevas violaciones de los derechos humanos, respondan por la manera cómo tratan todos los seres humanos que se encuentran bajo su jurisdicción. Esta prestación de cuentas simplemente no hubiera sido posible sin la consagración del derecho de petición individual, en medio al reconocimiento del carácter objetivo de las obligaciones de protección y a la aceptación de la garantía colectiva de cumplimiento de las mismas. Es este el real sentido del *rescate histórico* del individuo como sujeto del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.
>
> […] La apreciación del derecho de petición individual como método de implementación internacional de los derechos humanos tiene necesariamente que tomar en cuenta el punto básico de la *legitimatio ad causam* de los peticionarios y de las condiciones del uso y de la admisibilidad de las peticiones (consignadas en los distintos instrumentos de derechos humanos que las prevén) […].
>
> El derecho de petición individual disfruta, pues, de autonomía. Cualquier obstáculo interpuesto por el Estado Parte en cuestión a su libre ejercicio acarrearía, así, una violación *adicional* de la Convención, paralelamente a otras violaciones que se comprueben de los derechos sustantivos en ésta consagrados. Su autonomía en nada se vio afectada por el hecho de haber sido originalmente previsto en una cláusula facultativa de la Convención (artículo 25).

Con esta línea argumental es indudable que el derecho de petición individual se concibe en la dimensión del artículo 44 de la CADH con un alcance mucho mayor que el que tiene el artículo 25 de la Convención Europea, que sigue las bases de la *legitimatio ad causam*, es decir, requiriendo la demostración de la condición de *víctima* por el demandante particular.

> Fue éste, reconocidamente, uno de los grandes avances logrados por la Convención Americana, en los planos tanto conceptual y normativo, así como operativo. No se justificaría, pues, que, transcurridos veinte años de operación de nuestra Convención regional, se admitiera circundar de restricciones el amplio alcance de la *legitimatio ad causam*, por parte de *cualquier persona*, bajo el artículo 44 de la Convención Americana. Cabe extraer las consecuencias del amplio alcance del artículo 44 de la Convención, en lo que se refiere a la condición de los individuos peticionarios[293]. Además, en la misma línea de pensamiento, el artículo 1(1) de la Convención Americana consagra la obligación general de los Estados Partes de respetar los derechos en ella consagrados y asegurar su libre y pleno ejercicio a *toda persona* sujeta a su jurisdicción (sea ella nacional, extranjera, refugiada o apátrida, indistintamente, independientemente de su estatuto jurídico en el derecho interno).
>
> Hay que tener siempre presente la autonomía del derecho de petición individual *vis-à-vis* el derecho interno de los Estados. Su relevancia no puede ser minimizada, por cuanto puede ocurrir que, en un determinado ordenamiento jurídico interno, un individuo se vea imposibilitado, por las circunstancias de una situación jurídica, a tomar providencias judiciales por sí mismo. Lo cual no significa que estaría él privado de hacerlo en el ejercicio del derecho de petición individual bajo la Convención Americana, u otro tratado de derechos humanos.
>
> Pero la Convención Americana va más allá: la *legitimatio ad causam*, que extiende a todo y cualquier peticionario, puede prescindir aún de alguna manifestación por parte de la propia

---

[292] Cfr. *Obras de Francisco de Vitoria - Relecciones Teológicas* (ed. T. Urdanoz), Madrid, B.A.C., 1960, ps. 1-1386, esp. ps. 491-726.

[293] Cfr., en ese sentido, voto disidente de Cançado Trindade en el caso *El Amparo* (Resolución sobre Interpretación de Sentencia, del 16 de abril de 1997), párr. 29, n. 12, reproducido en: OEA, Informe Anual de la Corte Interamericana de Derechos Humanos - 1997, p. 142.

> víctima. El derecho de petición individual, así ampliamente concebido, tiene como efecto inmediato ampliar el alcance de la protección, sobre todo en casos en que las víctimas (v.g., detenidos incomunicados, desaparecidos, entre otras situaciones) se vean imposibilitadas de actuar por cuenta propia, y necesitan de la iniciativa de un tercero como peticionario en su defensa.

La lectura que recibe el derecho de petición se acuerda como derecho de acceso al tribunal supranacional, donde el concepto de nacionalidad desaparece como vínculo jurídico para el ejercicio de la protección, bastando que el individuo demandante, independientemente de su nacionalidad o domicilio, se encuentre (aunque temporariamente) bajo la jurisdicción de uno de los Estados Partes en el tratado de derechos humanos en cuestión.

Inclusive, la amplitud de ejercicio se concede a otras entidades intermedias con el único requisito de estar previamente reconocida por cualquiera de los Estados miembros. No hay más recaudos ni exigencias, de manera que sin esforzar argumentos se podría afirmar que es una libertad de acceso para todos.

Así lo considera Cançado Trindade cuando agrega […]:

> Circunscribir tal requisito al derecho interno de un determinado Estado colisionaría con la letra y el espíritu de la Convención Americana. No hay, pues, que intentar dar a ese requisito una dimensión que él no tiene, pues, en última instancia, el derecho de petición individual bajo la Convención Americana -como lo ha señalado la Corte en la presente Sentencia [Castillo Petruzzi]- encuéntrase abierto ampliamente a *cualquier persona* o *grupo de personas*. No se cuestiona la facultad del Estado demandado de buscar determinar el reconocimiento legal de una entidad no-gubernamental peticionaria, bajo el artículo 44 de la Convención, desde que con eso no se pretenda subordinarla a disposiciones pertinentes de su propio ordenamiento jurídico interno o del derecho interno de un Estado determinado.
>
> A ejemplo del propio derecho de petición individual *per se* bajo la Convención Americana (y demás tratados de derechos humanos) en general, también ese requisito de legalidad de una entidad no-gubernamental en particular encuéntrase *desnacionalizado*[294]. La protección

---

[294] Bajo la Convención Europea de Derechos Humanos, por ejemplo, el requisito de reconocimiento legal de una organización no-gubernamental peticionaria (bajo el artículo 25) ni siquiera existe. La práctica de la Comisión Europea de Derechos Humanos endosa la interpretación de que la referencia del artículo 25 de la Convención a "organización no-gubernamental" tout court, sin condicionantes o calificativos, tuvo como propósito impedir la exclusión de cualesquiera personas, otras que las personas físicas, habilitadas a recurrir a la Comisión Europea; cf. *Les droits de l'homme et les personnes morales* (Colloque de Louvain de 1969), Bruselas, Bruylant, 1970, p. 20 (intervención de H. Golsong); y cf. Actes du Cinquième Colloque International sur la Convention Européenne des Droits de l'Homme (Colloque de Francfort de 1980), Paris, Pédone, 1982, ps. 35-78 (informe de H. Delvaux). A su vez, la Corte Europea de Derechos Humanos, en su sentencia del 09.12.1994 en el caso de *los Santos Monasterios vs. Grecia*, decidió rechazar un intento de imponer restricciones (otras que la de la condición de "víctima") a la organización no-gubernamental en cuestión. En el *cas d'espèce*, el Estado demandado argumentó que, dados los vínculos que él mismo mantenía con la Iglesia Ortodoxa Griega y la "influencia considerable" de esta última en las actividades estatales y en la administración pública, los Monasterios demandantes no eran organizaciones no-gubernamentales en el sentido del artículo 25 de la Convención Europea (párr. 48). La Corte rechazó este argumento, al encontrar que los referidos Monasterios no ejercían poderes gubernamentales. Su clasificación como entidades de derecho público tenía por objeto tan solo extenderles protección jurídica *vis-à-vis* terceros. Al situarse los Santos Monasterios bajo la "supervisión espiritual" del arzobispo local y no bajo la supervisión del Estado, distinguíanse de este último, del cual eran "completamente independientes". Por consiguiente, -concluyó la Corte Europea-, los Monasterios demandantes eran organizaciones no-gubernamentales en el sentido del artículo 25 de la Convención Europea (párr. 49).

> de los derechos humanos accionada por el ejercicio del derecho de petición individual se efectúa a la luz de la noción de *garantía colectiva*, subyacente a la Convención Americana (así como a los demás tratados de derechos humanos). Es en ese contexto que se ha de apreciar el amplio alcance de la *legitimatio ad causam* bajo el artículo 44 de la Convención Americana.

Ahora bien ¿es posible dar un efecto tan abierto a la legitimación para obrar en el derecho interno?

Es aquí donde el derecho de petición consagrado a nivel internacional no se puede igualar. En aquellos procedimientos de defensa y promoción de los derechos humanos es fantástico que se facilite la entrada a un sistema de protección que tiene siempre en cuenta el principio *pro homine.* Es claramente un orden público internacional que no contabiliza más limitaciones que las establecidas reglamentariamente.

Para la Corte IDH es un deber de tutela que trabaja con la cooperación de los Estados y sin limitaciones del derecho interno. Por eso algunas veces advierte a los Estados sobre ciertas restricciones al acceso a los jueces, que obstruyen el derecho a ser oído.

> En el caso *Castañeda Gutman vs. México*[295] la Corte destaca la importancia de que los Estados regulen los recursos judiciales de forma tal que las personas tengan certeza y seguridad jurídica de sus condiciones de acceso. En el mismo sostiene que […] "la legitimación activa para interponer el recurso es de todo ciudadano, conforme al artículo 79, pero cuando el mismo alegue ciertas violaciones a sus derechos políticos el juicio queda en condiciones de ser promovido, al momento o tiempo en que hayan ocurrido los hechos que se aprecian en cada hipótesis, conforme al artículo 80, lo cual implica que las modalidades a que hace referencia dicho artículo de la Ley de Impugnación Electoral son en realidad supuestos de hecho que condicionan la procedencia del juicio para la protección de algunos de los derechos político-electorales del ciudadano. El artículo 80 impone la condición de que el ciudadano haya sido propuesto por un partido político, y en esa condición se le haya negado el registro como candidato a un cargo de elección popular.
>
> Como observa esta Corte, además de que tanto el artículo 79 como el artículo 80 de la Ley de Impugnación Electoral se encuentran dentro del capítulo "De la procedencia", existe una distinción entre los requisitos generales de procedencia del juicio para la protección y los supuestos particulares que condicionan dicha procedencia en ciertos casos respecto de los derechos político-electorales. En cuanto a la procedencia, el juicio debe ser promovido en carácter individual y efectivamente no es necesario que la persona lo interponga bajo los auspicios de un partido político, tal como sostiene el Estado al afirmar que los requisitos de admisibilidad son los del artículo 79 de la Ley de Impugnación Electoral. Sin embargo, la ley estableció y la jurisprudencia del Tribunal Electoral así lo ha ratificado, una condición con la que debe cumplir todo aquél que reclame específicamente su derecho a ser registrado como candidato a elección popular: haber sido propuesto por un partido político. Dicha causal, aun cuando no fuera un requisito de procedencia general del juicio conforme al artículo 79, condiciona la procedencia del mismo cuando se alega la negativa indebida de registro a una candidatura de elección popular, lo cual se traduce en que el juicio para la protección de los derechos político-electorales sólo sea accesible, en lo que respecta a dicho aspecto del derecho político de ser votado, a las personas que fueron propuestas por un partido político, y no a toda persona titular de derechos políticos.

---

[295] Corte IDH. *Caso Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos. Excepciones preliminares. Fondo. Reparaciones y Costas*. Sentencia de 6 de agosto de 2008

No obstante, estas admoniciones se alegan cuando se viola el derecho a disfrutar de un recurso sencillo y eficaz (art. 25 CADH), sin que pueda tomarse el derecho de petición como una posibilidad abierta cual si fuera una acción popular.

Es aquí donde el derecho de petición consagrado a nivel internacional no se puede igualar. En aquellos procedimientos de defensa y promoción de los derechos humanos es fantástico que se facilite la entrada a un sistema de protección que tiene siempre en cuenta el principio *pro homine.* Es claramente un orden público internacional que no contabiliza más limitaciones que las establecidas reglamentariamente.

Para la Corte IDH es un deber de tutela que trabaja con la cooperación de los Estados y sin limitaciones del derecho interno. Por eso algunas veces advierte a los Estados sobre ciertas restricciones al acceso a los jueces, que obstruyen el derecho a ser oído.

Creemos que el *ius standi* que tienen los individuos que posicionan sus pretensiones ante la Comisión IDH con la esperanza de llegar a la Corte IDH, no es igual al *standing to sue* (legitimación para obrar) que reglamentan los derechos locales, a sabiendas que existen situaciones particulares que obligan a singularizar el problema y a darle un tratamiento diferenciado como veremos en el resto de este trabajo.

En suma, la asimetría parece quedar expuesta en lo siguiente […]:

> Si deseamos realmente actuar a la altura de los desafíos de nuestro tiempo, es a la consagración de dicho *ius standi* que debemos prontamente dedicarnos, con la misma clarividencia y osadía lúcida con que los redactores de la Convención Americana divisaron originalmente el derecho de petición individual. Con la base convencional que nos fue legada por el artículo 44 de la Convención Americana, no necesitamos esperar medio siglo para dar expresión concreta al referido *ius standi*. Con la consolidación de este último, es la protección internacional que, en última instancia, en el ámbito de nuestro sistema regional de protección, habrá alcanzado con eso su madurez[296].

Por eso, tener el acceso a la justicia como si fuese una acción libre despojada de condiciones y abierta a todo reclamo popular, no significa elaborar con este entorno un presupuesto para el debido proceso. En realidad, de cuanto se trata es de evitar que las cuestiones de legitimación en la causa y en el proceso no sean absurdas o irrazonables, porque cuando lo son, se cancela un derecho de ejercicio constitucional que, en consecuencia, vulnera el derecho de defensa en juicio.

6. Legitimación en la causa y en el proceso

La relación entre quien pide y el derecho que reclama como suyo, así como el vínculo existente entre la pretensión y los efectos que se pretenden, son el pórtico de acceso que las partes deben superar para entrar al proceso. La llave la tiene el juez y sólo él puede dar paso.

Las llamadas *situaciones jurídicas subjetivas*, son los tipos de interés que emparentan al que reclama ante la justicia y frente a un adversario, con la consecuencia que solicita. De este modo, el derecho subjetivo, o propio, ha definido desde antaño las

---

[296] Corte IDH, *Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú*. *Excepciones preliminares.* Sentencia de 4 de setiembre de 1998. Voto razonado de Cançado Trindade.

posibilidades del acceso a la justicia, tanto en el sentido de peticionar a la autoridad jurisdiccional, como para tramitar un proceso.

Con el tiempo, se evolucionó en categorías donde se radicaron otros tipos de intereses, dados en llamar (de acuerdo con la mayor o menor proximidad con la afectación propia): intereses legítimos; intereses colectivos; intereses simples, y el último progreso que fueron los llamados derechos o intereses difusos.

La pertenencia exclusiva del derecho supone que, llevada la demanda al proceso judicial, el derecho sea propuesto por la misma persona que lo titulariza, pues de otro modo, no existe la legitimación en la causa necesaria para resolver la condición para obrar.

El problema aparece cuando el interés expuesto a través de la demanda no se postula por quien ha sido el titular de la relación jurídica sustancial, tal como sucede en los casos de representación, cesión de derechos, sucesión, etc.

El Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (CPCC) refiere a la legitimación para obrar únicamente en el artículo 347 inciso 3º, al señalar en el capítulo de las defensas y excepciones (se pueden oponer al progreso de la demanda) que: "*Sólo se admitirán como previas las siguientes excepciones.....3) Falta de legitimación para obrar en el actor o en el demandado cuando fuere manifiesta, sin perjuicio, en caso de no concurrir esta última circunstancia, de que el juez la considere en la sentencia definitiva*".

La importancia que tiene no definir en parte alguna del código lo que se pretende con la legitimación, para referirse solo a ella en un capítulo contingente como es el de las excepciones, podría sospechar que es un tema meramente facultativo, dispuesto como potestades del demandado, antes que valoradas *ex officio* por el juez de la causa. Sin embargo, no es así.

Por su parte, la "*legitimación ad processum*" explica las aptitudes necesarias para actuar en juicio y las condiciones que ha de tener la relación jurídica procesal para que pueda dictarse una sentencia útil a los "contradictores necesarios".

Comúnmente se habla en el derecho material de legítima persona *standi in iudicio* con referencia a la capacidad para comparecer o estar en juicio, determinando que sólo pueden hacerlo quienes estén en pleno ejercicio de sus derechos civiles, excluyendo a los incapacitados o inhabilitados.

Por eso, la legitimación se refiere al título legal en que la representación del derecho se funda y es indudablemente un presupuesto de validez del proceso como un todo y de cada uno de los singulares actos procesales.

Es el terreno de la admisión preliminar que configuran típicas cuestiones procesales, no materiales como en la legitimación *ad causam*.

> En este aspecto, sostiene Serra Domínguez[297] que la legitimación puede contemplarse desde dos diversas perspectivas: a) la legitimación material derivada de la titularidad efectiva por las partes litigantes de la relación jurídica deducida en el proceso; b) la legitimación procesal consistente en la determinación de las personas que pueden intervenir como partes en un proceso concreto y determinado.

---

[297] Serra Domínguez, Manuel, "*Precisiones en torno a los conceptos de parte, capacidad procesal, representación y legitimación"*, en Revista Justicia, 1987, Barcelona, ps. 233 y ss.

Nuestro ordenamiento procesal, también en el artículo 347 inciso 2º, propone como defensa la excepción de falta de personería "*en el demandante, en el demandado o sus representantes, por carecer de capacidad civil para estar en juicio o de representación suficiente*".

Pero aquí la cuestión no se presenta aislada, pues el resto del sistema normativo encuentra otros "controles" de la regularidad, tales como los artículos 34, 36, 46, 47, 48, entre otros, sin perjuicio de las disposiciones emergentes del Código Civil (arts. 52, 128, 131, o en los capítulos signados para el mandato y la representación, etc.).

El tema se bifurca en dos aspectos, de un lado la aptitud necesaria que debe tener quien se presenta solicitando la calidad de "parte", el cual para serlo tendrá que tener capacidad suficiente; y por otro, la representación invocada, que ha de ser efectiva para no desvirtuar el alcance probable de la sentencia por indebida integración.

*6.1 La legitimación procesal "***ad causam***".*

Nuestro sistema procesal reconoce antecedentes y modelo en la ley de enjuiciamiento civil española de 1855; la diferencia, en punto al tema de la legitimación, fue que nosotros distinguimos -sobre todo después de la reforma procesal de la ley 17.454- los problemas de representación y capacidad, de aquellos que corresponden a la acción, propiamente dicha (por eso a la falta de personería suele llamarse excepción de falta de acción); mientras en España, admitiendo que recién con la Ley 1/2000 comienza a hablarse de legitimación, se dividieron las aguas entre el "carácter" con que el litigante se presentaba al juicio, y la "cualidad" que debía acreditar para dicho comparecimiento.

En Argentina, entonces, la legitimación procesal recibe la mismas cuestiones de tratamiento que en España, solo que se asignan denominaciones diferentes pero que llevan el mismo sentido.

Tal similitud obliga a reconocer en el paralelo idénticos problemas e iguales confusiones, aunque la jurisprudencia local utilizó algunas respuestas del sistema aplicado en Estados Unidos de América para definir el *standing to sue* (legitimación para obrar).

> Y con ello se introdujo una confusión constante que no advierte que los problemas de legitimación procesal tienen en Estados Unidos una connotación distinta a la que sucede en Europa, basada esencialmente, en la diferente metodología para actuar el control de constitucionalidad. Mientras América asigna a *todos los jueces* la potestad de fiscalizar la supremacía constitucional, sabiendo que la actuación no tiene jurisdicciones especiales (de modo tal que es el mismo Juez ordinario quien resuelve la cuestión constitucional); en Europa hay jurisdicciones específicas para lo administrativo, lo comunitario, la justicia ordinaria y los Tribunales Constitucionales, donde cada uno establece los requisitos de admisión y de postulación.

Quizás el fundamental sea el que propicia ubicar en el hall de entrada al proceso la acreditación del interés con que se actúa, circunstancia que es más grave en España porque el art. 24 constitucional, exige el acceso irrestricto a la justicia y consagra el derecho a la jurisdicción.

> En mi opinión -sostiene Ramos Méndez[298]-, la teoría de la legitimación representa hoy un esfuerzo superfluo y vano para tratar de asegurar la presencia en el juicio desde su iniciación, del verdadero titular del derecho discutido en el juicio. Dicho propósito es estéril porque admitido el principio de libertad de acción, no puede condicionarse la admisibilidad del juicio a que el litigante justifique *in limine litis* la titularidad de su derecho. La existencia o no de dicha titularidad sólo resultará del juicio, de la sentencia, en definitiva. Lo que bastará para la conducción del juicio es sencillamente que dicha persona sea uno de los litigantes. Por este camino, la legitimación sólo nos viene a indicar quién es la parte que litiga o contra la cual se litiga, quien es el demandante y quién es el demandado, y nada más. Su aportación a la teoría de las partes es si se quiere sencilla, pero necesaria y suficiente, porque los juicios no se desenvuelven entre entes abstractos, sino entre personas concretas.

En nuestro país, después de la reforma en el código de fondo, la capacidad de ejercicio se reglamenta con parámetros muy distantes a los procesales. Ello obliga a una ardua tarea de interpretación y adecuación ante el cúmulo de situaciones jurídicas que se afrontan en diversidad de contingencias que, de tratarse con los estándares de la legitimación para obrar clásica, quedan despojadas del derecho de acción.

Explicado se afirma que […]

> El Código Civil y Comercial de la Nación revoluciona el sentido tradicional de la regulación de las relaciones privadas, estructurándose a partir de la perspectiva de protección de la persona humana y de sus derechos fundamentales. Tal como se anticipa en los Fundamentos de elevación, el Código recepta el llamado proceso de constitucionalización o humanización del derecho privado, derivado del desarrollo creciente de la doctrina internacional de los derechos humanos, entre cuyos principios esenciales destaca el de no discriminación y respeto de la persona y su diversidad. Este es un dato sumamente importante, ya que un Código que parte de respetar los contenidos de los tratados internacionales de derechos humanos, asegura que al momento de efectuar el llamado "control de convencionalidad" –control que deben efectuar de oficio los jueces al momento de aplicar las leyes para verificar si las normas internas son coherentes con las de los tratados internacionales–, se evitarán de ahora en más las famosas declaraciones de inconstitucionalidad de las normas, a la que la justicia debió muchas veces recurrir para no aplicar una determinada ley, ya desajustada a los principios constitucionales comprometidos en el caso[299].

El artículo 23 del Código Civil y Comercial de la Nación destaca como *capacidad de ejercicio*, la facultad de toda persona humana para ejercer por sí misma sus derechos, excepto las limitaciones expresamente previstas o las que establezca una sentencia judicial. En cambio, el código procesal se refiere a la capacidad dentro de los presupuestos de la legitimación para obrar, lo que lleva a considerar, en primer término la aptitud de la persona para estar en juicio.

De este modo, tanto el derecho a ser oído como el ejercicio del derecho de defensa, quedan condicionados a la verificación previa que se dispone para que una persona pueda quedar constituida como "parte".

En consecuencia, el derecho de acción encuentra otro aspecto a dilucidar, en la medida que si la capacidad es la regla y la incapacidad la excepción, hay múltiples

---

[298] Ramos Méndez, Francisco, *Guía para una trancisión ordenada a la LEC*, Bosch, Barcelona, 2000, ps. 101 y ss.

[299] Fernández, Silvia Eugenia, *La capacidad de las personas en el nuevo Código Civil y Comercial*, artículo ingresado el 30 de abril de 2015 en http://www.nuevocodigocivil.com/

situaciones subjetivas que se deben esclarecer (v.gr.: menores; incapaces de derecho y de hecho; condenados; quebrados, etc.).

Pero en Argentina, la capacidad para obrar exige, además, representación adecuada de los derechos que se ejercen, sobre todo, cuando ellos pertenecen a un colectivo de personas, o estando difuminado entre muchos sin identificar el núcleo de afectados, necesitan acceder a la justicia superando las vallas tradicionales de la legitimación para obrar.

> Las legitimaciones abiertas se delinean desde las *class actions* reguladas en las *Federal Rules of Civil Procedure* de 1938 (actualizadas en 1966), de las que la Regla 23 es la más trascendente porque determinó que uno o más miembros de una clase puede demandar o ser demandado como parte en representación de todos cuando: 1) la clase es tan numerosa que la actuación de todos es impracticable, 2) existen cuestiones de hecho y de derecho comunes a la clase, 3) las demandas o defensas de las partes representantes son típicas de las demandas o defensas de la clase, y 4) las partes representantes protegerán los intereses de la clase justa y adecuadamente.

En el caso "*Halabi*", la Corte Suprema de Justicia entiende que […]:

> "El juez debe admitir la pretensión deducida por parte de un representante de la clase, efectuando un adecuado control de su representatividad y de la existencia de una comunidad de intereses. La decisión que se adopta tiene efectos *erga omnes*. En el contexto de la citada disposición es posible distinguir tres tipos de acciones: la primera diseñada para los supuestos en que el ejercicio individual de las pretensiones mediante procesos individuales resulte perjudicial para el enjuiciado o para los miembros del colectivo por crear el riesgo de sentencias contradictorias o disímiles respecto de los sujetos individuales, que impongan comportamientos incompatibles a la parte opuesta del grupo o que, en la práctica, sean dispositivas de los intereses de otros miembros no partes, o que sustancialmente menoscaben o eliminen la posibilidad de proteger sus intereses. El segundo tipo es aquél concerniente a los supuestos en que la contraparte del grupo ha evidenciado una conducta positiva u omisiva por motivos vinculados a aquél, lo que torna apropiado una resolución condenatoria o declarativa que involucre a todo el conjunto. El tipo restante se presenta cuando el juez otorga primacía a los puntos fácticos o jurídicos comunes a los integrantes del grupo por sobre cualquier cuestión que afecte sólo a sus miembros individuales, de manera tal que la acción del colectivo es siempre superior a la acción individual"[300].

La distinción obligada es con el concepto de representación civil que tiene que ver parcialmente (en la gestión de los derechos individuales o colectivos que se llevan ante los jueces), pero que nada significa para considerar el tema de la legitimación.

Son temas de certificación ordinaria y extraordinaria del que pide y ante quien pide; admite excepciones por circunstancias especiales y cambia el contexto reglamentado, tornando evidente la necesidad de una reforma en tal sentido.

6.2 El control de oficio de la legitimación **"ad causam"**

La posibilidad de controlar el acceso a la justicia desde el análisis inmediato de la legitimación procesal, involucra otras proyecciones temáticas que inciden en el estudio de quienes pueden llegar a ser partes en el proceso. De ello surge que existen otras cuestiones tan importantes como la legitimación, como son la capacidad, el

[300] Fallos, 332:111.

derecho de comparecer al proceso, la aptitud sustancial, entre otras, que son en esencia, situaciones procesales.

Advertidos sobre la dimensión del problema, y procurando evitar que la legitimación *ad causam* se valore recién al tiempo de dictar sentencia, sostiene un sector importante de la doctrina que debe priorizarse la atención *in limine* litis, para evitar que se desarrolle un proceso inútil entre quienes no sean las "partes justas", o no estén todos los que deban comparecer obligatoriamente a la adecuada integración de la litis.

Para aplicar en los hechos esta postura, es preciso tener a la legitimación como un presupuesto procesal, de forma que pueda el juez resolver la calidad que tiene el portante del derecho alegado, sin necesitar que la parte lo pida.

> En tal sentido, afirma Montero Aroca [301] que el juez ha de controlar de oficio la concurrencia de la legitimación, siendo ésta un verdadero presupuesto procesal. No hay que extenderse demasiado en fundamentar la afirmación de que su ausencia constituye un defecto no subsanable, dado que la legitimación se tiene o no se tiene.

Aceptando esta corriente queda corresponderla con la situación prevista para el derecho de acción, el cual, como dijimos, no puede sufrir restricciones de acceso, a no ser que sea manifiestamente insostenible el derecho que se propone.

En otra visión se colocan quienes sostienen que la legitimación en la causa exige un análisis liminar porque hace a la correcta integración del proceso.

> En este sentido, Quintero de Prieto [302] menciona que la legitimación en la causa tiene naturaleza eminentemente formal, atisba a la eficacia del proceso, no a su mérito; es la aptitud de las partes para recibir un pronunciamiento sobre el fondo de la pretensión. Su examen es oficioso siendo como es condición para el estudio de fondo, y su carencia implica sentencia apenas sobre el proceso mismo, indicativa de que se ha percibido la ineficacia del proceso y se hace impropio el adentramiento en el estudio sobre el mérito de la pretensión.

Si bien este pensamiento no excluye la posibilidad de actuar el control a través de las excepciones o defensas procesales, lo cierto es que prevalece el sentido de aumentar las facultades jurisdiccionales en pos de asegurar una tutela judicial efectiva.

Pero también ocurre que, comparando legislaciones adjetivas, casi todas recurren a la vía de las excepciones previas para denunciar la ausencia o insuficiencia de legitimación para obrar.

Sin embargo, la conclusión no puede ser tan severa, en la medida que un somero estudio de las restantes disposiciones muestra que el legislador otorga al juez facultades suficientes para controlar la regularidad de la marcha procedimental (art. 34 inciso 5º, apartado b], 36 en sus diversos incisos).

*6.3 La legitimación "***ad causam***" y la pretensión procesal*

---

[301] Montero Aroca, Juan, *La legitimación en el proceso civil*, Cívitas, Madrid, 1994, ps. 56 y ss.

[302] Quintero de Prieto, Beatriz, *La legitimación en la causa*, en Revista de Estudios Procesales, nº 36 (mayo/1983), Rubinzal Culzoni, Santa Fe, p. 9.

Quizás parte de la problemática comience con el paralelo que se quiere conseguir entre la persona que pide con la pretensión vinculada, porque se quiere encontrar siempre un vencedor y un derecho nuevo consolidando un derecho subjetivo personal (individual)

Una variación se encuentra en la línea argumental que propone que la legitimación deba relacionarse con la pretensión en cuanto a revestirla de razones y argumentos que perfeccionen la situación jurídica que otorga derecho a tramitar un proceso. No sería la acción la que se vincula en la simetría, sino la pretensión procesal. Concepto que, tiempo después, avanzará Carnelutti al definir su posición respecto a la naturaleza jurídica del proceso.

En pocas palabras, la trascendencia que tiene el emplazamiento estriba en modificar la calidad de quien pide respecto a lo que espera obtener, esto es, no se trata ya de ver si quien acciona tiene derecho, sino de analizar, si quien pretende acredita suficiente interés para tramitar un juicio.

> Rosenberg[303] advierte que la facultad de gestión del proceso, o el poder de conducción sobre el mismo, en el que se ha hecho versar la legitimación *ad causam*, se confiere o atañe por regla general a los mismos titulares de la relación jurídica controvertida; pero en el derecho contemporáneo no se confiere dicho poder a esos titulares sino a otros que nada tienen que ver con la relación sustancial, siendo entonces así que, a medida que se progresa en la teoría del proceso y relevándose la inexacta afirmación acerca de que el poder de conducción procesal lo tienen quienes son dichos propietarios del derecho o de la obligación.

Precisamente, calificar la legitimación para obrar de acuerdo con la pertenencia del derecho, evita considerar las situaciones de sucesión procesal, representación, mandato, gestión, etc., que resultan en el caso aquellos que efectivamente deducen la pretensión.

Por eso la idea de relacionar pretensión con legitimación personifica la realidad circunstancial y permite ocuparse de los denominados casos de legitimación anormal o extraordinaria, en los cuales la relación jurídica clásica entre dos, desaparece por la confusión de una de las partes o la incorporación de otros interesados, que a su vez, lleva a tener que especificar el rol que tiene el interés en la teoría de la legitimación.

7. La legitimación en el proceso y los presupuestos procesales

La legitimación *ad processum* refiere a las condiciones particulares que las partes deben acreditar para comparecer en juicio. Son presupuestos vinculados con la capacidad y la representación.

Al resultar condiciones o aptitudes que deben tener las partes, la legitimación en el proceso se relaciona íntimamente con los presupuestos procesales, en especial, con aquellos que se exigen para el ejercicio de la acción.

Estos presupuestos son necesarios para validar la eficacia de los actos dispuestos en la estructura del procedimiento, atravesando etapas sucesivas con similares requisitos en cada una.

---

[303] Rosenberg, Leo, *Derecho Procesal Civil*, tomo I, Ejea, Buenos Aires, 1955.

Con la demanda y el despacho del juez se inicia la instancia que obliga a proveer. Pero, antes de ello, el magistrado debe analizar la procedencia de las peticiones y vincular el ejercicio de la pretensión con el agente que la porta (representación); luego, investigar si tal acto puede o no ser tenido en cuenta (interés en obrar), prescindiendo de su incidencia con la providencia de mérito; y finalmente, controlar el revestimiento externo del acto para recabar del mismo su apego a las formas.

Este estudio previo de los requisitos de procedencia constituyen actitudes oficiosas del órgano jurisdiccional, y someten al proceso a un examen liminar tendiente a depurarlo de eventuales vicios invalidantes.

El autocontrol puede desplazarse a la decisión del contradictor, por medio de las excepciones procesales, que son, justamente, las situaciones que pueden oponerse al progreso de un proceso irregularmente constituido (art. 347 incisos 2º y 3º, CPCC). Este pasaje importa considerarlo específicamente por mediar en nuestros códigos una confusión ancestral que pondera en un mismo rango a los presupuestos procesales con la posibilidad de obtener sentencia favorable.

Superado recién este segmento y sustanciada la causa, el juez puede entrar a la etapa resolutiva. Aquí la relación entre el mérito y los presupuestos procesales resulta diferente a los anteriores. Ahora las condiciones versan sobre la suerte de la pretensión para lograr sentencia de fondo y, en esta oportunidad, los presupuestos actúan en secuencia o complementarios de los aspectos investigados en particular. Ellos refieren a la existencia del derecho, a la relación jurídica material invocada, a la prueba rendida para verificar el derecho afirmado, a la exigibilidad cierta del interés, a la congruencia de la petición con lo obrado en juicio, a la claridad de los hechos invocados en la demanda, etc..

En otro sentido, para la sentencia favorable es difícil enumerar con pretendida precisión cuales serían los presupuestos requeridos. *Prima facie*, la legitimación *ad causam*, la posibilidad jurídica y la producción de la prueba serían los requerimientos principales.

De este modo vemos como se distancian la legitimación *ad causam* de la legitimación *ad processum*. Si el interés para obrar es el que justifica el derecho al proceso, por una parte; en la otra, los presupuestos validantes de la acción reposan en exigencias sustentadas en condiciones procesales, de manera que la distinción entre legitimaciones parece ambigua, siendo más conveniente referir a una sola legitimación.

La univocidad lograría que se ubique el dilema de la etapa donde debe analizarse la regularidad del trámite. El problema sería adecuar el tiempo apropiado, toda vez que si está entre los requisitos de admisibilidad de la demanda, podría eventualmente vulnerarse el derecho a la jurisdicción (esto es, el derecho al proceso, una vez reconocido el derecho de acción); y si es posterior, cabe la posibilidad de someter a la justicia a un desgaste innecesario, que pudo impedirse.

También es posible indicar como finalidades de estos presupuestos de la legitimación, dos direcciones. Una que se ocupa de validar la relación jurídica que se constituye; y otra, que persigue la eficacia de la sentencia aplicada a las "partes legítimas".

De esta manera, cuando se hable de legitimación procesal el interesado sabrá que para lograr la aptitud de tramitar un litigio y llegar a una sentencia sobre el fondo, tendrá que cubrir estos espacios fundamentales de los presupuestos procesales:

1) Los que se dirigen a validar el ejercicio de la acción por la persona que peticiona en la demanda, esto es, la verificación de la capacidad procesal y la forma de la representación en juicio.

2) Los que encaminan la eficacia de la pretensión, y como tales asientan en el interés para obrar, o lo que es igual decir, aquellos que demuestren la posibilidad jurídica de dar curso a la relación procesal con los sujetos que la integran y respecto de la causa de pedir, para constatar la efectividad de ese derecho.

3) Los relacionados directamente con el procedimiento y sus etapas, que si bien no se relacionan directamente con la legitimación, sí en cambio lo hacen para vincular el derecho a una sentencia favorable a partir del derecho acreditado, que justificaría la llamada legitimación *ad causam*.

8. Legitimación e interés para actuar

De lo expuesto puede colegirse cierta relación efectiva entre el derecho subjetivo y la legitimación *ad causam*. Evidentemente, todo el tratamiento doctrinario y legislativo se ocupa principalmente de resolver la acreditación del *status jurídico* para definir *a posteriori* la admisión al proceso (si se permite el relevamiento oficioso) o la denegación en la sentencia (con los efectos de cosa juzgada que cada caso merezcan).

Pero el tema no puede quedarse en esta parcela tan singular y acotada de los derechos personales, pues aquí la explicación se detiene para los llamados casos de legitimación ordinaria, sin ocuparse de las extensiones que tiene la dinámica del interés en otras áreas jurídicas.

Esta proyección del "derecho al proceso" a otros interesados que no resultan "dueños" del derecho subjetivo, suponen también el derecho de acceso al juicio. De alguna manera es un retorno al problema que presentan los llamados "intereses o derechos difusos", donde la individualización no resulta posible, aunque esta clara la masificación del interés en actuar.

En conjunto es el campo de los presupuestos procesales, que no están en contraposición con las garantías que venimos desarrollando, ni se oponen al concepto central de cuanto se entiende por debido proceso.

Recordemos que fue la Corte IDH la que para un caso argentino sostuvo […]

> Si el acceso a la justicia se ocupa de esas condiciones materiales y jurídicas en procura de igualdad, el debido proceso se centra en las reglas o garantías para la realización de la justicia formal y material, y por eso puede tener una identificación más nítida con los procesos en sí mismos. En tanto componentes complejos del derecho a la tutela judicial efectiva, ambas garantías concurren e inciden en todas las etapas procesales, desde las reglas de emplazamiento hasta las del juzgamiento, y de una y otra garantía depende que podamos hablar de la realización de un juicio justo. Esta Corte considera que si bien el derecho al acceso a la justicia no es absoluto y, consecuentemente, *puede estar sujeto a algunas limitaciones discrecionales por parte del Estado*, lo cierto es que éstas deben

> guardar correspondencia entre el medio empleado y el fin perseguido y, en definitiva, no pueden suponer la negación misma de dicho derecho[304] (la cursiva nos pertenece).

Esta idea distingue el derecho de acceso a la justicia como componente esencial del derecho a la tutela jurisdiccional, del derecho a tramitar un proceso. Ambos gozan del mismo emplazamiento constitucional, aunque tenga el acceso a la justicia de una dimensión más expandida.

El profesor venezolano Rodrigo Rivera Morales explica esta distinción […]

> La doctrina está conteste que el derecho a la jurisdicción es un derecho prestacional de configuración legal, por tanto su ejercicio está dependiente de los presupuestos y requisitos procesales que, en cada caso haya establecido el legislador, el cual no puede actuar caprichosamente ni afectar el núcleo esencial del derecho. En este sentido es repetido el criterio en la doctrina académica y jurisprudencial que el derecho a la tutela judicial efectiva se satisface también con una respuesta de inadmisión fundada en una causa legal, que haya sido apreciada razonablemente por el órgano judicial. En decisión del Tribunal Constitucional de España (STC 158/2000, de 12 de junio -la cual reitera criterios de SSTC 8/1998, de 13 de enero; 122/1999, de 28 de junio y 167/1999, de 27 de septiembre), se expresa que […]: "Igualmente venimos sosteniendo que, con carácter general, la decisión sobre la admisión o no de una demanda, así como la verificación de la concurrencia de los presupuestos y requisitos materiales y procesales de la misma son cuestiones de estricta legalidad ordinaria, cuya resolución corresponde exclusivamente a los órganos judiciales en el ejercicio de la potestad que privativamente les confiere.
>
> Doctrina que en Venezuela se ha aceptado de la siguiente manera: la Sala Constitucional expresa: "Cuando se rechaza in limine litis la acción, no hay negativa al derecho de acceso a la justicia, ya que se está emitiendo un fallo, en pleno ejercicio de la función jurisdiccional. A juicio de esta Sala es un requisito de la acción, que quien la ejerce tenga interés procesal, entendido éste como la necesidad del accionante de acudir a la vía judicial para que se declare un derecho o se le reconozca una situación de hecho a su favor. Si teóricamente es irrelevante ir a la vía judicial para obtener la declaratoria del derecho o el reconocimiento o constitución de la situación jurídica, o para preservar un daño, la acción no existe, o de existir, se extingue, si cesa la necesidad de incoar la actividad jurisdiccional. […] (Sala Constitucional, sentencia Nº 956, de 01-06-01)[305].

La legitimación tiene que ser reconocida porque se juega en su medida una cuestión fundamental que solo el derecho constitucional debe tomar a su cargo. Pero agregamos mas: hay casos en que, aunque la ley niegue legitimación a alguien, el juez tendrá que reconocérsela "contra ley", porque si se la niega en mérito de que esa es la solución que arbitra la ley, cumplirá la misma pero violará la Constitución.

Tal cosa ocurre cuando es evidente que en un proceso determinado y con un objeto también determinado, alguien que ostenta derecho e interés en la cuestión no puede intervenir en el proceso, no puede plantear la cuestión, esta privado del derecho a formular su pretensión y a obtener resolución judicial sobre ella, y tampoco puede promover el control constitucional.

La inconstitucionalidad que se tipifica en esos supuestos radica, en su última base, en la violación del derecho a la jurisdicción como derecho de acceder a un tribunal judicial.

---

[304] *Caso Cantos vs. Argentina*. *Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 28 de noviembre de 2002. Serie C N° 97, párr. 54.

[305] Rivera Morales, Rodrigo, *Nulidades procesales, penales y civiles.* Universidad Católica del Táchira – Librería J. Rincón, Barquisimeto (Venezuela), 2007 (2ª edición), p. 29.

La cuestión mas importante, vertebral, es aquélla que focaliza el problema en ciernes, es decir, el objeto del proceso, para después resolver desde la dinámica procesal, si la legitimación para obrar justifica el interés puesto de manifiesto, y en su caso, si la sentencia puede originar sobre alguien que pretende los efectos jurídicos que se propusieron.

> En nuestra opinión, el ejercicio del derecho de acción importa reclamar a la justicia actos necesarios para tutelar un determinado interés. Luego, en la sentencia, se ver si ese interés posible de incitar la actividad jurisdiccional, tendrá los resultados esperados por las partes; por ello, en la etapa inicial, no es necesario que quien exponga razones las tenga, basta con la creencia de obrar asistido de buena fe.
>
> Es decir, que las partes pueden estar legitimadas en la causa, tengan derecho o no, porque el titular del derecho subjetivo no es el único al que le corresponde el derecho de acción.
>
> La legitimación llega después, casi inmediatamente. El interés para obrar significa tener derecho a que se resuelvan las peticiones formuladas en la demanda, sin que se tengan nexos con la obtención de sentencia favorable.
>
> En consecuencia, cuando una de las partes no acredita la calidad invocada, la decisión final no puede ser definitiva en cuanto al sustento material deducido en juicio, sino únicamente, sobre la legitimación.
>
> En este único aspecto, la legitimación *ad causam* es un presupuesto de la pretensión para la sentencia de fondo, ya que determina quienes deben o pueden demandar y a quien se debe o puede demandarse. Dicho de otro modo, el proceso necesita que actúen quienes han debido hacerlo, por ser las personas físicas o jurídicas idóneas para discutir sobre el objeto concreto de la litis.

9. Clasificación en las legitimaciones para obrar

Esquemáticamente, y por razones prácticas que facilitan la comprensión acerca de como sucede la cobertura del acceso a la justicia de una persona o conjunto de ellas, suele clasificarse el interés a tutelar en la medida que admite cada ordenamiento jurídico.

Se divide así en dos campos bastante diferentes: a) Legitimación ordinaria; b) Legitimación extraordinaria.

9.1 Legitimación ordinaria

Este tipo de legitimación es el más común, aquél que busca relacionar el derecho subjetivo en cabeza de quien se presenta ante la jurisdicción formulando la demanda. No interesa el problema de la representación o el mandato, sino quien asume la calidad de parte legítima o justa parte.

Está claro que a partir de este concepto, y precisamente por su generalidad, se llega al problema de confundir legitimación *ad causam* con titularidad del derecho subjetivo. Es el inconveniente de nuestro sistema adjetivo, que para cierto tipo de procedimientos pide al juez que verifique previamente la calidad del que pide y el interés que suscita, a efectos de formular un antejuicio sobre la legitimación material.

El punto de partida es la posibilidad jurídica de entrar al proceso teniendo en vista los derechos o intereses de la persona. Desde allí hay que ver si con ellos basta

para ser parte procesal, y con ello comienza el test de constitucionalidad del acceso a la justicia.

El presupuesto que admite plantear pretensiones ante los jueces podría ser estrictamente técnico si dependiera de una sumatoria de exigencias, donde la titularidad de la relación jurídica que fundamenta el derecho a obtener una sentencia favorable sea el principal elemento. Luego seguiría la verificación de la idoneidad del que pide (capacidad sustancial y procesal), y cuando se consigue quedar instalado como parte, se habla de posibilidad jurídica confirmada.

Otra perspectiva comienza con los atributos que se acreditan, en los que la capacidad para obrar es el título a investir porque se considera que la legitimación no es más que la capacidad civil llevada al campo procesal. Desde aquí el ropaje se compone de situaciones jurídicas fundadas en derechos materiales, antes que en intereses subyacentes.

También la jurisprudencia ha encontrado una tercera opción que confunde a la legitimación con la capacidad para actuar en un caso concreto, interpretando que es la posición en que se encuentra una persona con respecto a determinado acto o situación jurídica. En estos casos la legitimación se suma a la capacidad componiendo un inescindible agrupamiento.

Lo cierto es que cualquiera sea el rumbo que se adopte, cada uno de los tópicos que integran esta sección se entienden y aplican con diferencias notables. Un caso evidente se da con los permisos que acuerda el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, que tiene capacidades diferentes conforme la edad o la situación que se atraviese.

Solo como ejemplo véase el artículo 26 del mencionado cuerpo sustancial, que dispone […]

> *Ejercicio de los derechos por la persona menor de edad*. La persona menor de edad ejerce sus derechos a través de sus representantes legales. No obstante, la que cuenta con edad y grado de madurez suficiente puede ejercer por sí los actos que le son permitidos por el ordenamiento jurídico. En situaciones de conflicto de intereses con sus representantes legales, puede intervenir con asistencia letrada.
>
> La persona menor de edad tiene derecho a ser oída en todo proceso judicial que le concierne así como a participar en las decisiones sobre su persona.
>
> Se presume que el adolescente entre trece y dieciséis años tiene aptitud para decidir por sí respecto de aquellos tratamientos que no resultan invasivos, ni comprometen su estado de salud o provocan un riesgo grave en su vida o integridad física.
>
> Si se trata de tratamientos invasivos que comprometen su estado de salud o está en riesgo la integridad o la vida, el adolescente debe prestar su consentimiento con la asistencia de sus progenitores; el conflicto entre ambos se resuelve teniendo en cuenta su interés superior, sobre la base de la opinión médica respecto a las consecuencias de la realización o no del acto médico.
>
> A partir de los dieciséis años el adolescente es considerado como un adulto para las decisiones atinentes al cuidado de su propio cuerpo.

Con este aplicativo la capacidad civil le permite al menor ejercer y producir actos jurídicos, y en algunos casos (disposiciones sobre el cuidado de su cuerpo; resolver por sí tratamientos médicos o psicológicos; autonomía en asuntos donde estén en juego sus intereses, etc.) asumir en el proceso una personalidad jurídica singular, que

al confrontarla con las posibilidades del Código Procesal, verifican la contraposición por impedimentos (se tiene capacidad procesal a partir de los dieciocho [18] años).

Quiere decir que una cosa es que el menor pueda realizar negocios, administrar bienes adquiridos con su trabajo, e inclusive ser oído en un proceso judicial en asuntos que le conciernan; pero muy diferente resulta que de ello se adquiera una capacidad procesal que, prima facie, parece no ser la misma que asigna el Código Civil y Comercial.

Bien se puede afirmar que los derechos materiales se acuerdan en base a la capacidad conferida; y que la legitimación procesal está en el campo de la posibilidad jurídica de realizarlos dentro de un proceso.

De igual alcance conflictivo tienen los actos realizados con representación legal, donde no hay capacidad ni legitimación, sino un *tertium genus* denominado legitimación por mandato o representación.

Ésta se puede referir a las personas o a los derechos conforme se actúe para defender derechos de alguien en particular (v.gr.: tutor; curador; administrador; etc.); o de un conjunto identificado entre los objetivos que fundamentan la asunción de responsabilidades propias (v.gr.: asociaciones de usuarios y consumidores; Organizaciones no gubernamentales; Defensor del Pueblo; etc.)

En los asuntos donde haya menores de edad podrán suscitarse controversias procesales (presupuestos necesarios para entrar al proceso) y concesiones materiales (principio de autonomía progresiva) que necesariamente deben encontrar un molde donde ajustarse para evitar dispersiones que se pueden prevenir.

Un test a realizar puede ser tomado de las decisiones en control de convencionalidad que haya dicho la Corte IDH […]

> En la Opinión Consultiva 17/2002, se formularon algunas precisiones con respecto al derecho que tienen los menores para estar en juicio. El grupo definido como niños involucra a todas las personas menores de 18 años. Evidentemente, hay gran variedad en el grado de desarrollo físico e intelectual, en la experiencia y en la información que poseen quienes se hallan comprendidos en aquel concepto. La capacidad de decisión de un niño de 3 años no es igual a la de un adolescente de 16 años. Por ello debe matizarse razonablemente el alcance de la participación del niño en los procedimientos, con el fin de lograr la protección efectiva de su interés superior, objetivo último de la normativa del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en este dominio.

9.2 Legitimaciones extraordinarias

Se refieren a las diversidades de intereses que tienen protección judicial y a las personas que los promueven. Por un lado, supone reconocer otros derechos diversos al subjetivo que se posicionan como intereses jurídicamente relevantes que deben tener tutela jurídica.

Por otra, surgen en contraposición a la idea de legitimación ordinaria, explicando la función de quienes actúan en el proceso en nombre de otro a quien representan, sustituyen o acompañan (v.gr.: sustituto procesal, sucesión procesal, litisconsorcio necesario, intervención de terceros, condóminos, representantes legales, etc.)

La legitimación extraordinaria en el primer aspecto, se produce como parte del ensanchamiento de la franja de derechos tutelados que diseña todo orden jurídico. Así como antaño solo era objeto de atención el derecho subjetivo, dando cuño individualista al proceso judicial; ahora promedian otros intereses colectivos, sociales, o meramente difusos ("de *incidencia colectiva*" los llama el art. 43 de la Constitución Nacional) que a través de situaciones o representantes diversos, tienen cabida en el aura de la legitimación para actuar.

Se trata de cubrir el quid que surge cuando la pretensión planteada en juicio no viene en cabeza de su titular, sino en la masificación del interés. Algo así como un bien indivisible que admite "cuotas" identificadas en cada afectado, donde cada uno tiene parte de un todo, pero donde nadie es dueño absoluto.

El reconocimiento de estos derechos repercute en la calidad de parte y en los efectos que siguen a la sentencia, por ello, cada sistema legal debe garantizar el acceso a la jurisdicción, sin descuidar los excesos probables de los grupos que actúan.

El segundo orden de la legitimación extraordinaria se da en supuestos de cesión de la personalidad, representación o intervención de terceros, entro otros casos. En resumen, los casos de legitimación extraordinaria quedan simplificados en la modalidad como se presenta y tiene el derecho o interés a tutelar. Lo común es que sea el titular el que reclame, pero el mismo interés puede estar cedido, en cuyo caso quien lo adquiere tiene un interés derivado pero excluyente.

Si la cuestión se deduce a través de representantes legales o judiciales, la legitimación *ad causam* se vincula con la condición de parte.

Mientras que la acumulación de personas en un mismo sector permite referir a legitimaciones activas o pasivas conforme se traten de litisconsorcios de uno u otro tipo.

10. Derechos e intereses tutelados

A veces, por razones académicas, es preferible nominar como situaciones jurídicas subjetivas la relación que une la calidad del que peticiona con la cualidad que pretende, pero ello importa, casi siempre, vislumbrar que para acceder al proceso, es necesario cubrir un aspecto del derecho subjetivo.

De esta forma se regresa al polémico paralelo entre legitimación y titularidad, o entre derecho y proceso, que como hemos visto, tiende a superarse. En su lugar podemos referir a los derechos e intereses que pueden sostenerse en una demanda y otorgar legitimación *ad causam* a quienes los invoquen.

Los intereses son múltiples y polifacéticos, de modo tal que, para lograr cierta precisión en punto a la legitimación procesal, debemos capturarlos de acuerdo a como ellos se presentan al proceso.

a) Intereses públicos e intereses privados: correspondiente a un esquema clásico imbuido del sistema liberal que pregona la gran mayoría de los códigos procesales de la primera mitad del siglo XX, avanzando hasta la década del 80 cuando aparecen los intereses colectivos y difusos, otorgando una dimensión pluralista a los derechos que debían ser satisfechos.

La división genera que la defensa de unos deban intentarse a través de quienes "tienen" representación adecuada (derecho subjetivo) y otros, por el mecanismo articulado en el Ministerio Público, o nuevos órganos que tienen cierta especialización (v.gr.: Defensor del Pueblo).

b) Intereses individuales e intereses colectivos: los primeros procuran satisfacer necesidades particulares que no tienen proyecciones hacia otros, pues la sentencia solo a beneficia al actor o al demandado; los intereses colectivos, en cambio, refieren a las acciones de grupos que personifican un interés susceptible de provocar efectos reflejos a todos los que se encuentran dentro del sector.

La "categoría" del interés a tutelar significa cierto grado de organización en la preparación de las acciones, y una elección adecuada de la vía procesal pertinente.

Ejemplo de estos intereses son las "acciones de clase" norteamericanas, o algunas modalidades del amparo colectivo que recrea en nuestro diseño constitucional el artículo 43.

c) Intereses difusos: son la mayor novedad pues se presentaron para dar vuelta el sistema creado por la doctrina administrativa que, en su tiempo, separó al derecho subjetivo de los intereses, y a estos los catalogó como legítimos, colectivos o simples de acuerdo a la situación jurídica que denunciara el individuo.

Existe en los derechos de incidencia colectiva (cfr. art. 43 de la Constitución argentina) una traspersonalización de la pertenencia. No existe un dueño exclusivo ni singular, porque la pertenencia es 'de todos'.

Las modalidades que adquiere la protección procesal de los intereses o derechos difusos depende, en gran medida, de una decisión de política legislativa, aunque como veremos en el desarrollo jurisprudencial, tiene una importante evolución.

En Estados Unidos el modelo se encuentra en la "acción popular", que por su amplia cobertura elimina en la práctica el problema de la legitimación.

En nuestro país, el sistema preferente es el juicio de amparo que se otorga facultativamente a las asociaciones debidamente registradas (confundiendo, en consecuencia, derechos difusos con derechos de incidencia colectiva).

11. La consolidación de los derechos o intereses difusos

El tránsito de la defensa de las individualidades que tipificó buena parte de los códigos de fondo, hacia la tutela de los derechos difusos, obedece a contingencias claras que señalaron globalmente la crisis padecida.

Una de ellas llega con la grave repercusión de las guerras mundiales, las que advierten como las individualidades eran incapaces de frenar las intemperancias de la conflagración. Tanto como le sucedió al Pacto de Versalles de 1919 que, bajo la Sociedad de las Naciones, no pudo impedir el sacrificio general de derechos y el furibundo envilecimiento de la dignidad humana.

El resurgimiento de los derechos del hombre viene con las Declaraciones Americana y Universal de mediados del siglo XX, que dan lugar a una nueva categoría de derechos: los derechos humanos, entre los que se encontraban los que se llamó de la tercera generación.

Estos, fueron destinados a tutelar una diversidad de conflictos de masa, una generalidad de perjuicios que no tenían un particular damnificado, sino a toda un grupo o categoría social.

Por eso suelen llamarse también intereses difundidos, expresando en consecuencia el aspecto de indeterminación, o propagación subjetiva del motivo a defender. Son derechos de la sociedad toda, antes que derechos sociales de pertenencia singular.

Son los derechos a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, los derechos del consumidor de bienes y servicios, los derechos que provienen del arte, los derechos de las razas y de las culturas, entre otros notables por su dimensión.

Lo característico de ellos es que aparecen considerados en declaraciones sobre Derechos Humanos, pactos y convenciones internacionales; se trasladan después a las Cartas Fundamentales, y recién al final, consiguen organizar un sistema particular de cobertura normativa. A veces, el pasaje en el último tramo es inverso. Se da primero la ley y después el reconocimiento constitucional.

La traspersonalización caracteriza el objeto, pero es la dimensión del grupo subjetivo lo que determina la verdadera noción de *difuso* o *colectivo*, pues entre ambos, hay cierta identificación que confunde y corresponde esclarecer.

El derecho o interés difuso se identifica por corresponder a los sujetos de un grupo indeterminado. Mientras que los derechos de incidencia colectiva (para adoptar el signado de la Constitución Nacional) reconocen y definen un sector particular del gravamen.

Por ello, resulta más correcto hablar de derechos o intereses cuya pertenencia es difusa o colectiva. En el primer grupo hallamos aquellos derechos que no tienen un titular efectivo, sino varios que tienen, algo así, como cuotas indeterminadas del interés que persiguen (v.gr.: medio ambiente, ecología, salubridad, etc.). Mientras que son colectivos los que pueden protegerse a través de asociaciones o grupos que asumen la representación correspondiente del interés agraviado (v.gr.: derechos del consumidor, defensa de la competencia, discriminación, etc.).

No obstante los límites son muy imprecisos y hasta resulta baladí establecer una diferencia entre las categorías.

> Vigoriti[306], por ejemplo, establece distancias entre los intereses a partir de la organización dispuesta para ellos. Para el autor, son difusos aquellos intereses que tienen una posición de ventaja reconocida a ciertos particulares sin identificar; mientras que colectivos son los que tienen una representación adecuada. Una perspectiva diferente ofrece Bricola para quien los intereses difusos, que pueden coincidir con los intereses generales en cuanto a su extensión, se caracterizan por la fragmentación o pluralidades de situaciones subjetivas relativas a sujetos singulares. Mientras que los intereses colectivos son más acotados, al corresponder a una categoría, clase o grupo de sujetos, vinculados por una situación de conflicto con el poder económico.

Ahora bien, los derechos difusos requieren una construcción técnica que le permita superar la eficacia moral o meramente declarativa de los enunciados teóricos. Para ello, deben precisarse como derechos antes que simples intereses, o bien, aceptar

---

[306] Vigoriti, Vicenzo, *Interessi colletivi e processo. La legitimazione ad agire*, Giuffré, Milano, 1979, p. 34.

que hay intereses que por su cualidad merecen ser atendidos de inmediato sin importar el carácter que inviste la persona o el grupo que para sí los reclama.

El artículo 14 del Código Civil y Comercial de la Nación divide los derechos en individuales y de incidencia colectiva. Este concepto viene dado con la discrepancia que tuvo la interpretación del artículo 43 de la Constitución Nacional cuando dividió los alcances del precepto a personas y derechos afectados.

La Convención Constituyente de 1994 reconoció que la referencia a la incidencia colectiva tuvo la intención de ampliar el derecho reconocido a toda persona, cuando la afectación por el acto lesivo estaba generalizado. La protección se refirió a materias y sujetos específicos, tales como las cuestiones relativas a la discriminación, al ambiente, a la competencia, al usuario, al consumidor y a los demás derechos que tienen un alcance mayor al individual.

Sin embargo, la redacción acordada en el nuevo régimen de fondo, supone que la ausencia de mención sobre "intereses difusos", quizás tuvo la idea de no cambiar el modelo de apertura al juicio. Se conservó el esquema de dar derecho de amparo a toda persona identificable, sea al tiempo de promover la demanda individual, o al estar representada por el Defensor del Pueblo, las asociaciones que se dediquen a la defensa de los derechos de usuarios y consumidores, o aquellas que propenden a proteger el ambiente, la competencia, y otros derechos de incidencia común.

En consecuencia la polaridad entre derechos individuales y de incidencia colectiva trata, en nuestro parecer, de cosas diferentes al derecho en sí mismo. Los primeros calzan con los intereses propios y particulares que se acomodan en la dimensión del derecho subjetivo. Siguen la senda del derecho de propiedad y el modelo procesal se traza con lo bilateral y contradictorio, sin importar el tipo de controversia (v.gr.: daños; tutela constitucional; reparaciones; etc.)

En cambio la incidencia colectiva se relaciona con los bienes colectivos, cuya pertenencia es de un grupo reconocido o de posible identificación, aunque la legitimación para obrar este diluida entre los afectados, o quienes pueden representarlos en forma directa o indirecta. La vía procesal puede ser el amparo colectivo, o quedar emplazado en un proceso colectivo de regulación por ahora pendiente, aunque insinuada en la causa *Halabi.*

Justamente en este proceso se categorizan los derechos pasibles de tutela judicial: *a) Individuales*, personificados y con ejercicio singular o en litisconsorcio. Son propios y divisibles, no homogéneos, y de legitimación esencialmente regida por las normas procesales comunes; *b)* de *incidencia colectiva* sobre *bienes colectivos*, entendiendo por tales los que pertenecen a una comunidad indeterminada de personas, pero identificable como grupo. La cotitularidad no es posible, como tampoco puede ser un litisconsorcio. Son por esencia indivisibles, y la representación se puede dar en procesos constitucionales como el amparo colectivo o el proceso colectivo. También admiten *legitimación por representación* constitucionalmente admitida, personificada en el Defensor del Pueblo, o en entidades especialmente agrupadas y reconocidas por el Estado.

La Corte Suprema lo expresa en estos términos […]

> Los derechos de incidencia colectiva que tienen por objeto bienes colectivos (art. 43 de la Constitución Nacional) son ejercidos por el Defensor del Pueblo de la Nación, las

> asociaciones que concentran el interés colectivo y el afectado. En estos supuestos existen dos elementos de calificación que resultan prevalentes. En primer lugar, la petición debe tener por objeto la tutela de un bien colectivo, lo que ocurre cuando éste pertenece a toda la comunidad, siendo indivisible y no admitiendo exclusión alguna. Por esta razón sólo se concede una legitimación extraordinaria para reforzar su protección, pero en ningún caso existe un derecho de apropiación individual sobre el bien ya que no se hallan en juego derechos subjetivos. No se trata solamente de la existencia de pluralidad de sujetos, sino de un bien que, como el ambiente, es de naturaleza colectiva[307].

12. Constitucionalización del derecho de acceso a la justicia

El reconocimiento constitucional fue el hecho normativo más importante en la lucha por obtener atención jurisdiccional para los derechos difusos. Cuando las constituciones receptan derechos como el ambiente sano, la salud poblacional, la ecología, el arte y la cultura, entre tantos más que son de pertenencia colectiva indeterminada, el paso siguiente es sortear los obstáculos de la acreditación formal y sustancial para acceder a los jueces y tramitar un proceso tuitivo.

El problema relevado ha sido la incoherencia de los sistemas reglamentados en nuestro país, porque no solo han aumentado los recaudos de protección, sino que en la última reforma importante del código civil, directamente se omitió actuar en la especie, dejando a los derechos sin mecanismos locales de asistencia y protección.

Pareciera no advertirse que no es posible seguir usando las categorías clásicas que portan la llave de apertura al cancel judicial, las que pueden ser útiles para repeler de inmediato las demandas abusivas o absurdas, pero nunca para impedir el acceso a la justicia. La importancia del cambio está en que el litigio sobre derechos difusos pierde el modelo de conflicto intersubjetivo, para dar paso a controversias entre grupos, o conflictos en los cuales la pretensión no identifica un solo beneficiario.

12.1 Las legitimaciones de grupos

La diferencia entre actuar en el proceso con presupuestos que tornen admisible la confrontación que se propone, y el acceso a la justicia de quienes solo tengan un interés jurídicamente relevante, es el tema de este espacio.

Cuando pretendemos poner en los contenidos del debido proceso el derecho de tener un proceso, no quiere decir que se elimine con la propuesta cuanto le corresponde a los recaudos de procedencia formal y sustancial.

En efecto, obsérvese que el nuevo artículo 14 del Código Civil y Comercial de la Nación divide los derechos en individuales y de incidencia colectiva. Este concepto viene dado con la discrepancia que tuvo la interpretación del artículo 43 de la Constitución Nacional cuando dividió los alcances del precepto a personas y derechos afectados.

La ausencia de mención sobre “intereses difusos”, conserva el esquema de dar derecho de protección a toda persona identificable, sea al tiempo de promover la demanda individual, o al estar representada por el Defensor del Pueblo, las asociaciones

---

[307] Fallos, 332:111, considerando 11.

que se dediquen a la defensa de los derechos de usuarios y consumidores, o aquellas que propenden a proteger el ambiente, la competencia, y otros derechos de incidencia común.

Esta polaridad entre derechos individuales y de incidencia colectiva trata, en nuestro parecer, de cosas diferentes al derecho en sí mismo. Los primeros calzan con los intereses propios y particulares que se acomodan en la dimensión del derecho subjetivo. Siguen la senda del derecho de propiedad y el modelo procesal se traza con lo bilateral y contradictorio, sin importar el tipo de controversia (v.gr.: daños; tutela constitucional; reparaciones; etc.).

En cambio la incidencia colectiva se relaciona con los bienes colectivos, cuya pertenencia es de un grupo reconocido o de posible identificación, aunque la legitimación para obrar este diluida entre los afectados, o quienes pueden representarlos en forma directa o indirecta. La vía procesal puede ser el amparo colectivo, o quedar emplazado en un proceso colectivo de regulación por ahora pendiente, aunque insinuada en la causa *Halabi.*

Justamente en este proceso se categorizan los derechos pasibles de tutela judicial: *a) Individuales*, personificados y con ejercicio singular o en litisconsorcio. Son propios y divisibles, no homogéneos, y de legitimación esencialmente regida por las normas procesales comunes; *b)* de *incidencia colectiva* sobre *bienes colectivos*, entendiendo por tales los que pertenecen a una comunidad indeterminada de personas, pero identificable como grupo. La cotitularidad no es posible, como tampoco puede ser un litisconsorcio. Son por esencia indivisibles, y la representación se puede dar en procesos constitucionales como el amparo colectivo o el proceso colectivo. También admiten *legitimación por representación* constitucionalmente admitida, personificada en el Defensor del Pueblo, o en entidades especialmente agrupadas y reconocidas por el Estado.

La siguiente categoría asienta en los *derechos individuales homogéneos.* Estos son derechos de uno que reflejan en otros una afectación similar o de la misma expansión. Se categorizan como grupos sin ser una acción popular. La lesión a los derechos debe provenir de una causa común, que podrá quedar alojada en un solo acto, o por una serie continuada que se prolongan en el tiempo. Los afectados son cada uno de los titulares o miembros de un grupo categoría o clase, quienes podrán demandar por representación.

En *Halabi* el tribunal los explica así […]

> La Constitución Nacional admite en el segundo párrafo del art. 43 una tercera categoría conformada por derechos de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos. Tal sería el caso de los derechos personales o patrimoniales derivados de afectaciones al ambiente y a la competencia, de los derechos de los usuarios y consumidores como de los derechos de sujetos discriminados. En estos casos no hay un bien colectivo, ya que se afectan derechos individuales enteramente divisibles. Sin embargo, hay un hecho, único o continuado, que provoca la lesión a todos ellos y por lo tanto es identificable una causa fáctica homogénea. Ese dato tiene relevancia jurídica porque en tales casos la demostración de los presupuestos de la pretensión es común a todos esos intereses, excepto en lo que concierne al daño que individualmente se sufre. Hay una homogeneidad fáctica y normativa que lleva a considerar razonable la realización de un

> solo juicio con efectos expansivos de la cosa juzgada que en él se dicte, salvo en lo que hace a la prueba del daño[308].

En el actual Código Civil y Comercial el artículo 14, parte final, dispone como limitación al ejercicio de los derechos individuales el ejercicio abusivo de ellos que reflejen una afectación directa sobre el ambiente o los derechos de incidencia colectiva en general. La norma se integra con el artículo 240 que establece la compatibilización entre derechos individuales y los fines sociales que importa su actuación. Por eso, cuando de la actividad surjan alteraciones que signifiquen incidir en el funcionamiento o sustentabilidad de varios ecosistemas (v.gr.: flora, fauna, biodiversidad, agua, paisajes y valores culturales en general), la plenitud del derecho individual quedará limitada en el entendimiento que la ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos particulares.

Los enunciados suponen, en definitiva, admitir un solo tipo de legitimación para obrar que radica en la persona o en grupos de ellas, bajo el presupuesto común de la personalidad procesal del sujeto. El formato no puede ser de litisconsorcio, y cuando los derechos sean afectados por la actuación singular o por incidencia de actos o hechos lesivos, pueden actuar por representación adecuada conforme ciertos estándares.

Para que las asociaciones califiquen y puedan representar al grupo afectado, es preciso anotar que el concepto no es igual a la idea de organización para la tutela de un interés público genérico. Por eso, trasciende el sentido de colectividad clásicamente ejemplificado en la familia, la escuela, la iglesia, los sindicatos o los partidos políticos. Se propicia otorgarles una representación amplia, especializada, por la cual puedan generar acciones de defensa de derechos particulares llamados por la Constitución como de incidencia colectiva.

No obstante aún se encuentra sin reglamentar las pautas y formas de organización, aunque el sistema dictado para los consumidores -que es uno de los derechos protegidos por el art. 43, constitucional- resuelve parte del problema.

La importancia que tiene para el derecho procesal estas formas de asociación específicas es trascendente pues les otorga una capacidad jurídica y un instrumento -garantía- para su funcionamiento y actuación ante la justicia -judicial o administrativa-[309].

Al mismo tiempo, se crean nuevos límites subjetivos, jurídicamente relevantes, a la hora de proyectar las consecuencias de una decisión. Esta extensión de la capacidad jurídica a los sujetos privados -individuos y asociaciones- *no personalmente perjudicados*, es la verdadera revolución del concepto de legitimación para obrar[310].

---

[308] Fallos, 332:111, considerando 12.

[309] El Tratado de Maastricht (art. 129 K) promueve una multiplicidad de acciones para tutelar la defensa de usuarios y consumidores, asumiendo la necesidad de otorgar un reconocimiento genérico a las asociaciones para que obtengan legitimación procesal inclusive a nivel transnacional. De igual preocupación es el problema del modelo procesal, porque se destaca la necesidad de definir las normas fundamentales para un proceso colectivo. Por eso –dice González Cano-, el *Plan de Acción sobre el acceso de los consumidores a la justicia*, elaborado por la Comisión Europea, de fecha 12 de febrero de 1996, incide especialmente, al auspiciar fórmulas procesales similares a las *class actions* anglosajonas (González Cano, María Isabel, *La tutela colectiva de consumidores y usuarios en el proceso civil,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, ps. 134 y ss.)

[310] Cappelletti, Mauro, *Formaciones sociales e intereses de grupo frente a la justicia civil*, en Boletín Mexicano de derecho comparado, nueva serie, año XI nros. 31/32 -enero/agosto, 1978-, p. 19.

Claro está que cada asociación atiende intereses colectivos distintos. El caso de los consumidores no se presta a confusiones, pues el objeto de tutela se destina a *intereses pluriindividuales homogéneos,* donde los provechos de los partícipes son individuales, coincidentes y aunados en el grupo. Por ello, esta clase de pretensiones no impide la que deduzca el consumidor a título individual, o a través de la asociación**.**

Ejemplo de ello es el artículo 1102 que expresa […]

> *Acciones*. Los consumidores afectados o quienes resulten legalmente legitimados pueden solicitar al juez: la cesación de la publicidad ilícita, la publicación, a cargo del demandado, de anuncios rectificatorios y, en su caso, de la sentencia condenatoria.

La mutua interdependencia de los intereses -difusos, individuales, pluriindividuales, etc.- confronta la vinculación y unidad que debe implementar el sistema jurídico respectivo, pues ya no radica únicamente en sujetos conocidos y directamente afectados los que reclamarán por las reparaciones, sino también, un nuevo cuadro de legitimados activos con personalidad jurídica suficiente[311].

En consecuencia, a los fines de la legitimación procesal y, del efectivo acceso a la justicia, no basta con el registro y aceptación de personería; porque se deben agregar una fórmula mínima de sustento a estas proyecciones del derecho subjetivo que, siendo diferentes, resultan bastantes para otorgar un tratamiento diferenciado[312]**.**

12.2 Las categorías finales

La formación de derechos difusos y su distancia respecto de otros de similar envergadura para reclamar la protección judicial o administrativa, resulta necesaria a los fines de establecer una categoría de legitimación que evite confusiones en el acceso.

Va de suyo que referimos a intereses jurídicos, es decir aquellos bienes que son

---

[311] El problema de la definición es una constante en esta disciplina, al punto que se habla de un "bizantismo conceptual" expresado en las distintas voces como se conocen este tipo de intereses. Por ejemplo, pueden ser colectivos, difusos, de categoría, de grupo, sectoriales, supraindividuales, etc., sin que tenga demasiada incidencia cuando se trata de reconocer la aptitud para estar en juicio. En definitiva, la legitimación procesal puede tener el riesgo de requerirse desde la norma (como parece indicar el contenido del art.43 de la Constitución Nacional, al exigir "asociaciones registradas") y cancelar así sus posibilidades de desarrollo; o presentar un reconocimiento normativo que sin darles un esquema predispuesto, admita la actuación de los intereses asignándoles suficiente capacidad jurídica.

María José Azar lo dice con mucha claridad […]: "La utilización de la voz "derechos de incidencia colectiva", introducida por primera vez por la última reforma constitucional, constituye una fórmula original, desapegada de las más conocidas hasta entonces <derechos o intereses colectivos y difusos> e incluso de la terminología brasileña que agrega la categoría de <derechos pluriindividuales homogéneos>, para distinguirlos de aquellos, a los que define como <supraindividuales>. Tanto el problema de falta de armonización terminológica como la carencia de homogeneidad en el tratamiento de dichos intereses provocaron un agudo interés de la doctrina, que ha consagrado numerosos estudios, jornadas y congresos al tema buscando establecer bases sólidas sobre las cuales pueda evolucionar la materia" (ob. cit., p. 245)

[312] Es decir que, la existencia del interés no puede quedar condicionada normativamente –como afirma González Cano-. Ello sería contraproducente por dos motivos. En primer lugar, porque el legislador se vería obligado a una ingente y casuística labor normativa para hacer frente a todos y cada uno de los fenómenos derivados de la realidad socio-económica. Y en segundo lugar, porque no se podría acotar materialmente dicho surgimiento de fenómenos socio-económicos que dan lugar a situaciones de interés (González Cano, María Isabel, *La tutela colectiva de consumidores y usuarios en el proceso civil*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2002, p. 136).

protegidos por cualquier ordenamiento normativo y que surgen de la relación entre el individuo con la cosa pedida.

Pero como esa precisión entre el derecho y la persona tradicionalmente se enfoca en la perspectiva de la pertenencia individual y el acceso a la justicia que favorece a quien acredita esa situación, hemos de asociar antes que el contenido de los intereses, la supraindividualidad que presentan.

a) Los intereses colectivos

Este tipo de intereses corresponde a un conjunto definido de personas que se congregan en derredor de una unidad jurídica que los vincula.

El que el interés pertenezca a muchos no quiere decir que se expanda a todos sin lograr identificar ni particularizar un sólo interesado; tan sólo significa que el interés radica en muchos, de modo tal que el problema a descifrar no es la existencia del mismo sino evidenciar la titularidad de quienes lo alegan para ver si tienen posibilidad jurídica de actuación procesal.

La tipología que presentan se ejemplifica a través de los sindicatos, los colegios o asociaciones profesionales, la familia, las sociedades, etc. .

La afectación que denuncian corresponde a una categoría, clase o grupos. Su particularidad, en orden a su protección y defensa, es que ofrecen matices distintos de cuando se examinan individualmente.

> En particular –dice Almagro Nosete[313]-, cabe que cada interés de los que se suman al conjunto sea tutelable, pero razones de ineficacia o de dificultad sociológica práctica en la consecución de tales intereses en solitario, motivan que en el orden ministerial, aunque no formal, queden indefensos. Los mecanismos procesales del futuro deben responder a las exigencias de esta tutela diferenciada. Los conceptos de comunidad incidental, litisconsorcio, alcance y eficacia de la cosa juzgada y por supuesto, legitimación, deben superar su carga de obsolescencia.

Ahora bien, dentro de cada grupo es posible encontrar intereses particulares o comunes que deben distinguirse de los que los asocian.

El interés común se repite y es coincidente con el del conjunto, mientras que el colectivo es de todos y de los demás componentes del área donde se desenvuelven. El primero supone que cada miembro del grupo tiene un interés igual o muy similar al del resto, pero no impide que cada uno de ellos pueda intentar aisladamente satisfacciones personales; el colectivo, en cambio, restringe las posibilidades de la pretensión: sólo se puede reclamar el interés en la medida que se aproveche a todos por la necesaria interdependencia que el grupo auspicia.

> Algunos autores, como Bujosa Vadell[314], sostienen que esta diferencia corresponde al hecho que, por un lado, existen intereses agrupados que son naturalmente individuales y por tanto divisibles, susceptibles de apropiación y goce diferenciado, pero que se unen por razones de conveniencia en la defensa; frente a otros que se integran como intereses de grupo (difusos o colectivos) que vinculan a bienes de imposible apropiación individual. Son intereses de cada uno, es cierto, pero ninguno es particularmente dueño o titular exclusivo.

---

[313] Almagro Nosete, José, *Constitución y Proceso*, Bosch, Barcelona, 1984, p. 88.

[314] Bujosa Badell, ob. cit., p. 266.

Este llamado a la modernidad de las instituciones parece cumplir el art. 43 constitucional al reconocer la legitimación para obrar a un conjunto numeroso de personas asociadas en defensa de un derecho a la competencia, de consumidores, como usuarios o bajo una personalidad jurídica formalmente reconocida.

En este sector pueden agruparse los llamados *intereses de serie*, los que no identifican portador alguno, ni siquiera método reconocido de abstracción y globalidad, sino que emergen de medias estadísticas, y se canalizan por los grupos que los referencia respondiendo al impacto que ellos provocan.

Una modalidad de ellos, aunque con matices que los singularizan, son los *intereses de categoría (*también llamados, *profesionales*), que se encuentran y determinan fácilmente por la actividad común que desempeñan quienes invisten la representación (por ejemplo, médicos, abogados, escribanos, ingenieros, arquitectos, etc.).

Almagro los analiza como *intereses sociales* (variante de los difusos), con la peculiaridad que cuando actúan, la tutela individual parece heroica ante el poderío del problema que enfrenta, siendo preferible esta acción del grupo para fortalecer la consecución de los fines de interés sectorial.

b) Los intereses legítimos

El interés legítimo reposa más en las circunstancias denunciadas que en la situación jurídica subjetiva que tenga el peticionante.

Estos intereses no son derechos, pero intrínsecamente no muestran diferencias en la posibilidad de abrir la protección judicial.

Si observamos su funcionamiento en el proceso constitucional de amparo, se advierte la cualidad del acto lesivo para deducir del mismo la justicia concreta a aplicar, sin resolver la capacidad de postulación, o al menos, postergándola ante la evidencia del mejor derecho.

> El derecho administrativo fue quien comenzó el estudio programático de esta modalidad, siendo el ensayo de Nigro una exposición interesante para utilizarla en nuestra explicación. Sostiene el profesor italiano que el interés legítimo era entendido como un interés individual estrechamente conectado al interés público y protegido por el ordenamiento a través de la tutela jurídica de éste último: una protección ocasional e indirecta. De este modo se tenía en cuenta la relación entre la posición del particular y la función de la administración pública, pero se reducía el interés del particular al mero accidente del interés público.

La evolución más reciente reposa en dos cuestiones: una examina la relación entre la posición y el ejercicio del poder administrativo y el interés material del individuo, entendido éste último no solo como límite al poder sino como elemento que contribuye a la determinación en concreto del interés público; otro, amplía la visión de ese interés, no ya como instrumento procesal sino como garantía puesta a disposición de los titulares para la protección de los intereses.

Un ejemplo de la evolución propuesta en la apertura del proceso hacia algunos intereses, se muestra en el nuevo régimen del Código Civil y Comercial con la acción preventiva regulada a partir del artículo 1710 hasta el artículo 1715.

El principio general consiste en establecer el deber de prevenir un daño potencial

injustificado, a cuyo fin toda persona, en cuanto de ella dependa, podrá adoptar, de buena fe y conforme a las circunstancias, las medidas razonables para evitar que se produzca el hecho, o disminuir su magnitud. Este deber incentiva económicamente al denunciante que tiene derecho a ser reparado en los gastos que incurre, si con las medidas adoptadas evita o aminora la magnitud de un daño del cual un tercero sería responsable.

A diferencia de la responsabilidad civil, la acción preventiva procede cuando una acción u omisión antijurídica hace previsible la producción de un daño, su continuación o agravamiento, no siendo necesaria la concurrencia de ningún factor de atribución. Precisamente, están legitimados para reclamar quienes acreditan un *interés razonable* en la prevención del daño.

De acuerdo con este estándar, lo que será objeto de análisis previo no asentará en la personalidad procesal sino en la afectación del derecho, toda vez que lo preventivo supone, además de un mandato específico de hacer o no hacer, adelantarse al peligro y eludir la actuación *ex post facto,* para evitar de este modo que se produzca un daño innecesario.

> La idea de demandas sostenidas por el interés, no tiene el visto bueno de la Corte. Entre muchos casos ha dicho que no existe un "caso" o "causa" que autorice la intervención jurisdiccional de la Corte si el vecino de la provincia de Buenos Aires que solicita que se ordene el inmediato desbloqueo de una ruta para permitirle el libre tránsito no ha justificado un agravio diferenciado respecto de la situación en que se hallan los demás ciudadanos, y tampoco puede fundar su legitimación para accionar en el interés general en que se cumplan la Constitución y las leyes […].
>
> Al decidir sobre legitimación , la parte debe demostrar la existencia de un interés especial en el proceso, siendo necesario determinar si hay un nexo lógico entre el status afirmado por el litigante y el reclamo que se procura satisfacer, el cual resulta esencial para garantizar que aquél sea una parte propia y apropiada que puede invocar el poder judicial federal [315].

Es probable que la jurisprudencia tenga que tomar un curso distinto al que tiene actualmente, desde que el interés no encuentra otra razonabilidad que la estimación discrecional de quien juzga, y en este aspecto, los cierres de circuito son reiterados.

Ni siquiera hay apertura en materia de procesos constitucionales, donde la protección del derecho es más evidente que la acreditación del hecho lesivo que sufra el afectado. Obsérvese que la Corte sostiene que la Constitución Nacional reconoce en su art. 42 legitimación para promover la acción de amparo a sujetos potencialmente diferentes de los afectados en forma directa por el acto u omisión, que en forma actual o inminente, lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos o garantías reconocidos por la aquélla, un tratado o una ley, y de tal previsión constitucional de los sujetos a quienes se reconoce legitimación procesal para requerir el amparo, no se sigue la automática aptitud para demandar, sin examen de la existencia de cuestión susceptible de instar el ejercicio de la jurisdicción[316].

---

[315] CS, *Iannuzzi, Mario c/Entre Ríos, provincia de y otro (Estado Nacional) s/medida cautelar autónoma*. 21 de octubre de 2008, Fallos, 331:2287.

[316] CS, *Zatloukal, Jorge c/Estado Nacional (Ministerio de Economía y Producción) s/amparo*, 28 de mayo de 2008, Fallos, 331:1364.

c) Los intereses simples

Tradicionalmente esta categoría de intereses ha sido despojada de protección judicial efectiva con el argumento que no tienen un derecho personal y directo que defender, en razón de que manifiestan un *simple* perjuicio que, *prima facie*, no está legalmente protegido.

La transmisión procesal, o en otros términos, el medio como se dan a conocer, es la denuncia o la queja, y la receptividad que tienen depende, en gran medida, de las facultades jurisdiccionales que se quieran disponer.

Estos intereses relegados por no encontrar un *tutor adecuado*, o el *locus standi* o *standing* del derecho anglosajón, no consiguen identificar a la parte procesal.

Desde la perspectiva del derecho privado se suscita un cambio importante.

Mientras un sector de la doctrina piensa que sólo ostentan posibilidad jurídica de reclamo los intereses jurídicamente protegidos; otros sostienen que existen intereses que trascienden la esfera individual que pueden reclamarse.

Constituyen una reacción contra el corset predispuesto por la doctrina del derecho subjetivo, que afirmado en el pensamiento de Josserand entiende que quien reclama una indemnización sólo puede hacerlo si justifica la lesión, el perjuicio y la legitimidad del reclamo.

Se pretende con la nueva orientación, alentar una variable justa y equilibrada entre los conceptos de responsabilidad, por el cual un interés simple pueda tener recepción como pérdida de un derecho que tenía probabilidades de ejercerse, pero que de hecho se frustró por la relación causal que le precede.

Es el campo que explica el concepto de *chance*, de manera que, resulta razonable afirmar que, en tanto el interés jurídico legalmente protegido es el contenido del derecho subjetivo, el interés simple es el contenido de la chance.

13. El acceso irrestricto y el equilibrio judicial

Toda pretensión expuesta en una demanda se somete a un filtro de idoneidad y acreditación formal. Es una etapa ineludible donde corresponde declarar la competencia, asignar el tipo de proceso, verificar que el objeto reclamado sea jurídicamente posible, y evaluar la aptitud procesal (personalidad) de quien o quienes se presentan como partes.

En esta suerte de admisión preliminar, el juez determina la habilidad (es decir un ajuste a las reglas de la competencia), la regularidad (procedencia y admisibilidad formal) y el fundamento (ámbito de la idoneidad).

En los dos primeros pasos estudia la aptitud formal para encauzar la demanda; en el restante atiende la posibilidad de dar una respuesta favorable a la pretensión (en el sentido de darle curso)

Cuando la repulsa se considera por la inidoneidad del objeto o de la causa de la pretensión, la improponibilidad objetiva que luce manifiesta, permite al juez repeler de inmediato sin vulnerar el derecho de defensa. En cambio, si los motivos se fundamentan en el déficit aparente de las condiciones de la acción; que dicho en otros términos,

equivaldría a decir que no es parte quien debiera serlo, la denegación formal de la legitimación en la causa puede significar un anticipo jurisdiccional innecesario. Su proximidad con la arbitrariedad es elocuente.

Es cierto que el principio de autoridad del juez, como tercero director de la contienda, y el nuevo rumbo que marca la socialización y publicidad del proceso, indican los resortes a partir de los cuales se encuentra el fundamento de la potestad de rechazar sin más trámite una pretensión manifiestamente improponible; como también lo es que, actuar el derecho de rechazar *in limine* sobre motivos de legitimación, supone *prima facie*, cancelar el derecho a ser oído y a tener un juicio justo.

Estamos de acuerdo en que, el servicio efectivo de la justicia, a través de una magistratura atenta, conlleva la facultad de contrarrestar todo ejercicio abusivo del derecho que, mostrado en apariencia ajustado a principios sustantivos, en realidad somete una aspiración absolutamente alejada de resguardo normativo y carente de tutela jurisdiccional.

Empero, el derecho a la jurisdicción y a la audiencia le impone al juez la regla de fundamentar la decisión, demostrar objetivamente el vicio que hace inadmisible la pretensión expuesta y justificar en derecho la causa normativa que obstaculiza el andamiento.

Sin embargo, la duda, la apariencia formal del derecho y todo motivo de prevención que tenga el juez para operar de oficio la repulsa jurisdiccional orientan la gestión procesal, y el deber de proveer abriendo la instancia, dejando para el tiempo de dictar sentencia los problemas de legitimación.

Tanto la economía procesal como el principio de eficacia pretenden evitar el dispendio jurisdiccional. El mismo propósito se encuentra, entre otros, en el art. 347 inc. 3° del código ritual en relación a que la excepción de falta de legitimación para obrar es manifiesta, es decir, cuando la incapacidad procesal del actor es absolutamente clara, indudable e inequívoca.

Ocurre que la perspectiva es distinta de acuerdo al interés que se actúa y al órgano que lo recibe.

Desde un primer punto de vista, la excepción de falta manifiesta de legitimación para obrar juega en el instituto de la defensa que esgrime el contradictor, sin prevención efectiva del *a quo*, quien recién la conoce en el momento de plantearse la controversia. Es la "improponibilidad subjetiva".

En cambio, la ausencia de fundamentos en una demanda reconoce un déficit en la calidad de juzgar, de modo que encontraríamos la limitación del tribunal para sancionar un caso "objetivamente improponible" a la que no puede sustanciar por la carencia de presupuestos.

En definitiva, se propicia fortalecer las facultades jurisdiccionales en orden a la regularidad de la instancia, a cuyo fin el precepto que impone el deber de los jueces de estar sobre el problema deducido en la litis, se debe concretar desde el primer momento. Es una obligación que tiene raíces en el principio de saneamiento que tiende a impedir actuaciones irregulares.

Por ello, el equilibrio y la prudencia judicial son los indicadores para medir cuando el principio de acceso irrestricto a la justicia merece atención prístina sin violentar ni permitir el abuso en el proceso.

14. El acceso a la justicia en la jurisprudencia de la Corte IDH

En el año 2007 se elaboró por la Comisión IDH un documento que llevó como destino proporcionar una guía de temas prioritarios y preferentes para el acceso a la justicia. Este tiene la siguiente síntesis[317][…]

> 1. El derecho internacional de los derechos humanos ha desarrollado estándares sobre el derecho a contar con recursos judiciales y de otra índole que resulten idóneos y efectivos para reclamar por la vulneración de los derechos fundamentales. En tal sentido, la obligación de los Estados no es sólo negativa --de no impedir el acceso a esos recursos-- sino fundamentalmente positiva, de organizar el aparato institucional de modo que todos los individuos puedan acceder a esos recursos. A tal efecto, los Estados deben remover los obstáculos normativos, sociales o económicos que impiden o limitan la posibilidad de acceso a la justicia.
>
> 2. En los últimos años, el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (en adelante "SIDH" o "Sistema ") ha reconocido la necesidad de delinear principios y estándares sobre los alcances de los derechos al debido proceso judicial y a la tutela judicial efectiva, en casos que involucran la vulneración de derechos económicos, sociales y culturales ("derechos sociales" o "DESC").
>
> 3. En este orden de ideas, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ("CIDH" o la "Comisión Interamericana") ha elaborado el presente estudio a fin de revisar y sistematizar la jurisprudencia del SIDH, tanto de la CIDH como de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ("Corte IDH" o "Corte"), sobre cuatro temas centrales que ha estimado prioritarios respecto a la protección judicial de los derechos económicos, sociales y culturales: 1) la obligación de remover obstáculos económicos para garantizar el acceso a los tribunales; 2) los componentes del debido proceso en los procedimientos administrativos relativos a derechos sociales; 3) los componentes del debido proceso en los procedimientos judiciales relativos a derechos sociales y; 4) los componentes del derecho a la tutela judicial efectiva de derechos sociales, individuales y colectivos.
>
> 4. Estos estándares no sólo tienen un importante valor como guía de interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos ("Convención Americana", "Convención" o "CADH") para los tribunales nacionales, sino que pueden contribuir a mejorar la institucionalidad de las políticas y servicios sociales en los países americanos, y a fortalecer los sistemas de fiscalización, transparencia y rendición de cuentas, así como los mecanismos de participación y vigilancia social de las políticas públicas en esta materia. La reseña de la jurisprudencia del sistema interamericano contribuye además a mejorar el diagnóstico de los principales problemas regionales en el acceso a los sistemas de justicia. Si bien los casos no pueden considerarse absolutamente representativos de los problemas sociales e institucionales de los países de la región, sí puede afirmarse que el sistema de peticiones es una buena caja de resonancia de esos problemas.

---

[317] El presente estudio fue encomendado por la CIDH al Comisionado Víctor Abramovich, como marco conceptual para el proceso de elaboración de los indicadores de progreso sobre derechos económicos, sociales y culturales del Protocolo de San Salvador, conforme a la resolución AG/RES. 2178 (XXXVI-O/06), aprobada el 6 de junio de 2006 por la Asamblea General de la OEA. Para su elaboración contó con el apoyo de la Secretaría Ejecutiva de la CIDH. En la elaboración de este estudio participó activamente la abogada Gabriela Kletzel, en el marco del proyecto de investigación sobre "estándares internacionales sobre acceso a la justicia" que se desarrolla en la Universidad de San Andrés de Argentina.

5. Un primer aspecto del derecho de acceder a la justicia en materia de derechos sociales, es la existencia de obstáculos económicos o financieros en el acceso a los tribunales y el alcance de la obligación positiva del Estado de remover esos obstáculos para garantizar un efectivo derecho a ser oído por un tribunal. De esta manera, numerosas cuestiones vinculadas con el efectivo acceso a la justicia --como la disponibilidad de la defensa pública gratuita para las personas sin recursos y los costos del proceso-- resultan asuntos de inestimable valor instrumental para la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales. En este sentido, es común que la desigual situación económica o social de los litigantes se refleje en una desigual posibilidad de defensa en juicio.

6. Al respecto, el SIDH ha establecido la obligación de remover aquellos obstáculos en el acceso a la justicia que tengan origen en la posición económica de las personas. Tanto la Corte Interamericana como la CIDH han fijado la obligación de proveer en ciertas circunstancias servicios jurídicos gratuitos a las personas sin recursos, a fin de evitar la vulneración de su derecho a las garantías judiciales y a la protección judicial efectiva. Con esto en miras, la Comisión Interamericana ha identificado algunos criterios para la determinación de la procedencia de la asistencia legal gratuita en los casos concretos. Estos son: a) la disponibilidad de recursos por parte de la persona afectada; b) la complejidad de las cuestiones involucradas en el caso y c) la importancia de los derechos afectados.

7. En paralelo, la CIDH ha determinado que ciertas acciones judiciales requieren necesariamente de asistencia jurídica gratuita para su interposición y seguimiento. Así, la Comisión Interamericana ha entendido que la complejidad técnica de ciertas acciones constitucionales, establece la obligación de proporcionar asistencia legal gratuita para su efectiva promoción.

8. Del mismo modo, el SIDH ha establecido que los costos del proceso, sea éste judicial o administrativo, y la localización de los tribunales, son factores que también pueden redundar en la imposibilidad de acceder a la justicia y en la consecuente violación del derecho a las garantías judiciales. Los órganos del SIDH han determinado que un proceso que demande excesivos costos para su desarrollo, vulnera el artículo 8 de la Convención Americana. La Comisión ha expresado sobre el particular que el recurso judicial que se establezca para revisar el actuar de la administración, no sólo debe ser rápido y efectivo, sino también "económico" o asequible.

9. A su vez, el SIDH ha comenzado a identificar situaciones estructurales de desigualdad que restringen el acceso a la justicia a determinados sectores de la sociedad. En estos casos, la CIDH ha destacado la obligación estatal de proveer servicios legales gratuitos y de reforzar los dispositivos comunitarios al efecto, a fin de facilitar a estos sectores sociales en situación de desventaja y desigualdad, el acceso a instancias judiciales de protección, y a información adecuada sobre los derechos que poseen y los recursos judiciales disponibles para su tutela.

10. Un segundo aspecto a considerar es la existencia de un derecho al debido proceso en la esfera administrativa y su extensión o contenido preciso. En la esfera administrativa se dirime la mayoría de las adjudicaciones de prestaciones sociales. El área de las políticas y servicios sociales en muchos países del continente no se ha regido usualmente, en su organización y funcionamiento, por una perspectiva de derechos. Por el contrario, las prestaciones se han organizado y brindado mayormente bajo la lógica inversa de beneficios asistenciales, por lo que este campo de actuación de la administración pública de los Estados ha quedado tradicionalmente reservado a la discrecionalidad política, más allá de la existencia de algunos controles institucionales y sociales.

11. En este orden de ideas, el SIDH ha fijado posición sobre la vigencia de las reglas del debido proceso legal en los procedimientos administrativos vinculados a derechos sociales. Al mismo tiempo, ha establecido la obligación de los Estados de establecer reglas claras para el comportamiento de sus agentes, a fin de evitar márgenes inadecuados de discrecionalidad en la esfera administrativa, que pudieran fomentar o propiciar el desarrollo de prácticas arbitrarias y discriminatorias.

12. De este modo, en el examen de casos que involucran, entre otros, derechos económicos, sociales y culturales, derechos de los pueblos indígenas, derechos de los inmigrantes y derechos vinculados a la protección del ambiente, tanto la CIDH como la Corte IDH han gestado un claro estándar relativo a la plena aplicabilidad de la garantía del debido proceso legal en los procedimientos administrativos. Así, ambos órganos han establecido que el debido proceso legal debe ser respetado en todo procedimiento tendiente a la determinación de los derechos y obligaciones de las personas.

13. En este orden de ideas, el SIDH ha subrayado la necesidad de regular y restringir la discrecionalidad estatal. La Corte y la CIDH han establecido que la labor de la Administración posee límites concretos y que, entre ellos, se encuentra el respeto de los derechos humanos. En cuanto a los casos que involucran a sectores especialmente vulnerables, la Corte IDH ha identificado la necesidad de trazar vínculos entre los alcances del debido proceso legal administrativo y la efectiva vigencia de la prohibición de discriminación.

14. El SIDH ha comenzado a identificar los elementos que componen la garantía de debido proceso en sede administrativa. En este sentido, la Comisión Interamericana ha considerado que entre los elementos componentes del debido proceso legal administrativo se encuentra la garantía de una audiencia para la determinación de los derechos en juego. De acuerdo con la CIDH, dicha garantía incluye: el derecho a ser asistido jurídicamente; a ejercer una defensa y a disponer de un plazo razonable para preparar los alegatos y formalizarlos, así como para promover y evacuar las correspondientes pruebas. La Comisión Interamericana también ha considerado a la notificación previa sobre la existencia misma del proceso, como un componente básico de la garantía.

15. La CIDH y la Corte también han puntualizado, como elementos que integran el debido proceso legal, el derecho a contar con una decisión fundada sobre el fondo del asunto y la necesidad de garantizar la publicidad de la actuación administrativa. Además, el SIDH ha resaltado la existencia de un derecho al plazo razonable del proceso administrativo. La Corte IDH ha establecido que un retraso prolongado en un procedimiento administrativo configura, en principio, una vulneración del artículo 8 de la Convención y que a fin de desvirtuar tal desenlace, el Estado debe probar que la demora del proceso se originó en la complejidad del caso o en la conducta de las partes.

16. Otro elemento de la garantía del debido proceso legal en sede administrativa que ha tenido desarrollo en el SIDH, es el derecho a la revisión judicial de decisiones administrativas. Al respecto, la CIDH ha determinado que toda norma o medida que obstaculice el acceso a los tribunales, y que no esté debidamente justificada por las razonables necesidades de la propia administración de justicia, debe entenderse contraria al artículo 8.1 de la Convención. También la CIDH ha avanzado en algunas precisiones sobre el alcance que debe tener esta revisión, al señalar que la justicia debe ocuparse de realizar al menos la supervisión esencial de la legalidad y racionalidad de las decisiones de la Administración, a fin de acatar las garantías consagradas en la CADH.

17. Un tercer aspecto examinado en la jurisprudencia del SIDH es la existencia de criterios claros sobre el debido proceso legal en sede judicial, en aquellos procesos dirigidos a determinar derechos económicos, sociales y culturales. En este sentido, la jurisprudencia del SIDH ha trazado un estrecho vínculo entre los alcances de los derechos consagrados en los artículos 8 y 25 de la Convención Americana. De esta manera, se ha establecido que los Estados tienen la obligación de diseñar y consagrar normativamente recursos efectivos para la cabal protección de los derechos humanos, pero también la obligación de asegurar la debida aplicación de dichos recursos por parte de sus autoridades judiciales, en procedimientos con las garantías adecuadas.

18. Hay una relación directa entre la idoneidad de los recursos judiciales disponibles y la posibilidad real de exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales. Sobre el particular, tanto la Corte IDH como la CIDH han comenzado a precisar aquellos elementos que componen el derecho al debido proceso consagrado en el artículo 8.1 de la Convención Americana respecto a los procedimientos de índole social, que presentan algunas

características diferenciales respecto de otros procedimientos criminales o civiles, además de compartir también algunos rasgos comunes.

19. En este orden de ideas, el SIDH ha identificado un principio de igualdad de armas como parte integrante del debido proceso legal, y ha comenzado a delinear estándares con miras a su respeto y garantía. Este principio es sumamente relevante, por cuanto el tipo de relaciones reguladas por los derechos sociales suelen presentar y presuponer condiciones de desigualdad entre las partes de un conflicto --trabajadores y empleadores-- o entre el beneficiario de un servicio social y el Estado prestador del servicio. Esa desigualdad suele traducirse en desventajas en el marco de los procedimientos judiciales.

20. La Corte ha establecido que la desigualdad real entre las partes de un proceso determina el deber estatal de adoptar todas aquellas medidas que permitan aminorar las carencias que imposibiliten el efectivo resguardo de los propios intereses. La Comisión Interamericana también ha remarcado, que las particulares circunstancias de un caso, pueden determinar la necesidad de contar con garantías adicionales a las prescritas explícitamente en los instrumentos de derechos humanos, a fin de asegurar un juicio justo. Para la CIDH, esto incluye advertir y reparar toda desventaja real que las partes de un litigio puedan enfrentar, resguardando así el principio de igualdad ante la ley y la prohibición de discriminación.

21. El *derecho a contar con una decisión fundada relativa al fondo del asunto*también ha sido reconocido por la CIDH y por la Corte como elemento integrante del debido proceso legal en este tipo de procedimientos judiciales. En tal sentido, la Comisión Interamericana ha destacado que tras la etapa de prueba y debate, los órganos jurisdiccionales deben razonar sus decisiones y determinar así la procedencia o no de la pretensión jurídica que da base al recurso. Por su parte, la Corte ha expresado que los Estados deben garantizar que los recursos judiciales efectivos sean resueltos de acuerdo con el artículo 8.1 de la CADH, por lo que los tribunales de justicia deben adoptar decisiones que permitan resolver el fondo de las controversias que se le planteen.

22. *El derecho al plazo razonable del proceso* es otro de los componentes de la garantía del debido proceso legal en sede judicial que resulta particularmente relevante en materia del resguardo de derechos sociales. La CIDH y la Corte IDH han identificado ciertos criterios con miras a evaluar la razonabilidad del plazo de un proceso. Se trata de: a) la complejidad del asunto; b) la actividad procesal del interesado; y c) la conducta de las autoridades judiciales; d) la finalidad del procedimiento judicial respectivo; e) la naturaleza de los derechos en juego.

23. En diversos precedentes relativos a derechos económicos, sociales y culturales, la Comisión Interamericana ha destacado la necesidad de garantizar el procedimiento expedito del amparo. La CIDH ha establecido que un elemento esencial de la efectividad del recurso es su *oportunidad* y que el derecho a la protección judicial demanda que los tribunales dictaminen y decidan con celeridad, especialmente en casos urgentes. De esta manera, la Comisión Interamericana se ha ocupado de recalcar que, en definitiva, la obligación de conducir los procesos de manera rápida y ágil recae en los órganos encargados de administrar justicia.

24. En este orden de ideas, la CIDH ha puntualizado que el criterio relevante a fin de evaluar el plazo razonable de los procesos, no es la cantidad de los actos que se plasmen en el expediente, sino su eficacia.

25. Respecto a esta garantía, la CIDH también ha expresado en algunos casos que el plazo de los procesos debe comenzar a contarse desde el inicio de las actuaciones administrativas y no ya desde la llegada del caso a la etapa judicial. A pesar de no poder afirmarse aun la existencia de un estándar definitivamente establecido en este punto, la jurisprudencia de la CIDH da cuenta de un principio de toma de posición del SIDH en la materia.

26. A su vez, los órganos del SIDH han precisado que la etapa de ejecución de las sentencias debe ser considerada parte integrante del proceso y que, en consecuencia, debe ser contemplada a la hora de examinar la razonabilidad del plazo de un proceso judicial. Esto se debe a que el derecho de acceder a la justicia exige que la solución final de

toda controversia tenga lugar en un plazo razonable. Esta cuestión es medular, pues en una amplia gama de procesos sociales -- en particular en materia de seguridad social -- los trámites de ejecución de sentencias se han visto seriamente demorados y obstaculizados por normas de emergencia y defensas dilatorias a favor de los Estados.

27. Un cuarto aspecto analizado por el SIDH es el derecho a la tutela judicial efectiva de los derechos sociales. Este derecho exige que los Estados brinden mecanismos judiciales idóneos y efectivos para la protección de los derechos sociales, tanto en su dimensión individual como colectiva. Tradicionalmente las acciones judiciales tipificadas por el ordenamiento jurídico han sido pensadas, para la protección de los derechos civiles y políticos clásicos. En gran parte de los países del continente se han establecido y regulado acciones judiciales sencillas y rápidas para amparar derechos en casos graves y urgentes. Sin embargo, es frecuente que estas acciones judiciales no funcionen de manera adecuada para tutelar derechos sociales. En ocasiones, ello sucede por la limitación en la posibilidad de accionar de grupos o colectivos de víctimas afectadas por las violaciones, o por las demoras burocráticas en los procedimientos judiciales que les hacen perder efectividad. También se han verificado en algunos casos problemas para acceder al ejercicio de estas acciones, porque se excluye la tutela de algunos derechos sociales que no se consideran derechos fundamentales, o porque se les impone requisitos procesales excesivos para su admisión. El SIDH ha intentado fijar algunos principios básicos que esas acciones de protección urgente deben cumplir para ajustarse a la Convención Americana. El derecho a la tutela judicial efectiva requiere también que los procedimientos judiciales destinados a proteger los derechos sociales, no presenten condiciones u obstáculos que le quiten efectividad para cumplir con los fines para los que fueron previstos. Así, el SIDH ha verificado que en ciertos casos hay fuertes obstáculos y restricciones para la ejecución de sentencias firmes contra los Estados, en especial respecto a sentencias que reconocen derechos de la seguridad social. La tendencia al uso de legislación de emergencia en esta materia limita la posibilidad de ejecutar obligaciones patrimoniales a los Estados, y suele otorgar privilegios exorbitantes para la administración frente a los titulares de derechos ya reconocidos en la vía judicial.

28. El artículo 25 de la Convención establece el deber estatal de crear un recurso sencillo, rápido y efectivo para la protección y garantía de los derechos humanos. Así, los órganos del SIDH han comenzado a delinear estándares en relación con los alcances de tal obligación en materia de derechos económicos, sociales y culturales. En este sentido, tanto la CIDH como la Corte IDH han identificado la necesidad de proveer *medidas procesales que permitan el resguardo inmediato e incluso cautelar o preventivo de los derechos sociales,* a pesar de que el fondo de la cuestión pueda llegar a demandar un análisis más prolongado en el tiempo.

29. La Comisión Interamericana ha identificado determinadas características esenciales con las que estas medidas deben contar para ser consideradas idóneas a la luz de la Convención Americana. Así, ha postulado que debe tratarse de recursos sencillos, urgentes, informales, accesibles y tramitados por órganos independientes; que deben poder tramitarse como recursos individuales y como acciones cautelares colectivas a fin de resguardar los derechos de un grupo determinado o determinable; que debe garantizarse una legitimación activa amplia a su respecto; que deben ostentar la posibilidad de acceder a instancias judiciales nacionales ante el temor de parcialidad en el actuar de la justicia local y, por último, que debe preverse la aplicación de estas medidas de protección en consulta con los afectados.

30. En este punto, la CIDH ha destacado que al tratarse de acciones de protección de derechos fundamentales en casos que requieren de una respuesta urgente, la formalidad de la prueba no debe ser la misma que aquella que se demanda en los procesos ordinarios. Esto pues, la idea que subyace a esta tutela de tipo cautelar es que en el corto plazo se adopten las provisiones necesarias para la protección inmediata de los derechos en juego.

31. De manera paralela, en años recientes la Corte IDH y la CIDH han reconocido la necesidad de tutelar los derechos económicos, sociales y culturales, ya no sólo en su

dimensión individual, sino también en su dimensión colectiva. En este marco, el SIDH ha comenzado a delinear estándares sobre los mecanismos de tutela judicial tendientes a garantizar el litigio colectivo y especialmente, en relación con el alcance de la obligación de los Estados de proveer este tipo de procedimientos de reclamo. Es posible observar que el SIDH ha atravesado una clara evolución en esta materia, en cuanto ha reconocido expresamente la dimensión colectiva de determinados derechos y la necesidad de esbozar y poner en práctica dispositivos jurídicos con miras a garantizar plenamente tal dimensión. De esta manera, se evidencian los mayores alcances que los órganos del SIDH le han reconocido a la garantía prevista en el artículo 25 de la Convención Americana, a fin de contemplar en su marco, la tutela judicial efectiva de derechos colectivos.

32. A su vez, la jurisprudencia del SIDH también se muestra últimamente más firme y asentada a la hora de exigir la efectiva vigencia del derecho a la tutela judicial efectiva de derechos económicos, sociales y culturales en su dimensión individual. En este aspecto, por ejemplo, la Corte IDH ha reconocido la necesidad de que los Estados diseñen e implementen mecanismos jurídicos efectivos de reclamo para la tutela de derechos sociales esenciales, como los derechos de los trabajadores.

33. Por último, vale mencionar que en los últimos años el Sistema ha dado pasos importantes en el trazado de estándares sobre la obligación estatal de instaurar mecanismos que aseguren la *efectiva ejecución de las sentencias* que dicta el Poder Judicial de cada Estado. En este sentido, la Comisión Interamericana se ha ocupado de subrayar ciertos rasgos distintivos de un proceso de ejecución de sentencia, cuando aquel que debe obedecerla no es otro que el Estado. De esta manera, ha recalcado que el deber estatal de garantizar la observancia de los fallos judiciales alcanza particular importancia cuando quien debe cumplir la sentencia es un órgano del poder ejecutivo, legislativo o judicial, provincial o municipal, de la administración central o descentralizada, de empresas o institutos públicos, o cualquier otro órgano similar. Lo anterior se debe a que tales órganos, al ser estatales, suelen tener privilegios procesales, como la inembargabilidad de sus bienes. De acuerdo con la CIDH, dichos órganos pueden tener una inclinación a usar su poder y sus privilegios para tratar de ignorar las sentencias judiciales dictadas en contra de ellos. La Comisión Interamericana considera que cuando un órgano estatal no está dispuesto a acatar una sentencia desfavorable es posible que intente desconocer el mandato judicial mediante su absoluta falta de observancia o que se decida por técnicas más elaborados que acarreen el mismo resultado de incumplir el fallo, pero procurando darle cierto aspecto de validez formal a su manera de actuar.

34. La CIDH ha sostenido en diversas oportunidades que el incumplimiento de una orden judicial firme configura una violación continuada del artículo 25 de la Convención Americana. En este punto, la Comisión Interamericana incluso ha trazado un incipiente estándar por el que ha postulado que el incumplimiento de fallos judiciales que tutelan derechos sociales tales como el derecho a la seguridad social, puede llegar a caracterizar también una violación del artículo 26 de la Convención Americana.

35. A la vez, la CIDH ha determinado que el derecho a la tutela judicial efectiva requiere del acatamiento de las decisiones cautelares judiciales. Por lo tanto, el incumplimiento de dichas medidas también puede conllevar la vulneración de este derecho.

36. La Comisión Interamericana también ha delineado un estándar relevante en relación con los límites del accionar exigible a las víctimas a fin de lograr el acatamiento de las mandas judiciales a su favor. Así, ha manifestado que los Estados deben garantizar el cumplimiento de dichas decisiones judiciales de forma inmediata y sin requerir a los afectados que impulsen acciones adicionales de acatamiento, sea en el ámbito penal, administrativo o cualquier otro.

37. En paralelo, la CIDH también ha sido enfática en cuanto a la necesidad de garantizar el cumplimiento de decisiones administrativas. Así ha considerado la necesidad de dotar de eficacia a los dispositivos utilizados por la Administración para lograr el acatamiento de las órdenes emanadas de las autoridades administrativas.

38. Por su parte, tanto la Corte IDH como la Comisión Interamericana han comenzado a desarrollar estándares de importancia en relación con el diseño y puesta en práctica de mecanismos eficaces de ejecución de sentencias. En este orden de ideas, ha expresado que la responsabilidad de las autoridades estatales no concluye cuando el sistema de justicia dicta sentencia definitiva y esta queda firme. La Corte entiende que el Estado, a partir de este momento, debe garantizar los medios necesarios a fin de posibilitar la efectiva ejecución de dicha decisión definitiva. En efecto, el derecho a la protección judicial resultaría ilusorio si el ordenamiento jurídico interno de los Estados diera lugar a que un mandato judicial final y obligatorio persista ineficaz en detrimento de una de las partes.

39. En esta línea, el Tribunal ha considerado que para hablar de "recursos judiciales efectivos" no alcanza con que en los procesos se dicten resoluciones definitivas en las que se decida el resguardo de los derechos en juego ya que la etapa de ejecución de tales decisiones también debe ser entendida como parte integrante del derecho a la tutela judicial efectiva. A la vez, la Corte ha sostenido que en el caso de fallos en materia de acciones de garantía, atento a la particular naturaleza de los derechos protegidos, el Estado debe acatarlos en el menor tiempo posible, adoptando todas las medidas necesarias al efecto. En este punto, la Corte es enfática al afirmar que las normas presupuestarias no pueden justificar una demora prolongada en el tiempo en el acatamiento de las decisiones judiciales que resguardan derechos humanos.

40. Así, la Corte IDH ha entendido que la demora en la ejecución de la sentencia no puede ser tal que conlleve una mayor afectación de los derechos protegidos en la decisión y, en consecuencia, desvirtúe el derecho a la protección judicial efectiva.

CAPÍTULO VII

EL ACCESO A LA JUSTICIA POR CUESTIONES ECONÓMICAS

Sumario: 1. Introducción; 2. Naturaleza de la llamada tasa de justicia: *2.1 El hecho imponible; 2.2 Incumplimiento de las características del concepto de tasa: a) No se individualiza el servicio prestado, b) Presunción de riqueza, c) Razonabilidad del tributo. Confiscatoriedad, d) Relación entre el monto y el precio;* 3. La actividad judicial no es un servicio público; 4. La realidad económica en el contexto de la llamada tasa de justicia; 5. "Solve et repete"; 6. La tasa de justicia en el derecho comparado; 7. La tasa de justicia en la interpretación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; 8. Estándares a considerar; 9. El problema desde la perspectiva del acceso a la justicia; 10. Conclusiones

1. Introducción

Observamos en el capítulo anterior las manifestaciones que tiene el acceso a la justicia cuando se presentan presupuestos procesales que ponen requisitos para actuar en el proceso. La idea del acceso sin restricciones no es abrir las puertas de la jurisdicción a todos quienes quieran presentar reclamos, sino asumir que los jueces deban resolver conflictos intersubjetivos razonables, evitando abusos, o que se utilice la vía para fines no previstos.

Por ello es que las cuestiones de legitimación solo deben esclarecer su eficacia y alcance, para evitar que por confusiones o ignorancia se cierre el paso al litigio sin razones plausibles o, al menos, justificadas.

Pero, además de estos problemas que hacen a la implementación del debido proceso, aparecen otras preocupantes situaciones que afrontan los sistemas judiciales. No se trata, únicamente, de tener jueces ni de ofrecer un proceso abierto hacia cualquiera porque no es éste el dilema; la dificultad tiene connotaciones sociológicas, como la desconfianza en el Poder Judicial, y otras contrariedades, como el desconocimiento de los derechos.

Este es un aspecto que no hace escala en el debido proceso, pero que impacta en él cuando se recuerda que no se pueden ejercer los derechos que se desconocen. Informar y educar en derechos humanos, especialmente, es una obligación que surge explícita entre los deberes que tiene el Estado […]

> El ejercicio de derechos en el ámbito de los sistemas de justicia accesibles, asequibles y eficaces requiere que se garanticen los recursos necesarios y adecuados para que todas las personas y colectividades exijan sus derechos ante instancias previamente creadas. De esta manera, el Estado debe posibilitar la resolución de cualquier conflicto ante los diferentes sistemas de justicia (tradicionales, locales, nacionales e internacionales) garantizando una justa y pronta resolución bajo los principios de autonomía, imparcialidad e independencia.
>
> Además, los sistemas de justicia deben:
>
> - Propiciar la justiciabilidad y el disfrute de los derechos humanos civiles, políticos, y en especial, económicos, sociales y culturales, para todas las personas;

- garantizar que las y los operadores de justicia conozcan y tengan en cuenta los estándares internacionales de derechos humanos y los incluyan en sus resoluciones y sentencias;

- contribuir a reparar integralmente los daños suscitados por las violaciones a los derechos humanos prescribiendo medios de satisfacción a la víctima y garantías de no repetición que trasciendan socialmente; y,

- tomar en cuenta el enfoque diferencial o diferenciado de las víctimas que se encuentran en especial situación de vulnerabilidad en aras de la equidad.

En cuanto a la justicia internacional, se debe fortalecer los órganos internacionales de protección de los derechos humanos, en especial el Sistema Interamericano de Derechos Humanos[318].

Tampoco se puede soslayar la inseguridad jurídica, en el sentido de la perversa oscilación jurisprudencial o la vaguedad como se interpretan las leyes y los hechos que se analizan en un caso litigioso. Pero este aspecto se analiza dentro del deber de motivación de las sentencias, o en forma previa, en el principio de razonabilidad y proscripción de la arbitrariedad judicial.

En este capítulo queremos focalizar la cuestión en las exigencias fiscales que son previas al proceso, condiciones de admisibilidad que no son cuestiones jurídicas (aunque en el fondo también lo sean) sino obstáculos al movimiento mundial que persigue facilitar el acceso a los jueces, a desarrollar un proceso con libertad, y a tener una sentencia que dirima el conflicto con justicia y razonamientos fundados.

En definitiva, todo Estado tiene el deber de proteger a sus habitantes y si existen impedimentos para ello, es premisa inmediata localizarlos y confrontar su legalidad y constitucionalidad en el marco de la necesaria protección de los derechos humanos.

Con este emplazamiento habrá que cotejar si el costo que se impone para ser oído es aceptable en términos de justicia y equidad; si es lógico que se tenga que pagar para tener jueces que escuchen las pretensiones de las partes y resuelvan las controversias; o si se puede tolerar que el beneficio de litigar sin gastos sea el único sustituto creado para evitar que las situaciones de pobreza impidan llegar a los jueces[319].

Obsérvese que, en nuestro sistema procesal y fiscal, la obligación de pagar para ser oído está por demás extendido con la llamada tasa de justicia, tributo que se encuentra legislado por:

a) La ley 23.898, de aplicación respecto a las actuaciones judiciales que se tramitan ante los tribunales nacionales de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y ante los tribunales nacionales con asiento de las provincias;

b) Por los distintos regímenes provinciales de aplicación en los tribunales de justicia local;

---

[318] Cfr. Instituto Interamericano de Derechos Humanos, *Sistemas de justicia accesibles y eficaces,* en www.iidh.ed.cr

[319] Un aspecto de este problema lo tratamos en: Asorey, Rubén Oscar – Gozaíni, Osvaldo A., *La tasa de justicia como obstáculo para el acceso a la justicia,* La Ley 2003-D, 1278.

c) Por la ley N° 327 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires de aplicación a las actuaciones del Poder Judicial de la Ciudad de Buenos Aires; y finalmente

d) Por otras disposiciones referidas a tribunales jurisdiccionales como la ley 22.610 que establece una tasa para las actuaciones ante el Tribunal Fiscal de la Nación, de naturaleza jurisdiccional administrativa.

En suma, pretendemos alumbrar una zona que está en la penumbra del derecho, siguiendo como metodología de análisis el estudio sobre la naturaleza del tributo, llamado casi uniformemente por la legislación citada y por la jurisprudencia, como tasa judicial; y proseguir con las aristas procesales que tiene instalar un costo para el servicio judicial; procurando llegar a conclusiones acompañados de la más reciente jurisprudencia de la Corte IDH[320].

2. Naturaleza de la llamada tasa de justicia

El servicio de justicia se puede analizar desde lo concreto (ejercer el derecho de pedir ante los jueces) o en la dimensión de lo abstracto (la justicia es una garantía constitucional que se consagra en el art. 14 de la Constitución, como derecho a peticionar ante las autoridades; y con los arts. 18 y 43 que delinean el derecho al debido proceso y sus reglas).

La tasa de justicia opera en el primer campo y obstaculiza directamente al segundo. Es cierto que el acceso se promete a "toda persona" (art. 43), como también lo es que no todas ellas reclaman ante los jueces por situaciones conflictivas.

> Por eso, solamente paga el que pide, porque es quien pone en marcha la actividad de un sistema. Es tan puntual el requisito, que las excepciones están expresamente indicadas, y ni el Estado se exime de pagar. Se afirma así que, en los procesos en los que es parte el Poder Judicial, la cancelación de la tasa de justicia debe efectuarse mediante la pertinente imputación contable que efectuará la Administración General de la Corte, a cuyos efectos el juzgado interviniente deberá comunicar el importe adeudado y los autos a los que corresponde el gravamen (CS, 2 de agosto de 2000, "*Lacabe, Enrique A. c. Ministerio de Justicia de la Nación*", La Ley, 2001-B, 629 - DJ, 2001-1-550).

---

[320] En el derecho procesal el análisis del acceso a la justicia tiene origen con la famosa obra de Mauro Cappelletti que enjundiosamente observa de qué manera el costo de la justicia influye como un claro obstáculo para el ejercicio de los derechos; promoviendo entre otras cuestiones, la gratuidad del sistema y la modificación del curso de las costas (cfr. Mauro Cappelletti, – Vigoritti V., *Fundamental guarantees of the parties in civil litigation*, Cappelletti-Talón, New York-Milano, 1973). En materia fiscal los estudios sobre la denegación de justicia por obstáculos fiscales debieron haber integrado el temario sobre la tributación y los derechos humanos. Dicho enfoque del derecho fiscal comenzó a partir del año 1987, con la celebración del XLI Congreso de la IFA en que tuvo lugar un seminario sobre tributación y derechos humanos ("*Taxation and Human Rights*", Seminar A, XLI Congress IFA, 7-11 September 1987). Existió también un valioso antecedente que se originó en un grupo de tributaristas peruanos que formó una Asociación Internacional dedicada al estudio de esta temática. Posteriormente, el tema se desarrolló en otras importantes reuniones internacionales como las XX Jornadas de ILADT llevadas a cabo en Diciembre de 2000 en Salvador-Bahía, Brasil (Tema 1: "Derechos Humanos y Tributación") y fue objeto de diversas publicaciones nacionales, entre las que se destaca la Revista Jurídica de Buenos Aires, Lexis Nexis-Abeledo Perrot, 2001, sobre "*Derechos Humanos y Tributación*" y cuyo coordinador fuera José O. Casás. Sin embargo, en ninguna de tales actividades y/o publicaciones se incluyó este tópico. Ver también: Asorey, Rubén O., *Tasas de actuaciones judiciales en juicios por infracciones a la propiedad industrial*, Sup. Judicial Procesal 03/02/2010, 28 – La Ley, 2010-B, 101.

> Habiéndose agregado que, si bien el Poder Judicial, cuando actúa como parte en una causa, no está exento de la obligación de satisfacer la tasa de justicia que pudiera corresponderle con arreglo a la ley 23.898, no se concibe la subsistencia de la obligación en la medida que el débito y el crédito en juego corresponden a la misma masa patrimonial, y nadie puede ser acreedor y deudor de sí mismo (CS, fallo anterior).
>
> No obstante, cuando en el año 1990 se sanciona la Ley 23.853 y se otorga lo recaudado por tasa de justicia al presupuesto del Poder Judicial, sucede un hecho importante para el análisis, porque la recaudación, administración, contralor y ejecución corresponde a la Corte Suprema de Justicia de la Nación; dejando de actuar en la misma función la Administración Federal de Impuestos Públicos (AFIP); provocando una clara inconsistencia, cuando ella recibe por delegación del Alto Tribunal, la ejecución de los certificados de deuda relativos a la tasa de justicia (cfr. Acordada 19/92 CS).

Ahora bien, si se trata de una tasa que constituye un recurso financiero que financia servicios divisibles, sería necesario cobrarla al que exige un servicio ocasional como es la prestación de justicia, característica que coincidiría con la orientación jurisprudencial que reclama para retribuir servicios, que se indiquen los obligados con *precisión e individualidad y que se produzca la efectiva relación entre el sujeto que paga y el servicio*[321].

El obligado a anticipar la llamada tasa de justicia, y en los hechos, quien debe pagarla, es el actor. Por tanto, es una exigencia anterior al proceso y una obligación que se pone en cabeza del que pide, aun cuando pueda repetirlo en concepto de costas.

De este modo, el costo judicial se convierte en un presupuesto de admisión; dicho en otros términos, es una de las llaves necesarias para abrir las compuertas de los juzgados. Por esto mismo, es una condición, y como toda condición, es un obstáculo a superar. Asimismo, no es voluntaria, todo lo contrario, se impone y generaliza[322].

En consecuencia se podría afirmar que se trata de un impuesto siendo el hecho configurador de tal obligación fiscal el requerimiento de la administración de justicia.

2.1 El hecho imponible

> No se puede generar una obligación tributaria sin que exista un hecho que fundamente la necesidad de su establecimiento. Es éste un presupuesto de todo tributo, y en cualquiera de sus modalidades (impuestos, tasas y contribuciones).

La actividad jurisdiccional tiene el contrasentido de cobrar una actividad que el Estado tiene el deber de cumplir, porque el proceso es una garantía constitucional anterior a que la crisis se produzca, y no se suscita con la petición de parte.

---

[321] Fallos, 236:22.

[322] En efecto, afirman Giuliani Fonrouge y Navarrine que, la naturaleza de la tasa de justicia es la de un impuesto que se paga con la iniciación de las actuaciones, en general, y cuyo monto no es devuelto en el caso de que las actuaciones judiciales sean dejadas sin efecto por cualquier causal. Más aun, la propia justicia ha declarado que en la liquidación de la sociedad conyugal el impuesto a la justicia se pagará exista o no controversia entre partes. Esta característica ha llevado a encontrar en la tasa, denominada genéricamente como tal, la categoría de impuesto. Así, por ejemplo lo afirman Carlos M. Giuliani Fonrouge - Susana C. Navarrine, quienes consideran que la naturaleza es de un impuesto que se paga con la iniciación de las actuaciones, en general. "*Tasas judiciales*", Depalma, Buenos Aires, 1998, p. 9; Carlos M. Giuliani Fonrouge, "*¿Impuestos o tasa de justicia?",* La Ley, 72-559.

En realidad, la acción –como derecho de peticionar a las autoridades- no puede subordinarse al cumplimiento de exigencias rituales o económicas, porque precisamente la evolución de las ideas llevó a considerar en el terreno del "debido proceso", el acceso a la justicia sin restricciones. Es decir, sin encumbrar el cumplimiento de formalidades ni poniendo condiciones de orden económico.

La *tasa* siempre debe destinarse a financiar servicios divisibles y guardar una relación con el servicio prestado, mientras que el *impuesto*, por su parte, solventa servicios y funciones indivisibles. Si el Estado impone una tasa como necesidad de satisfacer el servicio jurisdiccional, el hecho imponible es difuso.

> Ahora bien, se ha dicho que, el hecho imponible que origina la obligación de pagar la llamada tasa de justicia es la prestación de un servicio por parte del órgano jurisdiccional respecto de la pretensión deducida, pesando sobre quien inicia las actuaciones la carga de afrontarla, más allá de que la interesada pueda reclamarle a su contraria el reintegro de las sumas pagadas (CS, 11 de noviembre de 1997, "*Camape S. R. L. c. Ministerio de Salud y Acción Social*", La Ley, 1999-D, 819, J. Agrup., caso 14.143).

Pero no se puede pasar por alto que, el hecho imponible tomado de la actividad judicial suscitada a petición de parte, es un aforo impertinente y contradictorio con el movimiento continental hacia una justicia de acceso irrestricto y sin limitaciones absurdas o irrazonables.

> El criterio de retribución permite diferenciar, como lo ha hecho el mismo Tribunal Superior de la Nación, entre impuestos y tasas o retribución de servicios (cfr. Fallos, 113:165, 114:298, 115:174, 116:260, 118:268, 119:122, 121:74, 122:56, 100 y 232; entre otros), de modo tal que serán *impuestos* los tributos o cargas públicas sancionadas para hacer frente a los gastos generales de la administración; y por tanto, diferentes a la *retribución de servicios* que no se exige general e indistintamente a todos los habitantes, por el hecho de serlo o de poseer propiedades en suelo argentino, sino a los que reciben el servicio particular que se les cobra o están en condiciones de recibirlo (Fallos, 120:372, 127:18).

2.2 Incumplimiento de las características del concepto de tasa

La naturaleza impositiva de este instituto fiscal surge con mayor claridad cuando se comparan sus características con la de las tasas, haciendo reprochable su identificación como tal.

El criterio inveterado que sostiene el carácter de *tasa retributiva* por el servicio judicial que se presta, no responde con la naturaleza del tributo.

En efecto, la exigencia que instala el Estado al usuario que reclama el acceso a la justicia no puede ser *tasa* porque no reviste las características que tienen éstas en general.

En efecto:

a) No se individualiza el servicio prestado

Una de estas características es la individualización del servicio público que se desarrolla; explicación que no puede ser abstracta o de excesiva latitud, porque con ello se violaría el principio de legalidad[323].

---

[323] Afirma Casás que el hecho de que el Estado solicite al usuario un pago cuando presta un servicio divisible, obliga a precisar la caracterización de la *tasa*, ya que también la prestación de un servicio

La Ley 23.898 "impone" la tasa de justicia a *todas las actuaciones judiciales que tramiten ante los tribunales nacionales de la Capital Federal y los tribunales nacionales con asiento en las provincias (*art. 1º), estableciendo en adelante porcentuales de acuerdo con las características de cada litigio, y algunas excepciones puntuales.

El principio de legalidad obliga a ver la tasa como una especie del género tributo, y como tal se encuentra sometida a la regla que la fuerza a describir claramente y con suma precisión la actividad que genera la obligación de pago, con indicación del sujeto pasivo y los elementos cuantificantes del tributo.

b) Presunción de riqueza

Si estuviéramos ante una tasa, para que tuviera sustento debería estar sostenida por la presunción de riqueza que, a pesar de la eventualidad, se podría obtener tras una sentencia favorable. Así las cosas, se "impone" al demandante la carga de soportar un costo por la creencia de ganancias futuras, sin que sea posible escapar a este artilugio legal.

> Recordemos que, la tasa de justicia debe ser pagada totalmente por el actor, pues es quien verifica el hecho imponible al ocurrir ante el órgano jurisdiccional -arts. 2º y 9º, ley 23.898- y a ello no obsta el hecho de que el gasto deba ser soportado efectivamente por otra persona en virtud de la imposición de costas, ya que no puede crearse un nuevo sujeto pasivo del tributo sin contravenir el principio de legalidad (CNFed. Contenciosoadministrativo, Sala III, 23 de mayo de 2000, "*Gilardi, Gabriel F. c. Enargas -Resolución 182/98-*", La Ley, 2000-F, 891).

c) Razonabilidad del tributo. Confiscatoriedad

No habría pautas para saber cuando es confiscatorio el monto de la llamada tasa de justicia, aunque se pueda decir algo en torno de la "razonabilidad" de la prestación y la eficacia que se espera de la tarea que se requiere.

Cuando no se dan más parámetros que los económicos, y sobre ellos se producen escalas porcentuales, siempre habrá mínimos exigibles y máximos probablemente sobredimensionados respecto a la relación costo / beneficio.

Si la tasa de justicia respondiera con equivalencia al costo del servicio prestado, las sumas a ingresar debieran ser equilibradas con la inversión que se pone en el sistema de la justicia. Desde esta visión, sería irrazonable que con el solo pago de una tasa de justicia se pudiera sufragar el costo de varios juzgados.

> Aceptamos que no es fácil establecer un valor de contraprestación que aproximadamente sea correlato del costo del servicio; aunque es cierto que éste no puede fijarse con exactitud para cada caso particular[324].

---

divisible puede ser el presupuesto de hecho de un *precio*, con lo cual en el primer caso su establecimiento tendrá que tener necesariamente su fuente en la ley, mientras que en el segundo podrá provenir de una resolución administrativa de alcance general (Casás, Osvaldo, *Derechos y Garantías Constitucionales del Contribuyente*, Ad Hoc, Buenos Aires, 2002, p. 517).

[324] Sostiene Bidart Campos que, uno de los requisitos insoslayables en las tasas consiste en la razonable proporción entre el monto de la tasa y el costo del servicio que el Estado presta. Es dificilísimo trasladar

Sin embargo, la relación que debería existir entre la llamada tasa y el costo del servicio no implicaría una equivalencia estricta, sino que al cobro de una tasa correspondería siempre la concreta, efectiva e individualizada prestación de un servicio a algo (bien o acto), no menos individualizado del contribuyente, por lo que la impugnación de una tasa considerada exorbitante debe juzgarse desde el punto de vista de su carácter confiscatorio.

Es éste un criterio aceptado para tasas y contribuciones diferentes a los costos de la justicia.

> Para determinar si el gravamen guarda razonable proporcionalidad con el costo del servicio no debe atenderse únicamente a los gastos de la oficina que los presta, pues tanto la existencia de ésta como el cumplimiento de sus fines dependen de la total organización municipal, cuyas erogaciones generales deben ser asignadas en cierta medida a las prestaciones particulares (SC Buenos Aires, 3/06/79, "*Ailincurá, S. R. L*.", DJBA, 116-413 - ED, 84-224).
>
> No existe norma constitucional o legal que obligue a que las tasas, en el caso por el visado de certificados sanitarios de animales faenados, exhiban proporcionalidad entre el costo del servicio y el monto del gravamen, ya que mediante lo que se percibe no debe atenderse únicamente a los gastos de las oficinas que lo prestan, debido a que tanto la existencia de ésta como el cumplimiento de sus fines dependen de la total organización municipal, cuyas erogaciones generales deben incidir en las prestaciones particulares en una medida cuya determinación es cuestión propia de la política financiera (SC Buenos Aires, 3/03/98, "*Molinos Río de la Plata S. A. -ex Tres Cruces S. A.- c. Municipalidad de Morón*", LLBA, 1998-601 - DJBA, 154-2737).
>
> En otras jurisdicciones, también se ha dicho que, la tasa tiene el carácter de retribución por la prestación de servicios otorgados, condicionados a las ventajas particulares del contribuyente y, por ello, debe determinarse en su monto con relación al costo del servicio más un porcentaje que se justifica para pagar los gastos generales e indivisibles, como son los de administración general o común a todos los servicios (SC Mendoza, Sala I, Civil y Com., 16/12/98, "*Cambio Santiago S. A. y otros c. Municipalidad de Mendoza*", VJ, 1999-2-238).
>
> También en la provincia de San Luis, el Superior Tribunal afirma que, no existe norma constitucional o legal que obligue a que las tasas exhiban proporcionalidad entre el costo del servicio y el monto del gravamen, pues mediante lo que se percibe no debe atenderse únicamente a los gastos de la oficina que lo presta, ya que tanto la existencia de ésta como el cumplimiento de sus fines dependen de la total organización municipal, cuyas erogaciones generales deben incidir en los particulares en una medida cuya determinación es cuestión propia de la política financiera (ST San Luis, 25/11/98, "*Serazín José L. y otros c. Municipalidad de Merlo*", LL Gran Cuyo, 2000-383).

d) Relación entre el monto y el servicio

---

tal requisito a la supuesta tasa de justicia. En primer lugar, el llamado "servicio" de justicia, como deber constitucional en cuanto función del poder estatal, no es calculable en pesos porque no todos los procesos le insumen al Estado el mismo tiempo, los mismos gastos, similares dificultades. ¿Acaso puede compararse con el monto del peaje en proporción relacionada al costo de construcción y mantenimiento de una ruta por la que transita el usuario?. Germán J. Bidart Campos, *¿Hay que pagarle al Estado para que administre justicia? (Repensando la tasa de justicia),* Columna de opinión del diario La Ley del 13 de marzo de 2003.

Existe consenso doctrinario y jurisprudencial en que el monto de una tasa debe guardar razonable proporción con el costo del servicio que retribuye[325].

> En la causa "*Ana Vignolo de Casullo c. Municipalidad de la Capital*" (Fallos, 192:139) se afirmó que el "pago de tasas o servicios finca una contraprestación aproximadamente equivalente al costo del servicio prestado"; criterio también aplicado en autos "*Banco de la Nación c. Municipalidad de San Rafael*" (Fallos, 234:663).
>
> A veces se pone de manifiesto que, en los casos en que el actor no paga la tasa al tiempo de promover la demanda, por haber actuado con beneficio de litigar sin gastos, la tasa de justicia debe ser abonada, de acuerdo al monto resultante de la transacción celebrada en el expediente (CNCiv., Sala D, 3/09/96, "*Núñez, José c. Martínez, Alberto*", La Ley, 28/05/97). Pero no es un temperamento constante pues también se ha resuelto que "el hecho generador de la tasa de justicia esta constituida por la presentación ante los jueces, razón por la cual debe abonarse por el motivo de recurrir al órgano judicial, sin que el resultado a que se arribe en el proceso pueda modificarlo" (CNCiv., Sala G, 7/05/96, "*Apt, Alberto c. Aguilar, Horacio*").
>
> Conviene recordar la disidencia del ministro Vázquez cuando sostiene que, tanto la tasa de justicia, cuanto los depósitos que son requeridos en las instancias recursivas, no deben ser exigidos en ningún caso como condicionantes previos del acceso a la jurisdicción, sino que todo pago debe ser realizado una vez concluido el pleito y por la otra parte de quien ha resultado vencido (CS, 25/08/98, "*Carbone de Segarra, Liliana c. Segarra, Daniel*", La Ley, 1999-A, 224).

3. La actividad judicial no es un servicio público

La teoría procesal descarta sin disidencias que el proceso judicial sea un servicio público; aun cuando se reconoce en notables administrativistas como Duguit, Jeze y Nezard la idea que interpreta la función jurisdiccional como un servicio público comprendido en la actividad administrativa que desenvuelve el Estado.

En España, González Pérez refleja la posición pero en la perspectiva de la función pública, considerando inapropiado el concepto de servicio público […]

"El proceso es, respecto de la función jurisdiccional, lo que el servicio público es respecto de la función administrativa. Uno y otro consisten en un complejo de actividades o actuaciones en que se concreta una función pública En uno y otro caso existe un complejo de actividades presididas por la idea común de satisfacer una necesidad pública. El proceso y el servicio público son instituciones a través de las cuales se realiza una función estatal"[326].

Inclusive, después de sancionarse la Ley 1/1996 que comenzó a regir el 12 de Julio, quedó reglamentado el art. 119 de la Constitución española que estableció: "*La justicia será gratuita cuando así lo disponga la ley y, en todo caso, respecto de quienes acrediten insuficiencia de bienes para litigar*".

---

[325] Se dice, en tal sentido que, no es condición de la presencia de una tasa la existencia de una equivalencia estricta, o aun matemática, entre el costo del servicio y el monto de ella. Pero sí es condición de su validez, y esto es muy importante destacarlo, que exista *razonable y discreta proporción* entre ambos parámetros, pues de otro modo estaríamos frente a un impuesto encubierto (Informe del senador Weidmann, Diario de Sesiones del Senado argentino, 25/9/58, págs. 1883 y sigtes., en ocasión de presentar el proyecto después convertido en ley 14.773, de hidrocarburos; cit. en Fallos, 251:230).

[326] González Perez, Jesús, *Derecho Procesal Administrativo*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1955, p. 71

El juego normativo privó de todo fundamento a quienes observaban en el desempeño de la justicia un servicio público, pues el enfoque es la prestación para asegurar la efectividad del principio de igualdad en el acceso a la justicia, que de algún modo se había anticipado en el ordenamiento ibérico al derogarse la ley de tasas judiciales (Ley 25/1986), como era exigido por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humano.

Fundamentalmente en el caso *Airey* del 9 de octubre de 1979 que declaró el deber de asegurar el derecho de acceso a los tribunales en la categoría de los deberes positivos que los Estados partes deben cumplir.

Por eso, dice Lorena Bachmaier, ahondar en el debate de si debe el Estado asumir la responsabilidad por la justicia gratuita hasta sus últimas consecuencias, o si, por el contrario, sería más eficaz un sistema basado en la solidaridad de la abogacía, llevaría a replantear el propio modelo de Estado, el estado social, frente al modelo liberal[327].

En nuestro país, Bidart Campos se interroga: "¿Por qué el justiciable ha de pagarle al Estado por el ejercicio de un *derecho* que, como lo es el acceso a la justicia, el Estado tiene el *deber* de satisfacer mediante una *función de su poder*? Las tasas son contraprestaciones que el contribuyente ha de sufragar por un servicio que recibe al Estado –por ej.: alumbrado público-. No se halla demasiado sitio en el espacio del derecho tributario una supuesta "tasa" de justicia que ha de abonarse cuando un órgano del Poder Judicial cumple una obligación –constitucional- por cierto, cual es la de impartir justicia en un proceso[328].

En los hechos ésta es la realidad: el Estado *debe* prestar la actividad jurisdiccional, porque al asumir de los hombres el *poder* de resolución de conflicto, que desplazó de aquellos la posibilidad de autotutela (justicia por mano propia), también se obligó a concretar una labor de justicia en cada caso concreto.

El preámbulo constitucional le impone "afianzar la justicia", y también le determina una organización judicial necesaria para administrar la equidad y aplicar el derecho correspondiente en las situaciones que consideran los jueces y magistrados.

Inclusive, si fuera un servicio público podría argumentarse que la no prestación del servicio elimina la carga tributaria; porque si el servicio es malo, o se presta en condiciones deficientes, el pago hecho pierde sustento y permitiría su reintegro o repetición.

Por eso es importante distinguir entre el precio y los ingresos tributarios por la circunstancia de que éstos últimos están sujetos al principio de legalidad o de reserva de ley en materia tributaria, mientras el primero puede –en principio- ser fijado por la Administración.

Esta diferencia también es trascendente porque no resulta jurídicamente admisible que se otorgue a la Administración, en el caso del precio, las facultades especiales que el derecho positivo le pueda conceder en el caso de los créditos de naturaleza tributaria. Todo intento de confundir tasa y precio con regímenes legales híbridos o atípicos debe ser entendido como un mecanismo para eludir las garantías individuales del contribuyente.

---

[327] Bachmaier, Lorena, *La asistencia jurídica gratuita*, Comares, Granada, 1997, p. 3.

[328] Bidart Campos, *¿Hay que pagarle al Estado para que administre justicia? (Repensando la tasa de justicia)*, Columna de opinión del diario La Ley del 13 de marzo de 2003.

> La Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires se ocupó en destacar que la llamada tasa de justicia es un tributo y no un precio (Causa "*Molino Atlántica S.A.S.C., Buenos Aires*", 28 de mayo de 1974, Act. 20019). Al aceptar que la llamada *tasa* funciona como *impuesto* es más lógica su obligación y se adaptaría mejor al modelo diseñado.

4. La realidad económica en el contexto de la llamada tasa de justicia

Referir a la realidad económica para vincularla con la llamada tasa de justicia tiene serios riesgos por la derivación que puede tener hacia lecturas sobre la emergencia, la crisis, y cuanto menos, con la capacidad contributiva de quienes deben sufragar gastos judiciales.

> Valdés Villareal[329] sostiene que para dar licitud a la exigencia de una contribución, es preciso analizar la concurrencia de la realidad económica que expone la capacidad contributiva y la necesidad de existencia que tiene el impuesto de que se trate.

En lo específico, la realidad económica asume una coincidencia más o menos cierta y probable con los hechos reveladores de riqueza.

> Tarsitano[330] ha dicho con acierto que […] "mirada la cuestión en su verdadera sustancia, la capacidad contributiva está referida a un fenómeno normativizado que se manifiesta jurídicamente en el hecho imponible. Precisamente, la mediación del legislador transforma la capacidad económica en capacidad contributiva, que se reconduce a un hecho de naturaleza estrictamente jurídica, que debe ser analizado en ese campo y no en el de supuestas realidades económicas no reveladas directamente por la norma".

Con relación a la tasa de justicia no hay vínculo ni realidad alguna con la que se puede espejar el hecho de la actuación judicial con el sujeto obligado al pago.

La obligación nace con el proceso, que es la realidad confrontada, aunque sabemos que para ello realizamos un esfuerzo de argumentación. Luego, el deber de cancelar anticipadamente el impuesto judicial no analiza si el hecho generador es lícito, y tampoco se detiene para estudiar si el principio de igualdad se encuentra implícito en la obligación tributaria.

El principio de legalidad, en cuanto herramienta para dar validez a una contribución creada por la ley, necesita encontrar en el hecho generador un fundamento necesario; y si lo encuentra, deberá resolver la licitud de imponer realmente un aporte obligatorio. Y si también para ello se hayan argumentos, no se podrá desconocer el principio de equidad para finalizar en una conclusión sintética que refleje razonabilidad y criterio en el tributo.

5. "Solve et repete"

---

[329] Valdés Villareal, Miguel, *La justicia en las contribuciones*, en "*Principios tributarios constitucionales*", Tribunal Fiscal de la Federación, México D.F. – Universidad de Salamanca, 1992, p. 45.

[330] Tarsitano, Alberto, *El principio de la realidad económica y el exceso de la potestad calificadora del Fisco*, en "*Protección constitucional de los contribuyentes*", obra colectiva dirigida por Rubén Oscar Asorey, Marcial Pons, Madrid, 2000, ps. 233 y ss.

La criticada institución del "*solve et repete*" (pague y después repita o proteste) es una muestra más que se suma al concierto de ambigüedades que tiene exigir en la antesala del proceso, un precio para ser oído.

> Esto es evidente si tenemos en cuenta que, la ley 23.898 no contempla la posibilidad del fraccionamiento del pago de la tasa judicial, cuya naturaleza tributaria impone el principio de indisponibilidad del crédito fiscal, derivado del principio de legalidad que impera en la materia (CNCom., Sala B, 29/11/96, "*Romano Hnos. S. A., José y otro*", La Ley, 1997-E, 1063, J. Agrup., caso 11.994).

Pagar para tener un juez y un proceso donde exponer pretensiones e intereses particulares, no parece ser el camino correcto que emplaza el movimiento en pro del acceso a la justicia.

Si analizamos la Convención Americana sobre Derechos Humanos se podrá ver como se protegen los derechos civiles y políticos de las personas humanas, y las obligaciones que los Estados han de respetar y garantizar.

De este encuadre surge que el artículo 2º impone a los Estados Partes la obligación de adoptar en sus ordenamientos jurídicos internos las normas necesarias para hacer efectivos esos derechos y garantías.

> Una de las razones por las cuales no se lleva a cabo esta adecuación en el derecho positivo proviene de la lectura o interpretación opuesta al principio que venimos afirmando, según la cual, si un sistema judicial tuviera libertad de acceso se produciría una inmediata congestión llevando al ejercicio de la jurisdicción a su propia ineficiencia. En el medio se postulan posiciones –que compartimos- que alientan la difusión y promoción de formas alternativas para la resolución de conflictos[331], de modo tal que llegue a los jueces solamente el conflicto imprescindible. Para éstos el acceso debe entenderse con criterios amplios, con costos accesibles y sin discriminaciones, porque "la garantía de defensa en juicio garantiza a todo ciudadano la posibilidad de recurrir a la Justicia cuando se violan sus derechos. Este derecho esencial no puede ser violado mediante la creación de un impuesto que, por su magnitud, imponga un costo excesivo. Por otra parte, si el Estado está exento del pago del tributo se produce una flagrante desigualdad ante la ley"[332].

6. La tasa de justicia en el derecho comparado

En la práctica del continente es común observar que la tasa de justicia se aplica en la mayoría de los países, y que la gratuidad absoluta solo tiene pocas manifestaciones. Sin embargo, los procesos constitucionales no suelen pagar espórtula alguna.

La Corte Constitucional de Colombia sostiene que […]

> De forma genérica, el vocablo arancel se inscribe en el ámbito impositivo o de la tributación. En ese contexto, se define como la tarifa oficial que determina los derechos que se deben pagar por diversos actos o servicios administrativos o profesionales. A él se hace mención, indistintamente, utilizando las expresiones arancel o aranceles, "puesto que el vocablo no cambia de sentido por el número gramatical". Aun cuando la aplicación más común del arancel ha tenido lugar en el régimen de aduanas, constituyendo el tributo o gravamen que se paga sobre el bien importado o exportado en un país, independientemente

---

[331] Gozaíni, Osvaldo Alfredo *Formas alternativas para la resolución de conflictos*, Depalma, Buenos Aires, 1995, p. 36.

[332] Del Carril, Enrique V., *¿Impuesto de justicia o tasa judicial?*, en La Ley Actualidad del 23 de Octubre de 2001.

> de la forma impositiva que haya podido adoptar -impuesto, tasa o contribución- y de las condiciones particulares previstas para su implementación, la figura se ha venido utilizado también en otros sectores como el de la justicia y el transporte (concretamente en el campo de los ferrocarriles), e incluso en diversas actividades profesionales como la medicina, el derecho y la ingeniería, en este último caso, materializada en la tarifa que se fija oficialmente para el pago de los honorarios correspondientes. En lo que hace referencia al sector justicia, el concepto arancelario se ha implementado a la manera de fórmula recaudatoria destinada a sufragar parcialmente el coste de las actuaciones judiciales, o lo que es igual, para ayudar a financiar los gastos de funcionamiento e inversión de la administración de justicia, dentro del propósito de mejorar sus dotaciones y ofrecer así un mejor servicio al ciudadano. Se trata, entonces, de un instrumento impositivo, que coadyuva al logro del objetivo de tener una justicia razonablemente más rápida y eficaz, que ha sido acogido incluso en países desarrollados y económicamente poderosos, como estrategia para buscar mayores recursos que permitan afrontar y superar los inconvenientes que surgen alrededor de una mayor demanda de justicia.
>
> Conforme con su finalidad, existe una clara distinción doctrinal entre los conceptos de arancel judicial y agencias en derecho, costas y expensas. El arancel judicial se mira con criterio amplio, en el sentido de que comprende todos los gastos que puedan tener lugar con ocasión de activar el aparato judicial, razón por la cual, los recursos que por esa vía se obtengan se destinan al servicio de la administración de justicia en general. Tratándose de las agencias, costas y expensas, estas se desarrollan en un ámbito conceptual más restringido, materializado en los gastos que deben satisfacer las partes como consecuencia del proceso que promueven, y de los que una de ellas podría resarcirse en caso de producirse la condena en costas de la parte contraria.
>
> De esa forma, los recursos obtenidos con ocasión de las agencias y costas, a diferencia de lo que ocurre con los aranceles, se destinan exclusivamente a cubrir los gastos que ha generado el proceso y nada más. Desde ese punto de vista, cuando se hace referencia al concepto de arancel judicial, se esta hablando, por regla general, de las tarifas oficiales que determinan los derechos que se han de pagar por el hecho de activar el aparato judicial, o lo que es igual, por adelantar o promover un procedimiento ante la justicia[333].

En *Perú*, el Tribunal Constitucional tiene hecha una diferencia según se trate de procesos ordinarios o constitucionales, basado en aplicar el principio de gratuidad en la administración de justicia sobre la base del principio de igualdad constitucional, por cuanto entiende "debe procurarse que las diferencias socioeconómicas entre los ciudadanos no sean trasladadas al ámbito del proceso judicial"[334].

Por ejemplo, un caso de nulidad de cosa juzgada fraudulenta que se lleva al Tribunal Constitucional porque en sede común se rechazó por no pagar la tasa judicial respectiva., se confronta con el modelo de acceso a la justicia y del principio de gratuidad en la administración de justicia, interpretándose que, en atención a las circunstancias de cada caso en concreto, teniendo en cuenta que el principio pro homine, derivado del principio-derecho de dignidad humana consagrado en el artículo 1º de la Constitución, se determina que debe preferirse aquella interpretación que resulte más favorable para la tutela de los derechos fundamentales. En consecuencia […]

> Si bien la materia discutida es la nulidad de cosa juzgada fraudulenta, ella está referida indirectamente a materia laboral por cuanto la supuesta cosa juzgada fraudulenta que se pretende anular está referida al reintegro de remuneraciones y beneficios sociales; en segundo lugar, porque al no estar la cuantía del petitorio plenamente determinada, se presenta una duda procesal que debe ser evaluada, con criterios de razonabilidad, a favor

---

[333] Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-368/11.

[334] TC, 17 de setiembre de 2009, Expediente Nº 05644-2008-PA/TC, Lima.

> del demandante. Por tanto en el presente caso se aprecia la vulneración de los derechos invocados por el demandante al no haberse aplicado, a su caso, el beneficio previsto en el artículo 24º inciso i) de la Ley Orgánica del Poder Judicial, modificado por la Ley N.º 27327; cuando, en realidad, debió realizarse una interpretación conforme con el principio pro homine y con el principio de optimización de la tutela de los derechos fundamentales. De modo tal que la demanda, en este caso, debe ser estimada[335].

Esta diferencia por materias está presente en muchas legislaciones, sin importar si cuentan con justicia constitucional especializada (sistemas o modelos concentrados) o se diluye en todos los jueces divididos por competencias.

El conflicto surge de la propia naturaleza de la tasa que obliga a tributar para que los jueces actúen, y en tal sentido, aparece una nueva asimetría con la justificación de las cuantías (tanto en la cuota fija como en la variable) y su eventual desproporción con el objeto a resolver.

En algunos casos se sostiene que el pago de sumas económicas para tramitar un litigio es necesario como "efecto disuasorio" y, como tal, sería un fin constitucionalmente legítimo porque persigue evitar situaciones de abuso por parte de los que no buscan tutela judicial sino ventajas mediante la dilación de los procedimientos.

> Otras veces se hecha mano al argumento de la legitimidad que tiene el hecho imponible gravado por la tasa, que no es el servicio público de la justicia sino el "ejercicio de la potestad jurisdiccional", según explica el tribunal constitucional español -que matiza que esto no debe implicar la implantación de unas tasas excesivas que acaben dificultando el acceso a la justicia-[336].

Por tanto, concluye que la medida no es idónea para conseguir la finalidad de acabar con los recursos abusivos si bien sí que lo es para conseguir el fin de la financiación mixta de la justicia. Y aclara que, el hecho de que se trate de un sistema de tasas en el que todos pagan lo mismo, implica en algunos casos que no se consiga evitar recursos abusivos.

> "Su objetivo de prevenir de dichos recursos se diluye para todo aquel que dispone de medios económicos suficientes y, sin embargo, perjudica al justiciable que ejercita correctamente su derecho a recurrir", reza la resolución, que añade que, al final, el perjudicado se ve obligado a pagar una tasa con la que se pretende erradicar un comportamiento que le es ajeno[337].

En España también se desdobla el pago por instancias, de modo que se tributa para entrar al proceso y para interponer recursos, justificado en la ley que las impone argumentado que es legítimo fijarlas en cuantías superiores a las de la primera instancia y que su recaudación no es suficiente para cubrir los costes generados por la segunda instancia.

Sin embargo se ha declarado la inconstitucionalidad, sobre la base de sostener que […]

> "El objetivo de la financiación mixta de la justicia no puede traer consigo el sacrificio de un derecho fundamental" y, por otro, que la cuantía de las tasas para recurrir resoluciones judiciales "no atiende a la realidad económica de una mayoría significativa de sus

---

[335] Ibídem.

[336] Sentencia 197/2019 del TC Español.

[337] Ibídem.

destinatarios, las cuáles resulta excesiva " por lo que concluye que, dichos gravámenes, vulneran el derecho protegido por el artículo 24,1 de la Constitución al poder disuadir la de interposición de recurso[338].

7. La tasa de justicia en la interpretación de la Corte IDH

El punto de análisis que presentamos, encuentra en un pronunciamiento de la Corte IDH una respuesta puntual que abre expectativas, si nos atenemos al temperamento del acatamiento obligatorio de la jurisprudencia supranacional, y a lo ordenado en la Convención respecto de la obligación que tiene el Estado para adecuar su legislación interna.

El caso "*Cantos*" (Argentina) resuelto el 28 de noviembre de 2002, sostiene entre otros conceptos […]:

> "Los Estados tienen, como parte de sus obligaciones generales, un deber positivo de garantía con respecto a los individuos sometidos a su jurisdicción. Ello supone [...]

"Tomar todas las medidas necesarias para remover los obstáculos que puedan existir para que los individuos puedan disfrutar de los derechos que la Convención reconoce. Por consiguiente, la tolerancia del Estado a circunstancias o condiciones que impidan a los individuos acceder a los recursos internos adecuados para proteger sus derechos, constituye una violación del artículo 1.1 de la Convención" […][339].

> *Consid. 62 […] "por una parte, existen normas internas en la Argentina que ordenan liquidar y pagar por concepto de tasa de justicia y de honorarios de abogados y peritos sumas exorbitantes, que van mucho más allá de los límites que corresponderían al cubrimiento razonable de los costos y costas generados por la administración de justicia y a la equitativa remuneración de un trabajo profesional calificado. Por otra parte, también existen disposiciones que facultan a los jueces para reducir el cálculo de la tasa y de los honorarios aludidos a límites que los hagan razonables y equitativos".*
>
> "Es, asimismo, del conocimiento de este Tribunal, que la Suprema Corte de Justicia de Argentina ha invocado la posibilidad de hacer prevalecer en las causas judiciales de orden interno las disposiciones de los tratados internacionales, lo cual ha llevado a que en diversos procesos los jueces hayan aplicado directamente la Convención Americana, modificando, en lo pertinente, los alcances del orden normativo nacional" (*Ekmedjian, Miguel Angel c/ Sofovich, Gerardo y otros*, Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, Caso Nº E.64.XXIII, Sentencia del 7 de julio de 1992).
>
> "Así las cosas, este Tribunal no encuentra fundamento para considerar que el Estado ha incumplido el artículo 2 de la Convención porque su orden jurídico, considerado en su integridad, no lleva necesariamente a impedir el acceso a la justicia".
>
> "*En todo caso sería aconsejable que el Estado suprimiera de su ordenamiento jurídico las disposiciones que pudiesen dar lugar, de una u otra manera, a la imposición de tasas de justicia y al cálculo de honorarios que, por ser desmedidas y excesivos, impidieran el cabal acceso a la justicia. Y a su vez adopte el conjunto de medidas tendientes para que la tasa de justicia y el cobro de honorarios no se transformen en obstáculos para hacer efectivo los derechos a las garantías judiciales y a la protección judicial consagrados en la Convención Americana*" (la bastardilla en nustra)

---

[338] Ibídem.

[339] *Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros*, supra nota 5, párr. 151; Excepciones al agotamiento de los recursos internos (arts. 46.1, 46.2.a y 46.2.b Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-11/90 del 10 de agosto de 1990. Serie A Nº 11, párr. 34.

La jurisprudencia de la Corte IDH es de acatamiento obligatorio en el derecho interno; pero además, la Convención Americana establece en el artículo 8.1 […]:

Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

Esta disposición consagra el derecho de acceso a la justicia. De ella se desprende que los Estados no deben interponer trabas a las personas que acudan a los jueces o tribunales en busca de que sus derechos sean determinados o protegidos. Cualquier norma o medida del orden interno que imponga costos o dificulte de cualquier otra manera el acceso de los individuos a los tribunales, y que no esté justificada por las razonables necesidades de la propia administración de justicia, debe entenderse contraria al precitado artículo 8.1 de la Convención.

Por su parte, el artículo 25 de la Convención también confirma el derecho de acceso a la justicia. La Corte ha señalado que éste establece la obligación positiva del Estado de conceder a todas las personas bajo su jurisdicción un recurso judicial efectivo contra actos violatorios de sus derechos fundamentales. Y ha observado, además, que la garantía allí consagrada se aplica no sólo respecto de los derechos contenidos en la Convención, sino también de aquellos que estén reconocidos por la Constitución o por la ley[340].

> Asimismo, en reiteradas oportunidades ha dicho, que la garantía de un recurso efectivo "constituye uno de los pilares básicos, no sólo de la Convención Americana, sino del propio Estado de Derecho en una sociedad democrática en el sentido de la Convención", y que para que el Estado cumpla con lo dispuesto en el artículo 25 de la Convención no basta con que los recursos existan formalmente, sino que los mismos deben tener efectividad, es decir, debe brindarse a la persona la posibilidad real de interponer un recurso que sea sencillo y rápido.

Cualquier norma o medida que impida o dificulte hacer uso del recurso de que se trata constituye una violación del derecho al acceso a la justicia, bajo la modalidad consagrada en el artículo 25 de la Convención Americana.

El *Caso Cantos* antes referido plantea el siguiente problema […]

> El reclamo planteado por el señor Cantos ante la Corte Suprema de Justicia de la Argentina asciende a 2.780.015.303,44 pesos (dos mil setecientos ochenta millones quince mil trescientos tres pesos con cuarenta y cuatro céntimos). De acuerdo con la ley Argentina, la tasa de justicia por abonar era equivalente a un tres por ciento (3%) del total del valor de la litis. La tasa de justicia es la suma de dinero que todo demandante judicial debe pagar para tener acceso a la justicia y según las leyes argentinas la misma sólo responde a un porcentaje y no tiene un tope máximo. Para el caso en particular ese tres por ciento (3%) corresponde a 83.400.459,10 pesos (ochenta y tres millones cuatrocientos mil cuatrocientos cincuenta y nueve pesos con diez centavos) equivalentes, al momento de ordenarle el pago nuestra Corte Suprema de Justicia, al mismo monto en dólares de los Estados Unidos de América. Esta suma de dinero no ha sido efectivamente pagada hasta hoy, pero el señor Cantos no sólo la adeuda sino que adeuda también la multa que se le impuso, de

---

[340] *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni*. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C Nº 79, párr. 111; *Caso del Tribunal Constitucional*, supra nota 8, párr. 89; y Garantías Judiciales en Estados de Emergencia (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-9/87 del 6 de octubre de 1987. Serie A Nº 9, párr. 23.

> conformidad con la ley, por no haberla pagado, multa correspondiente al cincuenta por ciento (50%) de dicha suma de dinero, o sea, a 41.700.229,50 (cuarenta y un millones setecientos mil doscientos veintinueve y cincuenta centavos), equivalentes al momento señalado al mismo monto en dólares de los Estados Unidos de América, luego de transcurridos cinco días sin que se haya pagado (*supra* 43.n).

Con este planteo, le correspondió a la Corte Interamericana, tras superar la etapa de admisión ante la Comisión (que interpretó la existencia de un caso contencioso por presunta violación a derechos humanos) decidir si la aplicación de la ley y la consecuente determinación de una tasa de justicia de $ 83.400.459,10 (ochenta y tres millones cuatrocientos mil cuatrocientos cincuenta y nueve pesos con diez centavos, equivalente al tiempo del proceso del mismo monto en dólares de los Estados Unidos de América) es compatible con los artículos 8 y 25 de la Convención Americana, referentes al derecho al acceso a la justicia y al derecho a un recurso sencillo y rápido.

Nuestro país había dicho, sobre el particular, que la determinación de ese monto estaba de acuerdo con la ley, cuyo propósito era evitar demandas temerarias; que esa suma fue proporcional a lo reclamado en la demanda, que no se trataba de una tasa confiscatoria y que el señor Cantos no la impugnó en el orden interno[341].

Por eso, lo llevó a concluir que la suma fijada por concepto de la llamada tasa de justicia y la correspondiente multa constituyen una obstrucción al acceso a la justicia, pues no aparecen como razonables, aun cuando la mencionada tasa de justicia sea, en términos aritméticos, proporcional al monto de la demanda.

> La Corte consideró que si bien el derecho al acceso a la justicia no es absoluto y, consecuentemente, puede estar sujeto a algunas limitaciones discrecionales por parte del Estado, lo cierto es que éstas debían guardar correspondencia entre el medio empleado y el fin perseguido y, en definitiva, no pueden suponer la negación misma de dicho derecho.

En consecuencia, sostuvo que el monto por cobrar en el caso en estudio no guardaba relación entre el medio empleado y el fin perseguido por la legislación Argentina, con lo cual obstruye, evidentemente, el acceso a la justicia del señor Cantos, y en síntesis, viola los artículos 8 y 25 de la Convención.

> En el Considerando 55 se dijo: "Este Tribunal estima que para satisfacer el derecho de acceso a la justicia no basta que en el respectivo proceso se produzca una decisión judicial definitiva. También se requiere que quienes participan en el proceso puedan hacerlo sin el temor de verse obligados a pagar sumas desproporcionadas o excesivas a causa de haber recurrido a los tribunales. Esta última situación se agrava en la medida en que para forzar el pago procedan las autoridades a embargar los bienes del deudor o a quitarle la posibilidad de ejercer el comercio".

Cabe recordar que en la Opinión Consultiva 10/89, del 14 de Julio, la Corte Interamericana había anticipado que, la parte final del artículo 1.1 prohíbe al Estado discriminar por diversas razones, entre ellas la *posición económica*.

---

[341] Sin embargo el Tribunal supranacional ha señalado, en reiteradas ocasiones, que el Estado no puede eximirse de responsabilidad respecto a sus obligaciones internacionales argumentando la existencia de normas o procedimientos de derecho interno (Cfr. *Caso del Caracazo*, *Reparaciones*, supra nota 5, párr. 77; *Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros*, supra nota 5, párr. 203 y Caso *Trujillo Oroza*, *Reparaciones*, supra nota 6, párr. 61. En igual sentido, vid. *Caso de las Comunidades Greco-Búlgaras* (1930), Serie B, Nº 17, p. 32; *Caso de Nacionales Polacos de Danzig* (1931), Series A/B, Nº 44, p. 24; Caso de las *Zonas Libres* (1932), Series A/B, Nº 46, p. 167 y Aplicabilidad de la obligación a arbitrar bajo el Convenio de Sede de las Naciones Unidas (*Caso de la Misión del PLO*) (1988) 12, a 31-2, párr. 47).

El sentido de la expresión *discriminación* que menciona el artículo 24 debe ser interpretado, entonces, a la luz de lo que menciona el artículo 1.1. Si una persona que busca la protección de la ley para hacer valer los derechos que la Convención le garantiza, encuentra que su posición económica (en su caso, la indigencia) le impide hacerlo porque no puede pagar la asistencia legal necesaria o cubrir los costos del proceso, queda discriminada por motivo de su posición económica y colocada en condiciones de desigualdad ante la ley[342].

Ese deber de organizar el aparato gubernamental y de crear las estructuras necesarias para la garantía de los derechos está relacionado, en lo que a asistencia legal se refiere, con lo dispuesto en el artículo 8 de la Convención. El concepto del debido proceso en casos penales incluye, entonces, por lo menos, esas *garantías mínimas*. Al denominarlas *mínimas* la Convención presume que, en circunstancias específicas, otras garantías adicionales pueden ser necesarias si se trata de un debido proceso legal.

Naturalmente que no es la ausencia de asistencia legal lo único que puede impedir que un indigente agote los recursos internos. Puede suceder, incluso, que el Estado provea asistencia legal gratuita, pero no los costos que sean necesarios para que el proceso sea el debido que ordena el artículo 8. En estos casos también la excepción es aplicable. Aquí, de nuevo, hay que tener presentes las circunstancias de cada caso y de cada sistema legal particular, tal como lo dijimos anteriormente.

El artículo 1º de la Convención obliga a los Estados Partes no solamente a *respetar los derechos y libertades reconocidos en ella*, sino a *garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona sujeta a su jurisdicción*. La Corte expresó que esta disposición contiene un deber positivo para los Estados. Debe precisarse, también, que *garantizar* implica la obligación del Estado de tomar todas las medidas necesarias para remover los obstáculos que puedan existir para que los individuos puedan disfrutar de los derechos que la Convención reconoce. Por consiguiente, la tolerancia del Estado a circunstancias o condiciones que impidan a los individuos acceder a los recursos internos adecuados para proteger sus derechos, constituye una violación del artículo 1.1 de la Convención.

> Cuando se demuestra que los recursos son rechazados sin llegar al examen de la validez de los mismos, o por razones fútiles, o si se comprueba la existencia de una práctica o política ordenada o tolerada por el poder público, cuyo efecto es el de impedir a ciertos demandantes la utilización de los recursos internos que, normalmente, estarían al alcance de los demás [...] el acudir a esos recursos se convierte en una formalidad que carece de sentido. Las excepciones del artículo 46.2 serían plenamente aplicables en estas situaciones y eximirían de la necesidad de agotar recursos internos que, en la práctica, no pueden alcanzar su objeto[343]

---

[342] La *protección de la ley* la constituyen, básicamente, los recursos que ésta dispone para la protección de los derechos garantizados por la Convención, los cuales, a la luz de la obligación positiva que el artículo 1.1 contempla para los Estados de respetarlos y garantizarlos, implica, como ya lo dijo la Corte *el deber de los Estados Partes de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos (Caso Velásquez Rodríguez*, Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C Nº 4, párr. 166; *Caso Godínez Cruz,* Sentencia de 20 de enero de 1989. Serie C Nº 5, párr. 175).

[343] *Caso Velásquez Rodríguez*, supra 23, párr. 68; *Caso Godínez Cruz*, supra 23, párr. 71 y *Caso Fairén Garbi y Solís Corrales*, Sentencia de 15 de marzo de 1989. Serie C Nº 6, párr. 93.

En el *Caso Yean y Bosico*[344] la Corte IDH se refirió expresamente a la necesidad de fijar límites en materia de costos de los procesos, a fin de impedir la vulneración de derechos humanos fundamentales. Aquí se puede ver con claridad diversos aspectos de la relación entre el debido proceso legal administrativo y el goce y ejercicio de los derechos humanos.

Este caso contra República Dominicana recordó que en Estado debía proveer un recurso sencillo, rápido y económico, refiriendo así a un nuevo estándar para el art- 25 de la CADH.

En sus alegatos ante la Corte, la Comisión IDH fijó un estándar de importancia en materia de costos de los procedimientos administrativos. Sostuvo que la exigencia de determinados requisitos en el trámite administrativo de inscripción tardía de nacimientos en República Dominicana, resultaban difíciles de cumplir e implicaban gastos que constituían obstáculos para el ejercicio de los derechos.que impedían el goce de derechos contenidos en la CADH. Concretamente, la CIDH expresó:

8. Estándares a considerar

El derecho internacional de los derechos humanos ha desarrollado estándares sobre el derecho a contar con recursos judiciales y de otra índole que resulten idóneos y efectivos para reclamar por la vulneración de los derechos fundamentales.

En tal sentido, reproducimos un documento que especifica los adelantos que se quieren concretar[345]. En efecto, en los últimos años, el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (en adelante "SIDH" o "Sistema ") ha reconocido la necesidad de delinear principios y estándares sobre los alcances de los derechos al debido proceso judicial y a la tutela judicial efectiva, en casos que involucran la vulneración de derechos económicos, sociales y culturales ("derechos sociales" o "DESC").

> En este orden de ideas, la Comisión IDH elaboró el presente estudio a fin de revisar y sistematizar la jurisprudencia del SIDH, tanto de la Comisión como de la Corte IDH, sobre cuatro temas centrales que ha estimado prioritarios respecto a la protección judicial de los derechos económicos, sociales y culturales:
>
> 1) la obligación de remover obstáculos económicos para garantizar el acceso a los tribunales;
>
> 2) los componentes del debido proceso en los procedimientos administrativos relativos a derechos sociales;
>
> 3) los componentes del debido proceso en los procedimientos judiciales relativos a derechos sociales y;
>
> 4) los componentes del derecho a la tutela judicial efectiva de derechos sociales, individuales y colectivos.

Estos estándares no sólo tienen un importante valor como guía de interpretación de la CADH para los tribunales nacionales, sino que pueden contribuir a mejorar la institucionalidad de las políticas y servicios sociales en los países americanos, y a

---

[344] *Caso de las Niñas Yean y Bosico*. Sentencia de 8 de setiembre de 2005. Serie C Nº 130.

[345] OEA/Ser.L/V/II.129. Doc. 4, de fecha 7 setiembre 2007, sobre "*El acceso a la justicia como garantía de los derechos económicos, sociales y culturales*". Estudio de los estándares fijados por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos".

fortalecer los sistemas de fiscalización, transparencia y rendición de cuentas, así como los mecanismos de participación y vigilancia social de las políticas públicas en esta materia.

La reseña de la jurisprudencia del sistema interamericano contribuye además a mejorar el diagnóstico de los principales problemas regionales en el acceso a los sistemas de justicia. Si bien los casos no pueden considerarse absolutamente representativos de los problemas sociales e institucionales de los países de la región, sí puede afirmarse que el sistema de peticiones es una buena caja de resonancia de esos problemas […].

a) Un primer aspecto del derecho de *acceder a la justicia en materia de derechos sociales*, es la existencia de obstáculos económicos o financieros en el acceso a los tribunales y el alcance de la obligación positiva del Estado de remover esos obstáculos para garantizar un efectivo derecho a ser oído por un tribunal. De esta manera, numerosas cuestiones vinculadas con el efectivo acceso a la justicia -como la disponibilidad de la defensa pública gratuita para las personas sin recursos y los costos del proceso- resultan asuntos de inestimable valor instrumental para la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales. En este sentido, es común que la desigual situación económica o social de los litigantes se refleje en una desigual posibilidad de defensa en juicio.

> Al respecto, el SIDH ha establecido la obligación de remover aquellos obstáculos en el acceso a la justicia que tengan origen en la posición económica de las personas. Ambos organismos del Sistema han fijado la obligación de proveer en ciertas circunstancias servicios jurídicos gratuitos a las personas sin recursos, a fin de evitar la vulneración de su derecho a las garantías judiciales y a la protección judicial efectiva. Con esto en miras, la Comisión IDH ha identificado algunos criterios para la determinación de la procedencia de la asistencia legal gratuita en los casos concretos. Estos son:
>
> i) la disponibilidad de recursos por parte de la persona afectada;
>
> ii) la complejidad de las cuestiones involucradas en el caso y
>
> iii) la importancia de los derechos afectados.

En paralelo, se ha interpretado que ciertas acciones judiciales requieren necesariamente de asistencia jurídica gratuita para su interposición y seguimiento. Así, la Comisión ha entendido que la complejidad técnica de ciertas acciones constitucionales, establece la obligación de proporcionar asistencia legal gratuita para su efectiva promoción.

Del mismo modo, el SIDH tiene observado que los costos del proceso, sea éste judicial o administrativo, y la localización de los tribunales, son factores que también pueden redundar en la imposibilidad de acceder a la justicia y en la consecuente violación del derecho a las garantías judiciales.

Los órganos del SIDH han determinado que un proceso que demande excesivos costos para su desarrollo, vulnera el artículo 8 de la Convención Americana. La Comisión ha expresado sobre el particular que el recurso judicial que se establezca para revisar el actuar de la administración, no sólo debe ser rápido y efectivo, sino también "económico" o asequible.

A su vez, el SIDH ha comenzado a identificar situaciones estructurales de desigualdad que restringen el acceso a la justicia a determinados sectores de la

sociedad. En estos casos, la Comisión IDH destaca la obligación estatal de proveer servicios legales gratuitos y de reforzar los dispositivos comunitarios al efecto, a fin de facilitar a estos sectores sociales en situación de desventaja y desigualdad, el acceso a instancias judiciales de protección, y a información adecuada sobre los derechos que poseen y los recursos judiciales disponibles para su tutela.

b) Un segundo aspecto a considerar es la existencia de un *derecho al debido proceso en la esfera administrativa* y su extensión o contenido preciso. En la esfera administrativa se dirime la mayoría de las adjudicaciones de prestaciones sociales. El área de las políticas y servicios sociales en muchos países del continente no se ha regido usualmente, en su organización y funcionamiento, por una perspectiva de derechos. Por el contrario, las prestaciones se han organizado y brindado mayormente bajo la lógica inversa de beneficios asistenciales, por lo que este campo de actuación de la administración pública de los Estados ha quedado tradicionalmente reservado a la discrecionalidad política, más allá de la existencia de algunos controles institucionales y sociales.

> En este orden de ideas, el SIDH ha fijado posición sobre la vigencia de las reglas del debido proceso legal en los procedimientos administrativos vinculados a derechos sociales. Al mismo tiempo, ha establecido la obligación de los Estados de establecer reglas claras para el comportamiento de sus agentes, a fin de evitar márgenes inadecuados de discrecionalidad en la esfera administrativa, que pudieran fomentar o propiciar el desarrollo de prácticas arbitrarias y discriminatorias.
>
> De este modo, en el examen de casos que involucran, entre otros, derechos económicos, sociales y culturales, derechos de los pueblos indígenas, derechos de los inmigrantes y derechos vinculados a la protección del ambiente, tanto la Comisión IDH como la Corte IDH han gestado un claro estándar relativo a la plena aplicabilidad de la garantía del debido proceso legal en los procedimientos administrativos. Así, ambos órganos han establecido que el debido proceso legal debe ser respetado en todo procedimiento tendiente a la determinación de los derechos y obligaciones de las personas.

Con esta inteligencia, el SIDH ha subrayado la necesidad de regular y restringir la discrecionalidad estatal. La Corte y la Comisión han establecido que la labor de la Administración posee límites concretos y que, entre ellos, se encuentra el respeto de los derechos humanos. En cuanto a los casos que involucran a sectores especialmente vulnerables, la Corte IDH ha identificado la necesidad de trazar vínculos entre los alcances del debido proceso legal administrativo y la efectiva vigencia de la prohibición de discriminación.

El SIDH ha comenzado a identificar los elementos que componen la garantía de debido proceso en sede administrativa. En este sentido, la Comisión IDH ha considerado que entre los elementos componentes del debido proceso legal administrativo se encuentra la garantía de una audiencia para la determinación de los derechos en juego. De acuerdo con la CIDH, dicha garantía incluye: el derecho a ser asistido jurídicamente; a ejercer una defensa y a disponer de un plazo razonable para preparar los alegatos y formalizarlos, así como para promover y evacuar las correspondientes pruebas. También ha considerado a la notificación previa sobre la existencia misma del proceso, como un componente básico de la garantía.

La Comisión IDH y la Corte también han puntualizado, como elementos que integran el debido proceso legal, el derecho a contar con una decisión fundada sobre el

fondo del asunto y la necesidad de garantizar la publicidad de la actuación administrativa. Además, el SIDH ha resaltado la existencia de un derecho al plazo razonable del proceso administrativo. La Corte IDH ha establecido que un retraso prolongado en un procedimiento administrativo configura, en principio, una vulneración del artículo 8 de la Convención y que a fin de desvirtuar tal desenlace, el Estado debe probar que la demora del proceso se originó en la complejidad del caso o en la conducta de las partes.

Otro elemento de la garantía del debido proceso legal en sede administrativa que ha tenido desarrollo en el SIDH, es el derecho a la revisión judicial de decisiones administrativas. Al respecto, la Comisión IDH ha determinado que toda norma o medida que obstaculice el acceso a los tribunales, y que no esté debidamente justificada por las razonables necesidades de la propia administración de justicia, debe entenderse contraria al artículo 8.1 de la Convención. También se ha avanzado en algunas precisiones sobre el alcance que debe tener esta revisión, al señalar que la justicia debe ocuparse de realizar al menos la supervisión esencial de la legalidad y racionalidad de las decisiones de la Administración, a fin de acatar las garantías consagradas en la CADH.

c) Un tercer aspecto examinado en la jurisprudencia del SIDH es la existencia de criterios claros sobre el *debido proceso legal en sede judicial*, en aquellos procesos dirigidos a determinar derechos económicos, sociales y culturales[346].

---

[346] En este punto, es dable destacar que la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos es abundante en materia de la vinculación entre el debido proceso legal administrativo y la garantía de derechos económicos, sociales y culturales. Se expresó en tal sentido, por ejemplo, en el caso *Feldbrugge.* En este caso, la actora, de nacionalidad holandesa, había pedido su baja de la Oficina Regional de Empleo a raíz de una enfermedad que la incapacitaba para trabajar, pero con posterioridad un órgano administrativo le suspendió las prestaciones por enfermedad que venía recibiendo al entender, luego de una revisación médica, que se encontraba apta para la actividad laboral. La actora recurrió esa decisión en sucesivas instancias administrativas, con resultados negativos. Sin embargo, alegó que por fallas de procedimiento imputables a los organismos públicos, entre ellas las limitaciones a su facultad de participar en el proceso y el carácter restrictivo de los recursos disponibles, no había gozado del acceso a un procedimiento que cumpliera con la totalidad de las garantías del artículo 6.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, que consagra el derecho al debido proceso legal. La resolución del caso exigió que el TEDH desentrañara, la naturaleza del derecho al seguro médico en la legislación holandesa. Algunas razones conducían a considerarlo un derecho público, como la obligatoriedad de la afiliación al seguro, la regulación legal de la prestación y el hecho de que fuera el Estado quien asumía la responsabilidad de asegurar. Otras razones conducían a considerarlo un derecho de índole privada, como su naturaleza personal y económica, su vinculación con un contrato individual de trabajo, el hecho de que la prestación tuviera la función de sustituir su salario de actividad, la utilización de técnicas de aseguramiento similares a las del derecho común, así como la participación de trabajadores en el régimen del seguro. Pese a que el derecho en cuestión era considerado un derecho de carácter público para el derecho holandés, en función del principio de autonomía interpretativa tal circunstancia no se estimó relevante. Finalmente se entendió que se trataba de un derecho comprendido en el artículo 6.1 y que el Estado había violado la norma. Sobre este particular, el TEDH afirmó que "el procedimiento referido ante la Presidencia de la Comisión de Apelaciones, en aplicación de la ley holandesa, evidentemente no permitía una adecuada participación de las partes, y mucho menos en la fase final del proceso. Para comenzar, el Presidente ni prestó audiencia al demandante, ni le solicitó que remitiera alegaciones por escrito. En segundo lugar, tampoco dio la oportunidad a la demandante o su representante para conocer y criticar los dos informes, fundamento de la decisión, emitidos por los asesores médicos" concluyendo que "se ha producido un quebrantamiento del artículo 6.1". *Cfr.* TEDH, caso *Feldbrugge* del 29 de mayo de

En este sentido, la jurisprudencia del SIDH ha trazado un estrecho vínculo entre los alcances de los derechos consagrados en los artículos 8 y 25 de la Convención Americana. De esta manera, se ha establecido que los Estados tienen la obligación de diseñar y consagrar normativamente recursos efectivos para la cabal protección de los derechos humanos, pero también la obligación de asegurar la debida aplicación de dichos recursos por parte de sus autoridades judiciales, en procedimientos con las garantías adecuadas.

Hay una relación directa entre la idoneidad de los recursos judiciales disponibles y la posibilidad real de exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales. Sobre el particular, tanto la Corte como la Comisión han comenzado a precisar aquellos elementos que componen el derecho al debido proceso consagrado en el artículo 8.1 de la Convención Americana respecto a los procedimientos de índole social, que presentan algunas características diferenciales respecto de otros procedimientos criminales o civiles, además de compartir también algunos rasgos comunes.

> Se ha identificado un principio de igualdad de armas como parte integrante del debido proceso legal, y ha comenzado a delinear estándares con miras a su respeto y garantía. Este principio es sumamente relevante, por cuanto el tipo de relaciones reguladas por los derechos sociales suelen presentar y presuponer condiciones de desigualdad entre las partes

---

1986, (Pub.TEDH, Serie A, Nº 99). Versión en castellano en Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Jurisprudencia 1984-1987, *cit.*, ps. 499-518. En el año 1993 el TEDH avanzó aún más en el tema al admitir en los casos *Salesi vs. Italia* y *Schuler-Zgraggen v. Suiza* la aplicación del artículo 6.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos a cuestiones vinculadas con beneficios de la seguridad social instituidos con carácter de derecho público. De tal modo se fijó el principio de que, independientemente de que el seguro, la asistencia social o la prestación remita a características de derecho privado (principalmente, que pueda vincularse con un contrato de empleo) o se encuentre garantizado sólo por el derecho público, le son aplicables todos los estándares que configuran la garantía general del debido proceso cuando se trata de un derecho individual y económico originado en una norma legal. En *Salesi*, el TEDH aplicó el artículo 6.1 en relación a una prestación mensual por discapacidad que el reclamante recibía como asistencia social por carecer de medios básicos de subsistencia. El beneficio no derivaba de un contrato de trabajo, ni requería ningún pago o contribución. Había sido instituido por una norma que implementaba el artículo 38 de la Constitución italiana según la cual todos los ciudadanos que no estén en condiciones de trabajar y necesiten el sustento básico para vivir deben ser provistos de los medios para su subsistencia por la asistencia social. Por lo demás el servicio lo prestaba exclusivamente el Estado italiano. En este caso el TEDH señala que su interpretación del artículo 6.1 era aplicable en materia de seguros sociales -*social insurance*- aun cuando el beneficio del actor fuera más próximo a una prestación de asistencia social y no un seguro social. Ver, TEDH, caso *Salesi vs. Italia* del 26 de febrero de 1993, (Pub. TEDH, Series A, Nº 257-E).

Por su parte, en *Schuler-Zgraggen*, el TEDH avanza más en la inclusión de los derechos económicos, sociales y culturales bajo la protección de la cláusula de debido proceso, al entender que el artículo 6.1 es aplicable a los seguros sociales, incluyendo la asistencia social. En este caso la garantía del debido proceso se combina con la violación del artículo 14 del Convenio -prohibición de discriminación en el goce de los derechos consagrados en éste-, pues a la reclamante se le había denegado una pensión por invalidez bajo el curioso razonamiento de que por ser mujer casada y con un hijo de dos años, eran escasas las posibilidades de que, aun estando sana, volviera a trabajar, en lugar de ocuparse de sus tareas hogareñas como esposa y madre. Allí, afirmó el TEDH: "El artículo 6.1. se aplica al campo de la seguridad social, incluyendo aun la asistencia social". Ver, TEDH, caso *Schuler-Zgraggen v. Suiza* del 24 de junio de 1993, (Pub.TEDH, Serie A, Nº 263). Conforme se verá más adelante, la relación entre la garantía del debido proceso legal y la prohibición de discriminación, también fue abordada en el marco del SIDH. Particularmente, en el *Caso de las Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana*. Ver al respecto, Corte IDH, *Caso de las Niñas Yean y Bosico*. Sentencia de 8 de setiembre de 2005. Serie C Nº 130.

> de un conflicto --trabajadores y empleadores-- o entre el beneficiario de un servicio social y el Estado prestador del servicio. Esa desigualdad suele traducirse en desventajas en el marco de los procedimientos judiciales.
>
> La Corte ha dicho que la desigualdad real entre las partes de un proceso determina el deber estatal de adoptar todas aquellas medidas que permitan aminorar las carencias que imposibiliten el efectivo resguardo de los propios intereses.
>
> La Comisión también ha remarcado, que las particulares circunstancias de un caso, pueden determinar la necesidad de contar con garantías adicionales a las prescritas explícitamente en los instrumentos de derechos humanos, a fin de asegurar un juicio justo. Para este organismo, esto incluye advertir y reparar toda desventaja real que las partes de un litigio puedan enfrentar, resguardando así el principio de igualdad ante la ley y la prohibición de discriminación.

El *derecho a contar con una decisión fundada* relativa al fondo del asunto también ha sido reconocido por la CIDH y por la Corte como elemento integrante del debido proceso legal en este tipo de procedimientos judiciales. Se establece que tras la etapa de prueba y debate, los órganos jurisdiccionales deben razonar sus decisiones y determinar así la procedencia o no de la pretensión jurídica que da base al recurso. Por su parte, la Corte ha expresado que los Estados deben garantizar que los recursos judiciales efectivos sean resueltos de acuerdo con el artículo 8.1 de la CADH, por lo que los tribunales de justicia deben adoptar decisiones que permitan resolver el fondo de las controversias que se le plantee.

El derecho al *plazo razonable* del proceso es otro de los componentes de la garantía del debido proceso legal en sede judicial que resulta particularmente relevante en materia del resguardo de derechos sociales. La Comisión y la Corte identifican ciertos criterios con miras a evaluar la razonabilidad del plazo de un proceso. Se trata de: a) la complejidad del asunto; b) la actividad procesal del interesado; y c) la conducta de las autoridades judiciales; d) la finalidad del procedimiento judicial respectivo; e) la naturaleza de los derechos en juego.

> En diversos precedentes relativos a derechos económicos, sociales y culturales, la Comisión Interamericana ha destacado la necesidad de garantizar el procedimiento expedito del amparo. Para ello ha establecido que un elemento esencial de la efectividad del recurso es su oportunidad y que el derecho a la protección judicial demanda que los tribunales dictaminen y decidan con celeridad, especialmente en casos urgentes. De esta manera, la Comisión Interamericana se ha ocupado de recalcar que, en definitiva, la obligación de conducir los procesos de manera rápida y ágil recae en los órganos encargados de administrar justicia.
>
> En este orden de ideas, la Comisión IDH ha puntualizado que el criterio relevante a fin de evaluar el plazo razonable de los procesos, no es la cantidad de los actos que se plasmen en el expediente, sino su eficacia.
>
> Respecto a esta garantía, expresó en algunos casos que el plazo de los procesos debe comenzar a contarse desde el inicio de las actuaciones administrativas y no ya desde la llegada del caso a la etapa judicial. A pesar de no poder afirmarse aun la existencia de un estándar definitivamente establecido en este punto, la jurisprudencia de la Corte IDH da cuenta de un principio de toma de posición del SIDH en la materia.

A su vez, los órganos del SIDH han precisado que la etapa de ejecución de las sentencias debe ser considerada parte integrante del proceso y que, en consecuencia, debe ser contemplada a la hora de examinar la razonabilidad del plazo de un proceso judicial. Esto se debe a que el derecho de acceder a la justicia exige que la solución final de toda controversia tenga lugar en un plazo razonable.

Esta cuestión es medular, pues en una amplia gama de procesos sociales -en particular en materia de seguridad social- los trámites de ejecución de sentencias se han visto seriamente demorados y obstaculizados por normas de emergencia y defensas dilatorias a favor de los Estados.

d) Un cuarto aspecto analizado por el SIDH es el *derecho a la tutela judicial efectiva de los derechos sociales*.

Este derecho exige que los Estados brinden mecanismos judiciales idóneos y efectivos para la protección de los derechos sociales, tanto en su dimensión individual como colectiva.

Tradicionalmente las acciones judiciales tipificadas por el ordenamiento jurídico han sido pensadas, para la protección de los derechos civiles y políticos clásicos. En gran parte de los países del continente se han establecido y regulado acciones judiciales sencillas y rápidas para amparar derechos en casos graves y urgentes.

Sin embargo, es frecuente que estas acciones judiciales no funcionen de manera adecuada para tutelar derechos sociales. En ocasiones, ello sucede por la limitación en la posibilidad de accionar de grupos o colectivos de víctimas afectadas por las violaciones, o por las demoras burocráticas en los procedimientos judiciales que les hacen perder efectividad.

También se han verificado en algunos casos problemas para acceder al ejercicio de estas acciones, porque se excluye la tutela de algunos derechos sociales que no se consideran derechos fundamentales, o porque se les impone requisitos procesales excesivos para su admisión. El SIDH ha intentado fijar algunos principios básicos que esas acciones de protección urgente deben cumplir para ajustarse a la Convención Americana.

> El derecho a la tutela judicial efectiva requiere también que los procedimientos judiciales destinados a proteger los derechos sociales, no presenten condiciones u obstáculos que le quiten efectividad para cumplir con los fines para los que fueron previstos. Por ejemplo se ha verificado que en ciertos casos hay fuertes obstáculos y restricciones para la ejecución de sentencias firmes contra los Estados, en especial respecto a sentencias que reconocen derechos de la seguridad social. La tendencia al uso de legislación de emergencia en esta materia limita la posibilidad de ejecutar obligaciones patrimoniales a los Estados, y suele otorgar privilegios exorbitantes para la administración frente a los titulares de derechos ya reconocidos en la vía judicial.

El artículo 25 de la Convención establece el deber estatal de crear un recurso sencillo, rápido y efectivo para la protección y garantía de los derechos humanos. Así, los órganos del SIDH han comenzado a delinear estándares en relación con los alcances de tal obligación en materia de derechos económicos, sociales y culturales.

En este sentido, tanto la Comisión IDH como la Corte IDH han identificado la necesidad de proveer medidas procesales que permitan el resguardo inmediato e incluso cautelar o preventivo de los derechos sociales, a pesar de que el fondo de la cuestión pueda llegar a demandar un análisis más prolongado en el tiempo.

> La Comisión Interamericana ha identificado determinadas características esenciales con las que estas medidas deben contar para ser consideradas idóneas a la luz de la Convención Americana. Así, ha postulado que debe tratarse de recursos sencillos, urgentes, informales, accesibles y tramitados por órganos independientes; que deben poder tramitarse como

> recursos individuales y como acciones cautelares colectivas a fin de resguardar los derechos de un grupo determinado o determinable; que debe garantizarse una legitimación activa amplia a su respecto; que deben ostentar la posibilidad de acceder a instancias judiciales nacionales ante el temor de parcialidad en el actuar de la justicia local y, por último, que debe preverse la aplicación de estas medidas de protección en consulta con los afectados.
>
> En este punto, se destaca que al tratarse de acciones de protección de derechos fundamentales en casos que requieren de una respuesta urgente, la formalidad de la prueba no debe ser la misma que aquella que se demanda en los procesos ordinarios. Esto pues, la idea que subyace a esta tutela de tipo cautelar es que en el corto plazo se adopten las provisiones necesarias para la protección inmediata de los derechos en juego.
>
> De manera paralela, han reconocido la necesidad de tutelar los derechos económicos, sociales y culturales, ya no sólo en su dimensión individual, sino también en su dimensión colectiva. En este marco, el SIDH ha comenzado a delinear estándares sobre los mecanismos de tutela judicial tendientes a garantizar el litigio colectivo y especialmente, en relación con el alcance de la obligación de los Estados de proveer este tipo de procedimientos de reclamo. Es posible observar que el SIDH ha atravesado una clara evolución en esta materia, en cuanto ha reconocido expresamente la dimensión colectiva de determinados derechos y la necesidad de esbozar y poner en práctica dispositivos jurídicos con miras a garantizar plenamente tal dimensión. De esta manera, se evidencian los mayores alcances que los órganos del SIDH le han reconocido a la garantía prevista en el artículo 25 de la Convención Americana, a fin de contemplar en su marco, la tutela judicial efectiva de derechos colectivos.

A su vez, la jurisprudencia del SIDH también se muestra últimamente más firme y asentada a la hora de exigir la efectiva vigencia del derecho a la tutela judicial efectiva de derechos económicos, sociales y culturales en su dimensión individual. En este aspecto, por ejemplo, la Corte IDH ha reconocido la necesidad de que los Estados diseñen e implementen mecanismos jurídicos efectivos de reclamo para la tutela de derechos sociales esenciales, como los derechos de los trabajadores.

Por último, vale mencionar que en los últimos años el Sistema ha dado pasos importantes en el trazado de estándares sobre la obligación estatal de instaurar mecanismos que aseguren la efectiva *ejecución de las sentencias* que dicta el Poder Judicial de cada Estado.

> En este sentido, la Comisión Interamericana se ha ocupado de subrayar ciertos rasgos distintivos de un proceso de ejecución de sentencia, cuando aquel que debe obedecerla no es otro que el Estado. De esta manera, ha recalcado que el deber estatal de garantizar la observancia de los fallos judiciales alcanza particular importancia cuando quien debe cumplir la sentencia es un órgano del poder ejecutivo, legislativo o judicial, provincial o municipal, de la administración central o descentralizada, de empresas o institutos públicos, o cualquier otro órgano similar. Lo anterior se debe a que tales órganos, al ser estatales, suelen tener privilegios procesales, como la inembargabilidad de sus bienes.

De acuerdo con la Corte IDH, dichos órganos pueden tener una inclinación a usar su poder y sus privilegios para tratar de ignorar las sentencias judiciales dictadas en contra de ellos. La Comisión Interamericana considera que cuando un órgano estatal no está dispuesto a acatar una sentencia desfavorable es posible que intente desconocer el mandato judicial mediante su absoluta falta de observancia o que se decida por técnicas más elaborados que acarreen el mismo resultado de incumplir el fallo, pero procurando darle cierto aspecto de validez formal a su manera de actuar.

También se ha sostenido en diversas oportunidades que el incumplimiento de una orden judicial firme configura una violación continuada del artículo 25 de la Convención Americana. En este punto, la Comisión Interamericana incluso ha trazado

un incipiente estándar por el que ha postulado que el incumplimiento de fallos judiciales que tutelan derechos sociales tales como el derecho a la seguridad social, puede llegar a caracterizar también una violación del artículo 26 de la Convención Americana.

A la vez, la Corte IDH ha determinado que el derecho a la tutela judicial efectiva requiere del acatamiento de las decisiones cautelares judiciales. Por lo tanto, el incumplimiento de dichas medidas también puede conllevar la vulneración de este derecho.

La Comisión Interamericana también ha delineado un estándar relevante en relación con los límites del accionar exigible a las víctimas a fin de lograr el acatamiento de las mandas judiciales a su favor.

Así, ha manifestado que los Estados deben garantizar el cumplimiento de dichas decisiones judiciales de forma inmediata y sin requerir a los afectados que impulsen acciones adicionales de acatamiento, sea en el ámbito penal, administrativo o cualquier otro.

En paralelo, la Corte IDH también ha sido enfática en cuanto a la necesidad de garantizar el cumplimiento de decisiones administrativas. Así ha considerado la necesidad de dotar de eficacia a los dispositivos utilizados por la Administración para lograr el acatamiento de las órdenes emanadas de las autoridades administrativas.

Por su parte, ambos organismos han comenzado a desarrollar estándares de importancia en relación con el diseño y puesta en práctica de mecanismos eficaces de ejecución de sentencias. En este orden de ideas, ha expresado que la responsabilidad de las autoridades estatales no concluye cuando el sistema de justicia dicta sentencia definitiva y esta queda firme.

La Corte entiende que el Estado, a partir de este momento, debe garantizar los medios necesarios a fin de posibilitar la efectiva ejecución de dicha decisión definitiva. En efecto, el derecho a la protección judicial resultaría ilusorio si el ordenamiento jurídico interno de los Estados diera lugar a que un mandato judicial final y obligatorio persista ineficaz en detrimento de una de las partes.

En esta línea, el Tribunal ha considerado que para hablar de "recursos judiciales efectivos" no alcanza con que en los procesos se dicten resoluciones definitivas en las que se decida el resguardo de los derechos en juego ya que la etapa de ejecución de tales decisiones también debe ser entendida como parte integrante del derecho a la tutela judicial efectiva.

A la vez, la Corte ha sostenido que en el caso de fallos en materia de acciones de garantía, atento a la particular naturaleza de los derechos protegidos, el Estado debe acatarlos en el menor tiempo posible, adoptando todas las medidas necesarias al efecto. En este punto, la Corte es enfática al afirmar que las normas presupuestarias no pueden justificar una demora prolongada en el tiempo en el acatamiento de las decisiones judiciales que resguardan derechos humanos.

Finalmente, la Corte IDH ha entendido que la demora en la ejecución de la sentencia no puede ser tal que conlleve una mayor afectación de los derechos protegidos en la decisión y, en consecuencia, desvirtúe el derecho a la protección judicial efectiva.

9. El problema desde la perspectiva del acceso a la justicia

Desde los orígenes del proceso judicial se ha discutido si el servicio que la justicia dispensa debía ser gratuito, o se podía exigir el pago de una tasa retributiva por la tarea requerida.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dicho que las tasas judiciales son constitucionalmente válidas, pues no afectan el principio de defensa en juicio ni la garantía de la propiedad privada, *en tanto no sean confiscatorias*[347] . Y aun sin vincular el monto con la exigencia tributaria, la disidencia del Ministro Vázquez en la causa "*Urdiales, Susana c. Cossarini, Franco*"[348] sostuvo que el depósito en el recurso directo, o de queja, era inconstitucional por restringir el acceso a la instancia de la Corte, poniéndose así en contradicción, con el espíritu de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

> Reiterado en "*Marono, Héctor c. Allois, V.D.*" (26/11/96) que sostiene: "Si el derecho al acceso a la justicia es uno de aquellos que resultan operativos con su sola invocación e irrestricto en su ejercicio, cualquier condicionamiento del trámite judicial de carácter previo -como el vinculado al pago de la tasa de justicia- o ulterior -como el derivado del abono de depósitos para acceder a instancias superiores de revisión jurisdiccional- no sólo resulta violatorio de lo establecido en el art. 31 de la Constitución Nacional, sino que tampoco se compadece con la naturaleza propia de ese derecho constitucional. (Disidencia del doctor Vázquez).

En lo analizado, la disidencia significó establecer una diferencia entre la tasa de justicia que se obliga a tributar antes del proceso (que sería inconstitucional) y aquella que debe pagarse como costas (que se reconoce legítima y absolutamente válida).

En la perspectiva procesal la lectura del problema se relaciona con esta visión, porque se estudia más la posibilidad de reintegro a partir del instituto de las costas (art. 68 y ss. del Código Procesal Civil), que la limitación que produce cuando se plantea como un requisito de la pretensión.

Con este sentido se afirma que […]

> No es atendible la pretensión de que la tasa de justicia no entre en la categoría de costas comunes ya que ella se paga para retribuir la actividad del órgano jurisdiccional y en beneficio de ambos contendientes. De allí que sea un gasto de interés común, y la circunstancia de que el actor debiera sufragarlo al promover el juicio no fija definitivamente su suerte, que depende del pronunciamiento sobre el particular (CNCiv., Sala A, 17/03/81, "*Cianni, Alfredo S.* c. *Llovet, Eduardo A.",* ED, 93-688).

El desinterés por ocuparse con más compromiso es manifiesto al mantenerse vigente en el código una norma que no se aplica al haber caído en desuso, como es el art. 252 que establece que la *falta de pago del impuesto o sellado de justicia no impedirá en ningún caso la concesión o trámite del recurso*; disposición inútil, en la actualidad, pues en su tiempo estaba prevista para el gravamen económico que debía pagarse en el recurso de apelación.

---

[347] CS, 25 de julio de 19/45, "*Ottonello Hnos y Cia. c. Prov. de Tucumán"*, Fallos, 201:557; íd. 10 de setiembre de 1965, "*Industrial Export y Finance Corporation c. Prov. de Salta*", Fallos, 262:697, citados por Giuliani Fonrouge. –Navarrine, *Tasas judiciales*, Ley 23.898, cit., p. 8.

[348] CS, 8 de agosto de 1996.

En pocas palabras, se puede compartir con Guasp[349] en que la existencia de los gastos procesales es una necesidad evidente que no puede ser eliminada, puesto que el proceso, como toda obra humana, exige invertir en él una cantidad de riqueza, que es en lo que consiste el gasto precisamente. Pero con respecto a las costas puede llegarse, en principio, a otra solución: como la esencia del concepto está en hacer pesar sobre las partes determinada serie de los gastos originados por el proceso, podría pensarse en la conveniencia de eliminar esta obligación, haciendo gratuita para dichas partes la administración de justicia.

Así se formula y defiende el *principio de la gratuidad de la justicia*, uno de los más debatidos en los tiempos pasados, pero que en la actualidad debiera considerarse sin dificultad como un problema superado.

> La tesis defensora de la gratuidad de la justicia parte de una consideración extremadamente sencilla en apariencia; puesto que la administración de justicia constituye, en fin de cuentas, un servicio público, los usuarios de este servicio, es decir, los litigantes, no deben pagar cantidad ninguna por su utilización; al litigante no se lo considera en esta concepción como un beneficiario que perjudique indirectamente al litigar a los demás, sino, por el contrario, como una persona que, en mayor o menor grado, se sacrifica por la paz de la colectividad y contribuye a la certidumbre de las normas por que se rige; finalmente, se afirma que el que la justicia haya de ser un servicio retribuido por los litigantes, hace a unos de peor condición que los otros, al depender de la posición económica de una parte sus posibilidades de que los Tribunales le hagan justicia. Sin embargo, estos argumentos no resisten un atento examen de los fundamentos sobre que se basan. No es cierto, en primer lugar, que en todo caso el coste de un servicio público debe gravar a todos los ciudadanos por igual y no con mayor fuerza a los que utilizan directamente el servicio; ni puede negarse tampoco que el litigante, por lo menos el litigante vencido, aunque no sea culpable, es la causa inmediata de la existencia del proceso, porque su resistencia o pretensión injustificada da lugar a que no resulte inconveniente que pese sobre él la carga económica de atender los gastos de dicho proceso; ni cabe desconocer que el problema que plantea la existencia de pretensiones u oposiciones, cuyos titulares carecen de los recursos económicos suficientes para acudir a un proceso, puede resolverse mediante una ordenación satisfactoria del llamado derecho de asistencia jurídica gratuita. Si a estas razones se añade la de carácter político jurídico que hace observar el extraordinario aumento de la litigiosidad que la implantación de la gratuidad absoluta de la justicia llevaría consigo y el que la litigiosidad es siempre un mal, aunque dentro de ciertos límites debe considerarse como un mal necesario, se comprende que el principio de la existencia de las costas procesales no puede ser combatido de una manera tan radical)[350].

En realidad, tomar el tema desde la perspectiva de las costas o gastos causídicos no soluciona la crisis de entrada al proceso que pretendemos poner en evidencia. En los hechos, la derrota de una parte y la victoria de la otra constituye el efecto común para determinar la responsabilidad patrimonial y el resarcimiento de todos los gastos incurridos, entre los que se encuentran las inversiones anteriores y las ocasionadas por el proceso en sí mismo. Sin embargo, esto tiene utilidad al finalizar la controversia, sin lograr resolver el tema de la admisión.

Ni siquiera el beneficio de litigar sin gastos sirve para ello, porque si bien el actor puede reclamar oportunamente la repetición de lo pagado en concepto de tasa de justicia en caso de que se impongan las costas al demandado, su pago inmediato puede

---

[349] Guasp, Jaime, *Derecho Procesal Civil*, Tomo I, Cívitas, Madrid, 1998 (4ª edición actualizada por Pedro Aragoneses), ps 528/9.

[350] Gozaíni, Osvaldo A., *Costas Procesales*, Ediar, Buenos Aires, 1998 (2ª edición), p. 17

importar una exigencia insuperable si pretende solicitar el beneficio de litigar sin gastos, pues el objeto de dicho incidente es demostrar la carencia de recursos --que no puede presumirse sobreviniente a la demanda-- para solventar en forma adelantada los gastos causídicos.

> Se afirma así que, conforme lo establece el art. 9º inc. a), de la ley 23.898, la tasa de justicia debe ser abonada en la mayor parte de los supuestos en su totalidad al inicio de las actuaciones, y la ulterior promoción del beneficio de litigar sin gastos no puede retrotraer sus efectos a aquel momento, por cuanto no comprende actuaciones procesales alcanzadas por la preclusión (CNCiv., Sala A, 9 de noviembre de 1993, "*Chiodo, Eduardo A. c. Naveiras, Lidia I. y otros*", La Ley, 1994-B, 692, J. Agrup., caso 9603.).
>
> De todos modos, se ha advertido que, la restricción del alcance del beneficio frustraría indirectamente el acceso a la jurisdicción por parte de la damnificada, derecho que ostenta expresa tutela constitucional (CS, 15/07/97, "*Carrera, Octavio A. y otro c. Seijas, Ricardo M., suc. y otros*", La Ley, 1997-E, 755 - DJ, 1997-3-880).
>
> En esta causa la Corte dijo que, "en el caso, el pago inmediato de la tasa de justicia --si bien puede reclamarse oportunamente su repetición en caso de que se impongan las costas al demandado-- importa para el demandante un sacrificio patrimonial incompatible con la situación económica sobreviniente al hecho motivo de la litis, que determinó la imposibilidad de asumir las erogaciones que demanda el proceso". En realidad el beneficio de litigar sin gastos se había propuesto con la demanda y no en forma posterior como interpretó la sentencia recurrida.

En consecuencia, la cuestión se puede enfocar en la puerta de entrada al proceso, y desde aquí también señalar ángulos diversos. El primero será poner el costo de acceso como *tasa retributiva de servicios*, en cuyo caso, debiera definirse la eficacia del sistema ante los derechos del consumidor, teniendo en cuenta que, con esta libertad literaria, podríamos definir al justiciable como un consumidor del servicio judicial.

Luego, si se considera a *la tasa* como *tributo* en lugar de *precio por el servicio prestado* tendremos que responder varios desajustes que muestran la distancia entre el presupuesto de derecho y la realidad analizada; en cambio, si centramos el problema en la dimensión del debido proceso, entre cuyas reglas aparece el derecho de acceso a los jueces, la tasa de justicia encontrará explicaciones contradictorias con el fenómeno que propende a la libertad de postulaciones ante la justicia y al acceso sin restricciones.

10. Conclusiones

De lo expuesto podemos concluir que la tasa de justicia lejos está de ser tal, para constituirse en un verdadero impuesto por el hecho de litigar. Sin embargo, pudiendo terminar aquí lo dicho, nos parece prudente propiciar un sistema intermedio que lleve en una reforma fiscal y judicial a resultados de mutua satisfacción.

Para ello habrá que advertir que:

a) La ausencia de topes en la escala porcentual, significa un exceso intolerable que concreta en sumas desproporcionadas con el servicio que se presta, una auténtica restricción al acceso a los jueces y a un proceso constitucionalmente pensado como garantía para la protección de los derechos de las personas.

b) Al mismo tiempo, despojar al alicaído Poder Judicial de un mecanismo de recaudación para su presupuesto, puede constituir un riesgo impensado que obliga a

obrar con cautela pero sin quebrar el principio fundamental que pondera la promoción y protección de los derechos en el marco del debido proceso constitucional.

c) Si para ello es preciso tener un sistema eficiente, y se piensa que ello no se lograría con presupuestos oprimidos, la realidad económica llevaría a propiciar que la tasa (o impuesto) sea variable con esta regla: cuanto mayor sean los montos en litigio, menores serán las cargas fiscales, sin eludir la necesidad de poner topes que lleven a equilibrar la relación servicio prestado con la inversión de recursos aplicados.

SECCIÓN I

DERECHO A SER OÍDO

CAPÍTULO VIII

ACCESO A LA JUSTICIA Y DERECHO A SER OÍDO

Sumario: 1. Diferencias entre ambas garantías; 2. El derecho a un recurso sencillo, rápido y efectivo; 3. Estándares para el derecho a ser oído: *3.1 No se cumple el derecho a ser oído y se viola el debido proceso, cuando la persona tiene restricciones normativas; 3.2 El derecho a ser oído se vincula con el derecho a tener abogado; 3.3 El derecho a ser oído exige igualdad procesal;* 4. El derecho de petición.

1. Diferencias entre ambas garantías

Hay derechos generalizados que se emplazan como garantías individuales y colectivas tales como el derecho de todas las personas a reclamar que se imparta justicia dirimiendo conflictos singulares. Es un derecho contemplado como petición de justicia, o defensa de legalidad que algunos autores señalan como dotado de contenido jurídico propio, que se configura como un derecho autónomo a la prestación jurisdiccional, o sea, a la propia realización de la justicia[351].

Desde esta perspectiva el proceso es la única garantía que preserva el principio de "realización de la justicia" que también se presenta como "tutela judicial efectiva", desde que si no hay proceso no habrá derechos que tengan espacio de protección posible.

El acceso a la justicia, contemplado con esta mirada, podría encontrar dos caminos: uno que atiende el permiso de plantear demandas sin restricciones; y otro, por el cual sería justo todo proceso que responda cabalmente con el principio de legalidad.

Sin embargo, hemos visto que en sus orígenes el problema no estaba en la admisión de reclamos sino en el derecho de defensa, precisamente porque el principio de oportunidad le dio al Estado demasiados poderes de instrucción y castigo que llevaron a advertir la necesidad de tener un adecuado equilibrio entre los motivos de la acusación y el derecho a ser oído.

Este primer espacio que hemos presentado como "debido proceso formal" se conocía en la tradición anglosajona como *due process of law* y focalizó su preocupación en los excesos del poder […]

> Del capítulo 39 de la Carta Magna inglesa de 1215 se desarrolló este derecho de los barones normandos frente al Rey "Juan Sin Tierra" a no sufrir arresto o prisión arbitrarios, y a no ser molestados ni despojados de su propiedad sin el juicio legal de sus pares y mediante el debido proceso legal. Su contenido fue un signo claro de alivio ante los excesos de este Rey y de sus predecesores, con su antecedente inmediato en la "Carta de

[351] Cançado Trindade, Antônio A., *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, Tomo III, Porto Alegre/Brasil, S.A. Fabris, 2003, ps. 523/4.

> Coronación de Enrique I" o "Carta de las Libertades", primera Carta concedida por un monarca inglés, otorgada por aquél en 1100, en el momento de su acceso al trono.
>
> Según el pasaje de la Magna Charta que interesa: *"Ningún hombre libre deberá ser arrestado, o detenido en prisión, o desprovisto de su propiedad, o de ninguna forma molestado; y no iremos en su busca, ni enviaremos por él, salvo por el juzgamiento legal de sus pares y por la ley de la nación"*[352].

Vale decir que el acierto estaba en el derecho a defenderse. Primero ejerciendo el derecho a ser oído, y después a contar con un abogado que le diera conocimientos jurídicos y técnicos para guarecer sus derechos.

Este espacio para resistir contra la arbitrariedad fue un privilegio creado como inmunidad, pero lejos estaba de quedar emplazado como una garantía plena de las personas. Recién lo fue en el período de constitucionalización cuando se dota de garantías precisas que configuraron el debido proceso legal, y tiempo después el debido proceso constitucional.

Pero en aquellos tiempos, defenderse mediante el derecho a escuchar posiciones propias, eran la misma expresión […]

> De todo esto fue desprendiendo también una reserva de ley en materia procesal, en virtud de la cual las normas rituales sólo pueden ser establecidas mediante ley formal, emanada del Parlamento -y de un Parlamento progresivamente más democrático y representativo-, además de un derecho a la propia existencia y disponibilidad de un proceso legal. En esta primera etapa no se hizo aun cuestión constitucional de cuáles fueran los procedimientos preestablecidos o preestablecibles en cuanto a su contenido, sino sólo en cuanto a la imperatividad de su existencia y a que estuvieran prefijados por ley formal[353].

La insuficiencia de la simetría para que fuese posible utilizarla como estándar en todo tipo de procesos, se hizo evidente en las Constituciones posteriores que vieron el desarrollo del proceso penal, donde el silencio del encartado era suficiente para aplicar el derecho de defensa a través de principios directos, como la presunción de inocencia, la información sobre causas de la acusación, el juez natural, entre otras garantías.

De este modo, una cosa era la defensa y otra el derecho a ser oído. Inclusive, éste último se clamaba en modelos especiales de atención pública para causas administrativas o pretensiones donde el gobierno o la legislación debían intervenir antes que la jurisdicción.

Por ello, la asimetría referida como título del parágrafo atiende dos tiempos distintos. Uno que reposa en la garantía que debe tener una persona para poder llevar pretensiones, demandas o simples peticiones ante los jueces, y otra verificar qué presupuestos deben estar fuera del proceso para que el derecho a ser oído sea consecuencia del permiso para tramitar un juicio.

2. El derecho a un recurso sencillo, rápido y efectivo

Los derechos de las personas pueden interpretarse y aplicarse de modo contrario al que piensa quien los ostenta. La sociología confronta permanentemente la asociación

---

[352] Cfr. Sentencia 1739-92 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. Magistrado redactor: Rodolfo Piza Escalante.

[353] Ibídem.

entre derechos y razones demostrando que no siempre se tienen figuras espejadas. Esto lleva a la disconformidad, al conflicto inmediato, y a la necesidad de responder con soluciones estas crisis sociales.

Los derechos individuales del siglo XIX estuvieron basados en el derecho de propiedad, que significó dar entrada al proceso al titular de la relación jurídica; pero en el siglo siguiente, conocida la diversidad de andenes por los que transitó el derecho sustancial y el derecho adjetivo o formal, se moldearon en los códigos procesales los presupuestos de admisión y pertinencia que referimos en capítulos anteriores.

Con la aparición de los derechos humanos comienza una transformación, y aquellos recaudos de legitimación para obrar, que constituyeron requisitos para poder estar en el proceso, se alteran y modifican, permitiendo una clara diversificación entre los supuestos necesarios para estar en juicio como justa parte; y poder ejercer el derecho a ser oído para que la jurisdicción interviniera necesariamente.

Es la alteración que trae el deber de los jueces para controlar la constitucionalidad de las leyes, y ya en el presente siglo, para agregar el control de convencionalidad que supone darle vida y vigencia al Pacto de San José de Costa Rica.

De este modo, el acceso a la justicia tiene predicamento para sumar deberes y obligaciones estatales que no solo redundan en beneficio del que quiere y pretende ir a un litigio contra otro, sin importar la categoría de derechos subjetivos que se encaminen, porque lo específico es dar un programa de desarrollo progresivo para los derechos de las personas.

Con esta idea fuerza la Convención Americana instituye el derecho a una garantía judicial específica, que se establece sin necesidad de conflicto, y que se instala como vía procesal idónea de protección efectiva a las personas frente a la violación de sus derechos humanos. Básicamente, el artículo 25 del instrumento consagra el derecho a contar con recursos sencillos, rápidos y efectivos contra la vulneración de derechos fundamentales.

Este no es el debido proceso, aunque constituye la garantía que lo presupuesta, sobre la base de imponer a los Estados la obligación de tener dentro de sus esquemas procesales, un recurso sencillo y rápido, primordialmente de carácter judicial, aunque otros recursos son admisibles en la medida en que sean efectivos. El soporte no es para todos los procesos, sino para aquellos que persiguen la tutela de derechos fundamentales contenidos en la Convención, en la Constitución o en la ley.

> Los extremos que se piden cumplir son: a) que el recurso sea efectivo; c) la facilidad para ejercer la vía; c) que no sea obstruido por cuestiones formales; d) el recurso debe poder dirigirse aún contra actos cometidos por autoridades públicas, por lo que el recurso también es susceptible de ser dirigido contra actos cometidos por sujetos privados; e) compromete al Estado a desarrollar el recurso judicial; y f) establece la obligación de las autoridades estatales de cumplir con la decisión dictada a partir del recurso.

De esta manera, el derecho a ser oído se puede viabilizar mediante un recurso efectivo que tenga el Estado; pero no es cualquiera sino aquél que sea “efectivo”, condición problemática para el intérprete, pues la eficacia, como el Dios Jano, tiene dos rostros contrapuestos.

La condición de eficacia depende de la idoneidad del remedio acordado, y para hacer un test de ello, basta con identificar el carácter principal o residual de la vía que se

considere como la vía idónea más adecuada (cfr. art. 43 de la Constitución Nacional). Por ejemplo, en Argentina el juicio de amparo seguramente es el recurso sencillo, rápido y probablemente eficaz para remediar derechos constitucionales lesionados, alterados, retringidos o amenazados; pero su trámite tiene numerosas complejidades, donde el principal quizás sea la expresion cotidiana que sostiene que, *lo más rápido del juicio de amparo argentino es el rechazo in limine*.

La Corte IDH enseña que el concepto de "efectividad" del recurso presenta dos aspectos. Uno de ellos, de carácter *normativo*, el otro de carácter *empírico*[354]; el primero de los aspectos no es más que la consagración expresa del remedio. Lo segundo, en cambio, atiende precisamente a esa eficacia adecuada, pronta y sencilla que reclama la CADH.

> Que sean adecuados significa que la función de esos recursos, dentro del sistema de derecho interno, sea idónea para proteger la situación jurídica infringida. En todos los ordenamientos existen múltiples recursos, pero no todos son aplicables en todas las circunstancias[…]. Así lo indica el principio de que la norma está encaminada a producir un efecto y no puede interpretarse en el sentido que no produzca ninguno o su resultado sea manifiestamente absurdo o irrazonable (...) Un recurso debe ser, además, eficaz, es decir, capaz de producir el resultado para el que ha sido concebido[355].

Lo normativo, si bien útil y necesario, puede quedar expedito con los procesos constitucionales que siempre han de estar presentes aun en estados de emergencia o excepción. Nos referimos al amparo y hábeas corpus tal como lo expresó en jurisdicción consultiva la Corte IDH[356], los que por su sencillez y trámite rápido pueden cumplir con lo efectivo que se plantea en los márgenes de la garantía.

En este aspecto se resalta que […]:

> No pueden considerarse efectivos aquellos recursos que, por las condiciones generales del país o incluso por las circunstancias particulares de un caso dado, resulten ilusorios. Ello puede ocurrir, por ejemplo, cuando su inutilidad haya quedado demostrada por la práctica, porque el Poder Judicial carezca de la independencia necesaria para decidir con imparcialidad o porque falten los medios para ejecutar sus decisiones; por cualquier otra situación que configure un cuadro de denegación de justicia, como sucede cuando se incurre en retardo injustificado en la decisión; o, por cualquier causa, no se permita al presunto lesionado el acceso al recurso judicial[357].

El caso de suspensión de garantías en estados de emergencia es interesante para analizar el impacto en el derecho de peticionar a las autoridades.

---

[354] Cfr. Courtis, Christian., *El derecho a un recurso rápido, sencillo y efectivo frente a afectaciones colectivas de derechos humanos*, en Víctor Abramovich, Alberto Bovino y Christian Courtis (comp.) "*La aplicación de los tratados de derechos humanos en el ámbito local. La experiencia de una década* (1994-2005)", CELS y Del Puerto, Buenos Aires, 2006, ps. 33 y ss.

[355] *Caso Velásquez Rodríguez*. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C Nº 4, párrafos 64 y 66. En este punto, ver: *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni*. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C Nº 79, párrafo 111; *Caso Cantos.* Sentencia de 28 de noviembre de 2002. Serie C Nº 97, párrafo 52; *Caso Juan Humberto Sánchez.* Sentencia de 7 de junio de 2003. Serie C Nº 99, párrafo 121; *Caso Maritza Urrutia*. Sentencia de 27 de noviembre de 2003. Serie C Nº 103, párrafo 117, entre otros.

[356] *Garantías Judiciales en Estados de Emergencia* (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-9/87 del 6 de octubre de 1987. Serie A Nº 9, párrafo 23.

[357] Cfr. *Caso Ivcher Bronstein.* Sentencia de 6 de febrero de 2001. Serie C Nº 74, párrafo 137; *Garantías Judiciales en Estados de Emergencia* (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-9/87 del 6 de octubre de 1987, cit., párrafo 24, entre otros.

La OC- 8/87 del 30 de enero de 1987, lo resuelve en tres dimensiones: suspensión de garantías como desobediencia en las obligaciones contraídas"; suspensión de los derechos y, finalmente, sobre la existencia o no de un derecho de suspensión.

Para la Corte IDH la palabra garantías se utiliza para prohibir la suspensión de las "*garantías judiciales indispensables*". Del análisis de los términos de la Convención en el contexto de éstos, resulta que no se trata de una " suspensión de garantías " en sentido absoluto, ni de la "suspensión de los derechos" ya que siendo éstos consustanciales con la persona lo único que podría suspenderse o impedirse sería su pleno y efectivo ejercicio.

El análisis jurídico del citado artículo 27 y de la función que cumple debe partir de la consideración de que es un precepto concebido sólo para situaciones excepcionales. Se aplica únicamente "en caso de guerra, de peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado Parte". Aun entonces, autoriza solamente la suspensión de ciertos derechos y libertades, y ello "en la medida y por el tiempo estrictamente limitados a las exigencias de la situación". Las disposiciones que se adopten, además, no deben violar otras obligaciones internacionales del Estado Parte, ni deben entrañar "discriminación alguna fundada en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social".

La suspensión de las garantías puede ser, en algunas hipótesis, el único medio para atender a situaciones de emergencia pública y preservar los valores superiores de la sociedad democrática. Pero no se puede hacer abstracción de los abusos a que puede dar lugar, y a los que de hecho ha dado en nuestro hemisferio, la aplicación de medidas de excepción cuando no están objetivamente justificadas a la luz de los criterios que orientan el artículo 27 y de los principios que, sobre la materia, se deducen de otros instrumentos interamericanos.

> Por ello, la Corte debe subrayar que, dentro de los principios que informan el sistema interamericano, la suspensión de garantías no puede desvincularse del "ejercicio efectivo de la democracia representativa" a que alude el artículo 3 de la Carta de la OEA. Esta observación es especialmente válida en el contexto de la Convención, cuyo Preámbulo reafirma el propósito de "consolidar en este continente, dentro del cuadro de las instituciones democráticas, un régimen de libertad personal y de justicia social, fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre".

La suspensión de garantías carece de toda legitimidad cuando se utiliza para atentar contra el sistema democrático, que dispone límites infranqueables en cuanto a la vigencia constante de ciertos derechos esenciales de la persona.

> En el considerando 38 se agrega […]: Si la suspensión de garantías no debe exceder, como lo ha subrayado la Corte, la medida de lo estrictamente necesario para atender a la emergencia, resulta también ilegal toda actuación de los poderes públicos que desborde aquellos límites que deben estar precisamente señalados en las disposiciones que decretan el estado de excepción, aún dentro de la situación de excepcionalidad jurídica vigente.

La Corte destacó, igualmente, que si la suspensión de garantías no puede adoptarse legítimamente sin respetar las condiciones señaladas en el párrafo anterior, tampoco pueden apartarse de esos principios generales las medidas concretas que afecten los derechos o libertades suspendidos, como ocurriría si tales medidas violaran la legalidad excepcional de la emergencia, si se prolongaran más allá de sus límites temporales, si fueran manifiestamente irracionales, innecesarias o desproporcionadas, o si para adoptarlas se hubiere incurrido en desviación o abuso de poder.

En los límites que se destacan, se concreta afirmando que el derecho a ser oído en los estados de emergencia debe quedar resuelto, mínimamente, con los procesos de amparo y hábeas corpus.

3. Estándares para el derecho a ser oído

Después de ver la exigencia constitucional y convencional de dar una vía idónea para que toda persona tenga derecho a un recurso rápido, sencillo y eficaz, conviene verificar si por esta pueden transitar todos aquellos que pretenden hacerlo.

El tema es complejo, porque cuando la CADH clama por un recurso de protección siempre vigente, puede estar pensando en un remedio abstracto que solo pueden usar aquellos que cumplan los requisitos adjetivos que los sistemas procesales establezcan. Pero lo cierto es que la jurisprudencia internacional elabora estándares que flexibilizan los presupuestos tradicionales, abren el camino a los derechos antes que a la protección de las personas, de forma que indirectamente se benefician grupos o sectores reunidos en torno de un derecho individual homogéneo, o bien llegan a la tutela convencionalizada de derechos de pertenencia difusa.

Con este beneplácito, el permiso de entrada justifica contemplar situaciones particulares como son los casos de derechos especialmente protegidos o en los que prevalezca un interés superior a patrocinar[358].

La Comisión IDH ha manifestado reiteradamente que un acceso *de iure* y *de facto* a recursos judiciales idóneos y efectivos resulta indispensable para la erradicación del problema de la *violencia contra las mujeres*, así como también lo es el cumplimiento de los Estados de su obligación de actuar con la debida diligencia frente a tales actos.

> Por esta razón, la Comisión IDH ha elaborado un informe sobre la situación de las mujeres víctimas de violencia, en el que presenta un diagnóstico sobre los principales obstáculos que enfrentan cuando procuran acceder a una tutela judicial efectiva para remediar actos de violencia. En el informe formula conclusiones y recomendaciones para que los Estados actúen con la debida diligencia con el objeto de ofrecer una respuesta judicial efectiva y oportuna ante estos incidentes.

También lo ha hecho respecto a los *derechos económicos, sociales y culturales*, para estar a tono con lo acordado en el "Protocolo de San Salvador", interpretando que el acceso a la justicia es un componente fundamental para garantizar el disfrute de esos derechos; a cuyo fin considera que con el acceso a recursos judiciales adecuados se puede contribuir a mejorar la institucionalidad de las políticas y servicios sociales en la región; así como apoyar el fortalecimiento de los sistemas de fiscalización, transparencia y rendición de cuentas, y el mejoramiento de los mecanismos de participación y vigilancia de las políticas públicas en la materia.

> Con este objetivo, en 2007 produce un informe donde aclara las obligaciones estatales respecto de cuatro temas primordiales: 1) la obligación de remover obstáculos económicos para garantizar el acceso a los tribunales; 2) los componentes del debido proceso en los procedimientos administrativos relativos a derechos sociales; 3) los componentes del debido proceso en los procedimientos judiciales relativos a derechos sociales y; 4) los

---

[358] Gozaíni, Osvaldo A., *Sistema procesal interamericano. Procedimientos ante la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Ediar, Buenos Aires, 2016, ps. 96 y ss.

componentes del derecho a la tutela judicial efectiva de derechos sociales, individuales y colectivos.

Lo mismo promueve con la temática de la *niñez* tanto a través de informes generales como resolviendo peticiones y casos bajo su consideración. En este aspecto, cuadra recordar que entre las décadas de los años sesenta, setenta y ochenta (siglo XX) la Comisión emitió recomendaciones sobre situaciones generales de violación de derechos humanos o se pronunció sobre las violaciones de derechos humanos de un niño o niña, sin proceder a un desarrollo sustantivo del contenido del derecho. Durante las décadas de los sesenta y setenta, utilizó como marco normativo exclusivo la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, instrumento internacional que fue adoptado cuando prevalecía la doctrina que concebía al niño como objeto de protección, lo cual desconocía su condición de sujeto de derechos. En la línea de la doctrina de la situación irregular, la declaración no contiene una cláusula específica sobre derechos de los niños, niñas y adolescentes, sino que incluye referencias a distintos tipos de protección de los cuales son objeto los niños, niñas y adolescentes.

El trabajo evolutivo tiene un hito con la entrada en vigor de la Convención sobre los Derechos del Niño en 1990, cuando se empieza a consolidar el reconocimiento del menor de edad como sujeto de derechos conforme lo sustenta la doctrina de la protección integral.

Es cuando la Comisión se pronunció sobre la situación de los niños de la calle, la utilización de menores en conflictos armados, el reclutamiento de infantes para la realización del servicio militar obligatorio; el encarcelamiento de niños con sus padres, la situación de los niños desplazados, los malos tratos y condiciones deplorables en establecimientos para niños privados de libertad, explotación sexual y explotación laboral.

Estas propuestas que marcan línea y argumentos de uso obligatorio (cfr. art. 2 CADH), no obstante, no se pueden confundir. Nosotros creemos que se trata de definir una política de protección para los derechos humanos que los Estados Parte deben armonizar; sin que ello suponga alterar los sistemas procesales internos, salvo que fuesen absolutamente inconvencionales.

Por ejemplo, la libertad de acceso que se define para ingresar peticiones a la Comisión IDH difiere del concepto de legitimación procesal. La desigualdad se pone de manifiesto con una primera singularidad que asienta en el sujeto pasivo, que casi siempre es el Estado, al cual no se lo demanda directamente, sino a través de una denuncia que de ser aceptada por el órgano de admisibilidad, permite concretar dicho acto de emplazamiento. Después, no existen partes, *stricto sensu*, tal como las reconocemos en el proceso común.

> “En el proceso internacional para la tutela de los derechos humanos en América serán parte actora únicamente los seres humanos y el Estado Parte que haya declarado reconocer la cláusula optativa del art. 45 de la Convención Americana. Esta regla, sin embargo, tiene una fundamental excepción: en la etapa jurisdiccional del proceso, es decir, en la instancia que se desarrolla ante la Corte Interamericana, la iniciación del proceso queda restringida a la Comisión Interamericana o al Estado Parte que haya declarado reconocer la competencia de la Corte sobre todos los casos relativos a la interpretación o aplicación del Pacto de San

> José de Costa Rica"[359]. Criterio que actualmente se expande y puede considerar que el expuesto está revertido.

Seguidamente, el problema del derecho o interés que suscita la protección jurisdiccional se reemplaza por el concepto de víctima, y/o víctimas presuntas, de manera que, en todos los casos de denuncias por violaciones a los derechos humanos no se abre una suerte de acción popular, sino un acto particular que manifiesta el comportamiento lesivo de un Estado.

En suma, si bien es aceptado el fenómeno de judicialización de las cuestiones vinculadas con el avasallamiento del Estado a los derechos del hombre que no encuentran reparación o tutela efectiva en el derecho interno; también resulta necesario advertir que no es posible trasladar a este tipo de procedimientos los principios y presupuestos característicos del trámite ordinario.

Existe una especialidad del trámite que protege las libertades del hombre, y que acentúa la diferencia cuando se permite que el mismo ciudadano sea el que demande a un país, ya que si la acción quedara trabada entre Estados sería absolutamente irrelevante.

En materia supranacional el proceso desenvuelve un juicio especial que centra el objeto en la probable violación de los derechos humanos. El enjuiciamiento desarrollado en las instancias locales no se vincula con el nuevo proceso, aun cuando sostiene y estimula la decisión particular de promover una acción ante el órgano interestatal.

Podría decirse que este último es requisito de procedencia, en atención a la necesidad de agotar los recursos de jurisdicción interna, pero no tiene otro parentesco y recibe, en consecuencia, un tratamiento diferente.

Por ejemplo, el proceso local culmina con la "cosa juzgada"; mientras que el transnacional no revisa dichas actuaciones, sino que genera un procedimiento propio que persigue elucidar si un Estado ha violado o no los derechos del hombre.

Por tanto, también puede hablarse del nacimiento de una instancia, si bien independiente y aislada del proceso interno. Este concepto admite el origen de un novedoso grado jurisdiccional que obrará en una dimensión de tiempo distinta a las etapas ya transpuestas.

Lo interesante de la confrontación entre proceso ordinario y proceso transnacional está en la íntima relación que tienen respecto a los sistemas procesales que los definen, en los cuales, algunas veces podrán tomarse los principios generales consabidos (v.gr.: contradicción, inmediación, economía procesal, oralidad, publicidad e informalismo), mientras que otras, deberán adecuarse a los modelos de debate.

> La Comisión Interamericana destaca el alcance de la denominada fórmula de la cuarta instancia −que a veces es segunda, mas es otro tema−. En efecto, en un caso afirmó que […] "la premisa básica de esa fórmula es que la Comisión no puede revisar las sentencias dictadas por los tribunales nacionales que actúen en la esfera de su competencia y aplicando las debidas garantías judiciales, a menos que considere la posibilidad de que se haya cometido una violación de la Convención" (Comisión IDH, Informe nº 39/96, caso nº 11.673, 15 de octubre de 1996).

---

[359] Piza, Rodolfo E. – Trejos, Gerardo, *Derecho internacional de los Derechos Humanos: La Convención Americana*, Juriscentro, San José, Costa Rica, 1989, p. 252.

> En primer lugar, corresponde afirmar que toda persona que se presenta ante un órgano de control internacional o por la defensa de sus derechos que considera violados y no reparados en el ámbito interno, lo debe hacer invocando las normas correspondientes de los tratados internacionales en los que el Estado denunciado es parte y de acuerdo a todas las pautas procesales establecidas por la Convención de que se trate.
>
> En segundo lugar, y como corolario de lo que se viene de exponer, es preciso destacar que los derechos y garantías reconocidos tanto en los tratados internacionales de derechos humanos, cuanto en las declaraciones correspondientes, constituyen reconocimiento de derechos esenciales que ya fueron, en general, receptados por el constitucionalismo clásico desde fines del siglo XVIII al que se fueron sumando nuevos derechos, acreciendo su protección y, en consecuencia, sumando nuevas garantías. Por lo tanto, siempre puede un órgano del Estado, por acción u omisión, violar los derechos humanos[360].

3.1 No se cumple el derecho a ser oído y se viola el debido proceso, cuando la persona tiene restricciones normativas

En general, el derecho a ser oído se interpreta desde varios frentes en los que siempre se discurre sobre las posibilidades ciertas y efectivas que tiene la persona para plantear sus pretensiones al Estado, y particularmente, ante los jueces.

Cuando la Comisión realiza inspecciones produce informes en los que se aprecian conclusiones sobre conductas o acciones a implementar. En este sentido, en su visita a diversas cárceles de Nicaragua, pudo constatar el enorme número de personas a las que no se les dio la oportunidad de expresar palabra alguna en su favor, toda vez que las autoridades que los tenían a su cargo, no les dieron a los detenidos el derecho a ser oídos, de modo que tuvieran éstos la posibilidad de atender razones o motivos para darles, al menos, una libertad provisional.

Este espacio la llevó a decir que, el derecho de ser oído queda sin efecto cuando, además de la propia ley de Garantías de los Nicaragüenses, se les niega el derecho de hábeas corpus a los llamados *somocistas.* En consecuencia, no pudiendo recurrir a un juez de derecho que pudiese apreciar la legalidad o ilegalidad de las detenciones, resultaba imposible evitar el que las personas permanecieran detenidas sin ser verdaderamente oídas.

De acuerdo con la ley de los Tribunales Especiales, para que un detenido sindicado como autor de delitos cometidos en la administración anterior pudiese ser oído, tenía que ser previamente puesto a la disposición de los Tribunales Especiales y, para que tal cosa ocurriese, no había plazo ni término legal alguno, lo que se tradujo en que miles de detenidos no pudiesen ejercer oportunamente su derecho a ser oídos sino muchos meses después de su detención.

> El voto razonado del juez Sergio García Ramírez en la OC 18/03, permite ilustrar aún más los márgenes de aplicación del derecho al debido proceso legal. Al mismo tiempo, postula un vínculo relevante entre el efectivo acceso a la justicia y la garantía consagrada en el artículo 8.1 de la Convención Americana. En este sentido, el magistrado expresó […]: La proclamación de derechos sin la provisión de garantías para hacerlos valer queda en el vacío. Se convierte en una formulación estéril, que siembra expectativas y produce frustraciones. Por ello es preciso establecer las garantías que permitan reclamar el reconocimiento de los derechos, recuperarlos cuando han sido desconocidos, restablecerlos si fueron vulnerados y ponerlos en práctica cuando su ejercicio tropieza con obstáculos

---

[360] Albanese, Susana, *La fórmula de la cuarta instancia*, JA, 1997-II, 948.

> indebidos. A esto atiende el principio de acceso igual y expedito a la protección jurisdiccional efectiva, es decir, la posibilidad real de acceder a la justicia a través de los medios que el ordenamiento interno proporciona a todas las personas, con la finalidad de alcanzar una solución justa a la controversia que se ha suscitado. En otros términos: acceso formal y material a la justicia […]. A ese acceso sirve el debido proceso, ampliamente examinado por la Corte IDH en el ejercicio de sus competencias consultiva y contenciosa. En rigor, el debido proceso es el medio consecuente con el más avanzado concepto de los derechos humanos para asegurar la efectiva realización de esos derechos: un método o factor para la eficacia del derecho en su conjunto y de los derechos subjetivos en casos concretos. El debido proceso, concepto dinámico guiado y desarrollado bajo un modelo garantista que sirve a los intereses y derechos individuales y sociales, así como al supremo interés de la justicia, constituye un principio rector para la debida solución de los litigios y un derecho primordial de todas las personas.

En el *Informe 28/92* que involucra varios casos de Argentina, vinculados con la desaparición forzada de personas que dieron lugar al informe de la CONADEP, la Comisión argumentó sobre la situación que afronta el debido proceso, y en particular, el derecho de petición, cuando se dictan leyes de amnistía, o que cercenan la continuidad de los procedimientos penales al declarar extinguida la acción.

Allí se sostuvo que, el efecto de la sanción de las leyes y el decreto fue el de extinguir los enjuiciamientos pendientes contra los responsables por pasadas violaciones de derechos humanos. Con dichas medidas, se cerró toda posibilidad jurídica de continuar los juicios criminales destinados a comprobar los delitos denunciados; identificar a sus autores, cómplices y encubridores; e imponer las sanciones penales correspondientes. Por tanto, los peticionarios, familiares o damnificados por las violaciones de derechos humanos han visto frustrado su derecho a un recurso, a una investigación judicial imparcial y exhaustiva que esclarezca los hechos.

Lo que se denuncia como incompatible con la Convención son las consecuencias jurídicas que ese conjunto normativo trajo perjudicando el derecho de las víctimas. Uno de ellos fue enervar la posibilidad de demandar en la jurisdicción criminal a los responsables de las violaciones a los derechos humanos.

En consecuencia, el acceso a la jurisdicción por parte de la víctima de un delito, en los sistemas que lo autorizan como el argentino, deviene un derecho fundamental del ciudadano y cobra particular importancia en tanto impulsor y dinamizador del proceso criminal.

Una de las respuestas dadas a este conflicto fue declarar como delitos de lesa humanidad todos los atropellos contra los derechos humanos que hubiesen significado desapariciones forzadas, muertes violentas, secuestros sin aparición de las víctimas, y tantos horrores más cometidos por Estados arbitrarios e ilegales.

3.2 El derecho a ser oído se vincula con el derecho a tener abogado

Desde otro emplazamiento, también se considera vulnerado el *derecho a ser oído* cuando la persona no tiene representante legal que lo asista, ni el Estado se lo proporciona en condiciones suficientes para salvaguardar el ejercicio efectivo de defensa.

En el *Informe n 56/02* (caso 12.158: *Jacob Benedict c. Grenada*), los peticionarios argumentan que no existe una asistencia letrada efectiva para acciones

constitucionales ante los tribunales de Grenada y que esto constituye una violación del derecho del Sr. Jacob a un juicio imparcial consagrado en el artículo 8 de la Convención. Aunque la presentación no se refiere específicamente al artículo 25 de la Convención Americana, el derecho a una reparación efectiva, la Comisión consideró que sus alegaciones relativas a la denegación de un recurso efectivo por ley también comprenden el artículo 25 de la Convención. Por tanto, se estimaron las denuncias con relación a la no disponibilidad de asistencia letrada para acciones constitucionales al amparo del artículo 25 de la Convención, de conformidad con el artículo 28(f) de su Reglamento.

Sobre la base de la información que tuvo ante sí, la Comisión se manifiesta satisfecha de que una acción constitucional que involucre cuestiones legales de la naturaleza que plantea el Sr. Jacob en su petición, como el derecho al debido proceso y la pertinencia de sus condiciones carcelarias, son procesal y sustantivamente complejas y no pueden ser planteadas o presentadas efectivamente por el recluso sin contar con representación letrada.

Asimismo llegó a la conclusión de que el Estado no brinda asistencia letrada a los reclusos para emprender acciones constitucionales y que el Sr. Jacob es indigente, y, por tanto, no puede por otros medios obtener representación letrada para emprender acciones constitucionales.

En tal situación se dijo que era una obligación del Estado propiciar la asistencia letrada para emprender acciones constitucionales que derivan de los artículos 8 y 25 de la Convención. En particular, la determinación de los derechos a través de una acción constitucional ante un tribunal superior debe conformarse con los requisitos de un juicio imparcial, de acuerdo con el artículo 8.1 de la Convención.

En ese caso, la aplicación del requisito de una audiencia imparcial en el Tribunal superior –se dijo- debe ser congruente con los principios del artículo 8.2 de la Convención. En consecuencia, cuando un condenado procura una revisión constitucional de irregularidades en un juicio penal y carece de medios para obtener asistencia letrada a efectos de emprender una acción constitucional, y cuando los intereses de la justicia así lo requieran, el Estado debe otorgar asistencia letrada, para garantir suficientemente el derecho a ser oído.

> En la Opinión Consultiva 10/89, la Corte Interamericana dijo que, los literales d) y e) del artículo 8.2 expresan que el inculpado tiene derecho de *defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección* y que si no lo hiciere tiene el *derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna*. En estos términos, un inculpado puede defenderse personalmente, aunque es necesario entender que esto es válido solamente si la legislación interna se lo permite. Cuando no quiere o no puede hacer su defensa personalmente, tiene derecho de ser asistido por un defensor de su elección. Pero en los casos en los cuales no se defiende a sí mismo o no nombra defensor dentro del plazo establecido por la ley, tiene el derecho de que el Estado le proporcione uno, que será remunerado o no según lo establezca la legislación interna.

Es así como la Convención garantiza el derecho al abogado en procedimientos penales. Pero como no ordena que la asistencia legal, cuando se requiera, sea gratuita, un indigente se vería discriminado por razón de su *situación económica* si, requiriendo asistencia legal, el Estado no se la provee gratuitamente.

Hay que entender, por consiguiente, que el artículo 8 exige asistencia legal solamente cuando ésta es necesaria e imperiosa para el cumplimiento de las garantías; si después el Estado no la provea gratuitamente al indigente, no podrá argüir en su favor que no se han agotado los recursos internos.

Naturalmente que no es la ausencia de asistencia legal lo único que puede impedir que un indigente agote los recursos internos. Puede suceder, incluso, que el Estado provea asistencia legal gratuita, pero no los costos que sean necesarios para que el proceso sea el debido que ordena el artículo 8. En estos casos también la excepción es aplicable. Aquí, de nuevo, hay que tener presentes las circunstancias de cada caso y de cada sistema legal particular.

3.3 El derecho a ser oído exige igualdad procesal

Durante el proceso, es frecuente que la situación social o económica de las partes litigantes impacte en una desigual posibilidad de defensa en juicio. La diferencia puede darse con situaciones especiales, o privilegios particulares de conflictos contra el Estado, que conserva resabio de las posiciones tradicionales del derecho administrativo.

Por ello, debe reconocerse al principio de igualdad de armas entre los elementos integrantes de la garantía del debido proceso legal. La igualdad supone dar los mismos derechos a todos, sin importar condiciones o exigencias individuales de aquellos que ya están en el proceso.

La Corte IDH en la OC 18/03 destacó que un trabajador migrante indocumentado tiene siempre el derecho de hacerse representar ante el órgano competente para que se le reconozca todo derecho laboral que haya adquirido como trabajador. De esta manera, encuentra que no darle el derecho a defenderse en igualdad de posibilidades lo coloca en situación de vulnerabilidad y discriminación con respecto a los trabajadores nacionales.

El voto razonado de Sergio García Ramirez también acentúa el papel que le toca jugar al principio de igualdad de armas en todo proceso, con miras a atenuar los factores de desigualdad de real que puedan obstaculizar el goce y ejercicio efectivos de los derechos de los litigantes […]

> Es dable recordar aquí, que la opinión consultiva en cuyo marco tiene lugar este voto, gira sobre la necesidad de respeto, protección y garantía de los derechos de un colectivo particularmente vulnerable –los trabajadores migrantes– que, en la mayoría de los casos, enfrenta una situación de desigualdad real frente al conjunto de la sociedad. En este orden de ideas, en el voto de referencia se destaca que: "el debido proceso entraña, por una parte, la mayor igualdad —equilibrio, *"igualdad de armas"*— entre los litigantes, particularmente importante cuando en un extremo de la contienda se halla el vulnerable trabajador migrante y en el otro el empleador dotado de derechos suficientes y eficientes, una igualdad que sólo se consigue —en la mayoría de los casos, que reflejan la verdadera dimensión del problema colectivo— cuando el poder público incorpora, a través de leyes y criterios de interpretación y aplicación, los elementos de compensación o corrección a los que antes me referí; y por otra parte, el cumplimiento claro y fluido del deber que tiene el Estado de brindar el servicio de justicia, sin distinción y mucho menos discriminación, que entrañaría, de entrada, la derrota del justiciable débil"[361].

---

[361] Cfr. Voto razonado concurrente del juez Sergio García Ramírez a la Opinión Consultiva OC-18/03, de 17 de setiembre de 2003, "*Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*", párrafo 38.

Cuadra recordar que en esta línea, en la OC-16/99 sobre "*El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el marco de las Garantías del Debido Proceso Legal*" [362], la Corte IDH deja sentado con claridad el principio aquí en desarrollo. El tribunal destaca:

> La presencia de condiciones de desigualdad real obliga a los Estados a adoptar medidas de compensación que contribuyan a reducir o eliminar los obstáculos y deficiencias que impidan o reduzcan la defensa eficaz de los propios intereses. Esto es así pues, de no existir esos medios de compensación, ampliamente reconocidos en diversas vertientes del procedimiento "difícilmente se podría decir que quienes se encuentran en condiciones de desventaja disfrutan de un verdadero acceso a la justicia y se benefician de un debido proceso legal en condiciones de igualdad con quienes no afrontan esas desventajas[363]

En el *Informe sobre Terrorismo y Derechos Humanos* la Comisión IDH destacó que puede haber ocasiones en que, debido a las circunstancias particulares del caso, sea necesario contar con garantías adicionales a las explícitamente consideradas en los instrumentos pertinentes de derechos humanos para asegurar un juicio justo.

> Esta estipulación deriva en parte de la propia naturaleza y funciones de las protecciones procesales, que en toda instancia deben estar regidas por el principio de justicia y en esencia deben estar destinadas a proteger, asegurar y afirmar el goce o el ejercicio de un derecho. Ello incluye reconocer y corregir toda desventaja real que las personas afectadas en los procedimientos puedan tener y observar en ello el principio de igualdad ante la ley y el corolario que prohíbe todo tipo de discriminación[364]

4. El derecho de petición

El derecho a ser oído involucra no solo ejercer efectivamente la posibilidad de defensa, sino además agrega el derecho pleno de solicitar la protección de la ley, sea en

---

[362] *El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal.* Opinión Consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999. Serie A Nº 16. Esta opinión consultiva es el resultado de la consulta sometida por México ante la Corte IDH, en relación con las garantías judiciales mínimas y el debido proceso en el marco de la pena de muerte, impuesta judicialmente a extranjeros a quienes el Estado receptor no ha informado de su derecho a comunicarse y a solicitar la asistencia de las autoridades consulares del Estado de su nacionalidad.

[363] Ibídem, párrafo 119. A la vez, es interesante volcar también las impresiones del juez García Ramírez en relación con los efectos que puede acarrear para el trabajador migrante –atento a su particular situación de vulnerabilidad– su presentación ante la justicia en reclamo de sus derechos. En esta línea, el magistrado ha sabido manifestar: "…Efectivamente, *los trabajadores indocumentados suelen enfrentar problemas severos de acceso efectivo a la justicia. Estos problemas no sólo derivan de factores culturales y de carencia de recursos o conocimientos adecuados para invocar la protección de las autoridades competentes para brindarla, sino de la existencia de normas o prácticas que obstruyen o enrarecen la prestación jurisdiccional del Estado*. Esto sucede cuando la solicitud de justicia puede desembocar en represalias contra los solicitantes por parte de autoridades o particulares, medidas de coerción o aseguramiento, amenazas de deportación o privación de libertad y otras similares, que lamentablemente no son ajenas a la más frecuente experiencia de los migrantes indocumentados. *De esta suerte, el ejercicio de un derecho humano primordial --acceso a la justicia-- culmina en la privación de múltiples derechos*. Conviene puntualizar que incluso en el caso de que se apliquen medidas de coerción o sanciones basadas en disposiciones migratorias --así, la deportación o la expulsión--, *el afectado conserva íntegramente los derechos que le corresponden en función del trabajo realizado, cuya fuente es ajena al problema migratorio y se localiza únicamente en la prestación laboral…".* Cfr. Ibíd., párrafo 39.

[364] Informe sobre Terrorismo y Derechos Humanos, cit., párrafo 319.

el plano que le corresponde a los derechos individuales o colectivos, o en el espacio que ocupa la mera declaración de vigencia y sostenimiento.

Esto es propio de los sistemas de control de constitucionalidad, que en materia convencional tienen especial predicamento desde las primeras sentencias contenciosas de la Corte IDH.

> Hay un deber de los Estados Partes de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos[365].

El contexto de los artículos 8 y 25 de la CADH reúne en torno de las garantías judiciales y el derecho al proceso, respectivamente, un deber de prestación que tiene que ser organizado por cada Estado, creando las estructuras necesarias para la garantía de los derechos.

Justamente el artículo 8 de la Convención distingue entre acusación penal y procedimientos de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter. Aun cuando ordena que toda persona tiene derecho a ser oída, asegurando un cúmulo de garantías mínimas.

El concepto del debido proceso en casos penales incluye, entonces, por lo menos, esas *garantías mínimas*. Al denominarlas *mínimas* la Convención presume que, en circunstancias específicas, otras garantías adicionales pueden ser necesarias si se trata de un debido proceso legal.

En consecuencia, todo cuanto se presenta como garantías que se han de asegurar comienzan con el derecho de petición que tiene, con esta perspectiva, una ampliación del concepto que lo encierra en la libertad de requerir a la autoridad administrativa, eludiendo así el dilema que afronta cuando este derecho se reglamenta absurdamente.

Puesto en la dimensión del acceso a la justicia, el derecho de petición transforma la actividad en el *derecho de acción*, dejando de lado el concepto abstracto de ser oído, para enrolar un enfoque más social.

Si en la concepción tradicional la formalidad de demandar y provocar un litigio traía al ruedo un proceso entre iguales, lo cierto fue que era una simetría utópica, presumida, pero pocas veces real. La socialización del proceso, y en particular, los derechos económicos, sociales y culturales, eludieron la naturaleza individual para comprometerse con exigencias de otro tipo.

Para Marinoni […],

> "el derecho de acción no depende sólo de prestaciones estatales destinadas a remover los obstáculos económicos que impiden el acceso a la justicia, sino también de prestaciones normativas que instituyan técnicas procesales idóneas para viabilizar la obtención de las tutelas prometidas por el derecho sustancial[366]. El derecho de acción no es simplemente el derecho a la resolución de mérito o a una sentencia sobre el mérito. El derecho de acción es el derecho a la efectiva y real viabilidad de la obtención de la tutela del derecho material.

---

[365] *Caso Velásquez Rodríguez,* Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C Nº 4, párr. 166; *Caso Godínez Cruz*, Sentencia de 20 de enero de 1989. Serie C Nº 5, párr. 175

[366] Wolfgang Sarlet, Ingo, *Sobre los derechos fundamentales como derechos a prestaciones*, en *A eficácia dos direitos fundamentais*, Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2006 (6ª edición), p. 215 y ss.

> Es obvio que el derecho de acción tiene como corolario al derecho a influir sobre el convencimiento del juez y, a su vez, el derecho a alegar y probar. Esto, por supuesto, es prácticamente incuestionable en sede doctrinaria y jurisprudencial, no exigiendo mayor atención. Lo que realmente importa destacar es la circunstancia de que, si las tutelas prometidas por el derecho substancial tienen diversas formas, la acción, para poder permitir la efectiva obtención de cada una de ellas, tendrá que correlacionarse con técnicas procesales adecuadas a las diferentes situaciones sustanciales carentes de protección jurisdiccional. Es por ello que el derecho de acción exige la estructuración de técnicas procesales idóneas, incluidas la técnica anticipatoria, las sentencias y los medios ejecutivos"[367].

Estos nuevos recaudos, en los hechos, simplifican la actividad que se manifiesta poniendo de relieve que la petición no es propiamente una pretensión –aunque en el fondo lo sea– porque se apoya en un derecho fundamental que, como tal, pone de resalto el deber de actuar con la supremacía de la Constitución sobre el resto del ordenamiento jurídico interno.

Nosotros utilizamos gráficamente una expresión que puede esclarecer cuanto se dice. Si el juez en lugar de interrogar al que demanda sobre ¿quién es Ud.? le pregunta ¿qué quiere?, las respuestas serán diferentes. La primera obliga a explicar la pretensión y el derecho que se tiene para estar en el proceso (legitimación para obrar); la segunda da relevancia al derecho afectado, sin importar mayormente quien lo pone de relieve.

> Precisamente Taruffo señala el absurdo ilusionado de creer que los procesos judiciales se traban entre "iguales" […]: "El problema de la igualdad real de las partes, negado al interior del *adversary system,* tiende por lo tanto a situarse fuera o antes del proceso: dado que la estructura de este se resiste a las exigencias del cambio que surgen de la creciente sensibilidad a los problemas de la desigualdad social y de sus reflejos sobre la administración de justicia, se elaboran estrategias de intervención que buscan que las partes lleguen ante el juez en condiciones de relativa igualdad real. Del resultado de estas estrategias, y de las condiciones concretas en que las partes se encuentren respectivamente cuando el proceso empiece, depende no solo la respuesta al problema general de los ciudadanos frente a la ley, sino también el acceso a la tutela jurisdiccional" [368].

Claro está que de instalar el derecho de petición como una obligación de trámite hasta llegar a la sentencia, puede llevar a consecuencias no queridas, como el abuso del proceso, la simulación procesal, las demandas improponibles por el objeto, etc. Por eso ya hemos anticipado que se admite el uso de presupuestos procesales […]

> La Corte IDH admite que el derecho a ser oído tenga limitaciones, pese a la amplitud como formula el ingreso al Sistema, el artículo 61 de la Convención. Se ha dicho que […], la Comisión IDH es el órgano facultado para iniciar un procedimiento ante la Corte mediante la presentación de una demanda. No obstante, el Tribunal considera que evitar que las presuntas víctimas presenten sus propios fundamentos de derecho significaría restringir, indebidamente, su derecho de acceso a la justicia, el que deriva de su condición de sujetos del derecho internacional de los derechos humanos. En la etapa actual de la evolución del sistema interamericano para la protección de los derechos humanos, la facultad de las presuntas víctimas, sus familiares o sus representantes para presentar, de forma autónoma, sus solicitudes, argumentos y prueba, debe interpretarse conforme a su posición de titulares de los derechos reconocidos en la Convención y como beneficiarios de la protección que ofrece el sistema. Sin embargo, existen ciertos límites a la participación de éstos en este

---

[367] Marinoni, Luiz Guilherme, *El derecho de acción en la Constitución brasileña*, Revista Ius et Praxis Volumen 13 n° 2, Talca (Chile), 2007, ps. 61 y ss.

[368] Taruffo, Michele, *El proceso civil adversarial en la experiencia americana*, Temis, Bogotá, 2008, p. 55.

> procedimiento, de conformidad con lo establecido en la Convención y en el ejercicio de la competencia de la Corte. Es decir, el objetivo del escrito de solicitudes, argumentos y prueba de los representantes es hacer efectivo el atributo procesal de *locus standi in iudicio* que esta Corte ya les ha reconocido a las presuntas víctimas, sus familiares o sus representantes en su jurisprudencia[369].

La Corte IDH se ocupó profundamente del tema, aunque fue con el voto razonado de Cançado Trindade en la causa *Castillo Petruzzi*[370], cuando señaló la importancia del derecho de petición individual.

Si bien orienta la sentencia hacia la garantía de toda persona para contar con un acceso directo a la justicia a nivel internacional, el pensamiento se puede espejar como interpretación convencionalizada del derecho de petición.

Dijo el juez interamericano […]

> La cuestión de la *legitimatio ad causam* de los peticionarios ha ocupado una posición central en esta etapa de excepciones preliminares del caso *Castillo Petruzzi versus Perú*, y la Corte IDH decidió, a mi modo de ver acertadamente, desestimar la quinta y la sexta excepciones preliminares, que versaban sobre la materia. En mi entendimiento, no se puede analizar el artículo 44 como si fuera una disposición como cualquier otra de la Convención, como si no estuviera relacionada con la obligación de los Estados Partes de no crear obstáculos o dificultades para el libre y pleno ejercicio del derecho de petición individual, o como si fuera de igual jerarquía que otras disposiciones procedimentales. El derecho de petición individual constituye, en suma, la piedra angular del acceso de los individuos a todo el mecanismo de protección de la Convención Americana.
>
> […]. El derecho de petición individual es una conquista definitiva del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Es de la propia esencia de la protección internacional de los derechos humanos la contraposición entre los individuos demandantes y los Estados demandados en casos de supuestas violaciones de los derechos protegidos. Fue precisamente en este contexto de protección que se operó el *rescate histórico* de la posición del ser humano como sujeto del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, dotado de plena capacidad procesal internacional […].
>
> Esta profunda transformación del ordenamiento internacional, desencadenada a partir de las Declaraciones Universal y Americana de Derechos Humanos de 1948, […] enfatizó que, aunque motivado por la búsqueda de la reparación individual, el derecho de petición contribuye también para asegurar el respeto por las obligaciones de carácter objetivo que vinculan los Estados Partes ([371]). En varios casos el ejercicio del derecho de petición ha ido

---

[369] Corte IDH. Caso *del Pueblo Saramaka vs. Surinam*. *Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costa.* Sentencia del 28 de noviembre de 2007.

[370] Corte IDH, Caso *Castillo Petruzzi y otros vs. Perú*. *Excepciones Preliminares*. Sentencia de 4 de setiembre de 1998.

[371] Por ejemplo, bajo el artículo 25 de la Convención Europea de Derechos Humanos; cf. H. Rolin, "Le rôle du requérant dans la procédure prévue par la Commission européenne des droits de l'homme", 9 *Revue hellénique de droit international* (1956) pp. 3-14, esp. p. 9; C.Th. Eustathiades, "Les recours individuels à la Commission européenne des droits de l'homme", *in Grundprobleme des internationalen Rechts - Festschrift für Jean Spiropoulos*, Bonn, Schimmelbusch & Co., 1957, p. 121; F. Durante, *Ricorsi Individuali ad Organi Internazionali*, Milano, Giuffrè, 1958, pp. 125-152, esp. pp. 129-130; K. Vasak, *La Convention européenne des droits de l'homme*, Paris, LGDJ, 1964, pp. 96-98; M. Virally, "L'accès des particuliers à une instance internationale: la protection des droits de l'homme dans le cadre européen", 20 *Mémoires Publiés par la Faculté de Droit de Genève* (1964) pp. 67-89; H. Mosler, "The Protection of Human Rights by International Legal Procedure", 52 *Georgetown Law Journal* (1964) pp. 818-819.

más allá, ocasionando cambios en el ordenamiento jurídico interno y en la práctica de los órganos públicos del Estado ([372]) […].

Con la consolidación de estos mecanismos, concediendo acceso directo a los individuos a las instancias internacionales, tornábase patente el reconocimiento, también en el plano procesal, de que los derechos humanos, inherentes a la persona humana, son anteriores y superiores al Estado y a toda otra forma de organización política, y emancipábase el ser humano del yugo estatal, siempre y cuando se mostrase éste arbitrario. Recuperaba el individuo su presencia, para la vindicación de sus derechos, en el plano internacional, presencia ésta que le fuera negada en el proceso histórico de formación del Estado moderno pero que se manifestara en la preocupación inmediata con el ser humano en los manuscritos originales de los llamados fundadores del derecho internacional[373] (el derecho *de gentes*), destacadamente en las lecciones perennes -sobre todo la *De Indis - Relectio Prior*, de 1538-1539- de Francisco de Vitori[374], el gran maestro de Salamanca. Esta transformación, propia de nuestro tiempo, corresponde al reconocimiento de la necesidad de que todos los Estados, para evitar nuevas violaciones de los derechos humanos, respondan por la manera cómo tratan todos los seres humanos que se encuentran bajo su jurisdicción. Esta prestación de cuentas simplemente no hubiera sido posible sin la consagración del derecho de petición individual, en medio al reconocimiento del carácter objetivo de las obligaciones de protección y a la aceptación de la garantía colectiva de cumplimiento de las mismas. Es este el real sentido del *rescate histórico* del individuo como sujeto del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

[…] La apreciación del derecho de petición individual como método de implementación internacional de los derechos humanos tiene necesariamente que tomar en cuenta el punto básico de la *legitimatio ad causam* de los peticionarios y de las condiciones del uso y de la admisibilidad de las peticiones (consignadas en los distintos instrumentos de derechos humanos que las prevén) […].

---

[372] Hay que tener siempre presente que, distintamente de las cuestiones regidas por el Derecho Internacional Público, en su mayor parte planteadas horizontalmente sobre todo en el plano *inter-estatal*, las cuestiones relativas a los derechos humanos se sitúan verticalmente en el plano *intra-estatal*, en la contraposición entre los Estados y los seres humanos bajo sus respectivas jurisdicciones. Por consiguiente, pretender que los órganos de protección internacional no puedan verificar la compatibilidad de las normas y prácticas del derecho interno, y sus omisiones, con la normativa internacional de protección, sería un contrasentido. También aquí se evidencia la especificidad del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. El hecho de que este último vaya más allá que el Derecho Internacional Público en materia de protección, al abarcar el tratamiento dispensado por los Estados a los seres humanos bajo sus jurisdicciones, no significa que una interpretación conservadora deba por eso imponerse; todo lo contrario, se impone una interpretación en conformidad con el carácter innovador - en relación con dogmas del pasado, como el de la "competencia nacional exclusiva" o dominio reservado de los Estados, como emanación de la soberanía estatal, - de la normativa internacional de protección de los derechos humanos. Con el desarrollo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, es el propio Derecho Internacional Público que se enriquece, en la afirmación de cánones y principios propios al presente dominio de protección, asentados en premisas fundamentalmente distintas de las que han orientado sus postulados en el plano de las relaciones puramente inter-estatales. El Derecho Internacional de los Derechos Humanos viene, así, a afirmar la aptitud del Derecho Internacional Público para asegurar, en el presente contexto, el cumplimiento de las obligaciones internacionales de protección de los Estados *vis-à-vis* todos los seres humanos bajo sus jurisdicciones.

[373] Para un estudio general, cfr. Francisco de Vitoria, *Relecciones del Estado, de los Indios, y del Derecho de la Guerra*, México, Porrúa, 1985, ps. 1-101; P.P. Remec, *The Position of the Individual in International Law according to Grotius and Vattel*, The Hague, Nijhoff, 1960, ps. 1-245; F.S. Ruddy, *International Law in the Enlightenment*, Dobbs Ferry N.Y., Oceana, 1975, ps. 1-364; Association Internationale Vitoria-Suarez, *Vitoria et Suarez -Contribution des théologiens au Droit international moderne*, Paris, Pédone, 1939, ps. 1-278.

[374] Cfr. *Obras de Francisco de Vitoria - Relecciones Teológicas* (ed. T. Urdanoz), Madrid, B.A.C., 1960, ps. 1-1386, esp. ps. 491-726.

> El derecho de petición individual disfruta, pues, de autonomía. Cualquier obstáculo interpuesto por el Estado Parte en cuestión a su libre ejercicio acarrearía, así, una violación *adicional* de la Convención, paralelamente a otras violaciones que se comprueben de los derechos sustantivos en ésta consagrados. Su autonomía en nada se vio afectada por el hecho de haber sido originalmente previsto en una cláusula facultativa de la Convención (artículo 25).

La prevención que tiene usar este concepto para el derecho de petición proviene que es una lectura de ejecución para el derecho de acceso al tribunal supranacional, donde el concepto de nacionalidad desaparece como vínculo jurídico para el ejercicio de la protección, bastando que el individuo demandante, independientemente de su nacionalidad o domicilio, se encuentre (aunque temporariamente) bajo la jurisdicción de uno de los Estados Partes en el tratado de derechos humanos en cuestión.

Es aquí donde el derecho de petición consagrado a nivel internacional no se puede igualar. En aquellos procedimientos de defensa y promoción de los derechos humanos es fantástico que se facilite la entrada a un sistema de protección que tiene siempre en cuenta el principio *pro homine.* Es claramente un orden público internacional que no contabiliza más limitaciones que las establecidas reglamentariamente.

Para la Corte IDH es un deber de tutela que trabaja con la cooperación de los Estados y sin limitaciones del derecho interno. Por eso algunas veces advierte a los Estados sobre ciertas restricciones al acceso a los jueces, que obstruyen el derecho a ser oído.

> En el caso *Castañeda Gutman vs. México*[375] la Corte destaca la importancia de que los Estados regulen los recursos judiciales de forma tal que las personas tengan certeza y seguridad jurídica de sus condiciones de acceso. En el mismo sostiene que […] "la legitimación activa para interponer el recurso es de todo ciudadano, conforme al artículo 79, pero cuando el mismo alegue ciertas violaciones a sus derechos políticos el juicio queda en condiciones de ser promovido, al momento o tiempo en que hayan ocurrido los hechos que se aprecian en cada hipótesis, conforme al artículo 80, lo cual implica que las modalidades a que hace referencia dicho artículo de la Ley de Impugnación Electoral son en realidad supuestos de hecho que condicionan la procedencia del juicio para la protección de algunos de los derechos político-electorales del ciudadano. El artículo 80 impone la condición de que el ciudadano haya sido propuesto por un partido político, y en esa condición se le haya negado el registro como candidato a un cargo de elección popular.
>
> Como observa esta Corte, además de que tanto el artículo 79 como el artículo 80 de la Ley de Impugnación Electoral se encuentran dentro del capítulo "De la procedencia", existe una distinción entre los requisitos generales de procedencia del juicio para la protección y los supuestos particulares que condicionan dicha procedencia en ciertos casos respecto de los derechos político-electorales. En cuanto a la procedencia, el juicio debe ser promovido en carácter individual y efectivamente no es necesario que la persona lo interponga bajo los auspicios de un partido político, tal como sostiene el Estado al afirmar que los requisitos de admisibilidad son los del artículo 79 de la Ley de Impugnación Electoral. Sin embargo, la ley estableció y la jurisprudencia del Tribunal Electoral así lo ha ratificado, una condición con la que debe cumplir todo aquél que reclame específicamente su derecho a ser registrado como candidato a elección popular: haber sido propuesto por un partido político. Dicha causal, aun cuando no fuera un requisito de procedencia general del juicio conforme al artículo 79, condiciona la procedencia del mismo cuando se alega la negativa indebida de registro a una candidatura de elección popular, lo cual se traduce en que el juicio para la

---

[375] Corte IDH. *Caso Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos. Excepciones preliminares. Fondo. Reparaciones y Costas*. Sentencia de 6 de agosto de 2008.

> protección de los derechos político-electorales sólo sea accesible, en lo que respecta a dicho aspecto del derecho político de ser votado, a las personas que fueron propuestas por un partido político, y no a toda persona titular de derechos políticos.

No obstante, estas admoniciones se alegan cuando se viola el derecho a disfrutar de un recurso sencillo y eficaz (art. 25 CADH), sin que pueda tomarse el derecho de petición como una posibilidad abierta cual si fuera una acción popular.

Creemos que el *ius standi* que tienen los individuos que posicionan sus pretensiones ante la Comisión IDH con la esperanza de llegar a la Corte IDH, no es igual al *standing to sue* (legitimación para obrar) que reglamentan los derechos locales, a sabiendas que existen situaciones particulares que obligan a singularizar el problema y a darle un tratamiento diferenciado como veremos en el resto de este trabajo.

En suma, la asimetría parece quedar expuesta en lo siguiente […]:

> Si deseamos realmente actuar a la altura de los desafíos de nuestro tiempo, es a la consagración de dicho *ius standi* que debemos prontamente dedicarnos, con la misma clarividencia y osadía lúcida con que los redactores de la Convención Americana divisaron originalmente el derecho de petición individual. Con la base convencional que nos fue legada por el artículo 44 de la Convención Americana, no necesitamos esperar medio siglo para dar expresión concreta al referido *ius standi*. Con la consolidación de este último, es la protección internacional que, en última instancia, en el ámbito de nuestro sistema regional de protección, habrá alcanzado con eso su madurez[376].

[376] Corte IDH, Caso *Castillo Petruzzi y otros vs. Perú*. *Excepciones Preliminares*. Sentencia de 4 de setiembre de 1998. Voto razonado de Cançado Trindade.

CAPÍTULO IX

EL MENOR Y EL DERECHO A SER OÍDO

Sumario: 1. La Convención de los derechos del niño: *1.1 El derecho a ser oído; 1.2 Explicaciones y alcances del derecho a ser oído;* 2. Medidas especiales: *2.1 Protección especial que diferencian el derecho a ser oído; 2.2 Opinión de la Corte IDH;* 3. El derecho procesal del menor: *3.1 Indemnidades mínimas para el menor; 3.2 El Código Civil y Comercial de la Nación (art. 26); 3.3 Intervención y representación del menor*; 4. El estándar de la madurez gravitante: *4.1 Capacidad progresiva; 4.2 Los adolescentes;* 5. Legitimación procesal y derecho a ser oído: *5.1 La OC 17/02; 5.2 Ley 26.061; 5.3 Interpretación de la Corte IDH.*

1. La Convención de los derechos del niño

La historia de los niños en el derecho es tan interesante como el de las mujeres. En tiempos remotos los derechos se pensaron para los hombres que ejercían dominio y poder, porque la justicia era un resultado distinto, proveniente más de las acciones que de los derechos.

El conocimiento y difusión de las leyes estaba acotado a un reducto de selectos, al punto que la voz "honorarios" (de honor) se tomó como la retribución que se hace al abogado que da a conocer ante los jueces el derecho que tiene quien reclama.

Recién promediando el siglo XIX los menores recibieron atención al ser amparado el trabajo infantil y la educación.

El 16 de septiembre de 1924 en Ginebra, la Liga de las Naciones aprobó la Declaración de los Derechos del Niño que fue el primer documento oficial que otorgó derechos y responsabilidades especiales[377].

> En el siglo XX se produjeron al menos 80 instrumentos internacionales aplicables, en diversa medida, a los niños. En el conjunto destacan la Declaración de los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas (1959), las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores (Reglas de Beijing, 1985), las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las Medidas No Privativas de la Libertad (Reglas de Tokio, 1990) y las Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil (Directrices de Riad, 1990). En este mismo círculo de protección del niño figuran también el Convenio 138 y la Recomendación 146 de la Organización Internacional del Trabajo y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

---

[377] La Declaración de Ginebra se basa en el trabajo del médico polaco Janusz Korczak, quien se preocupó por las situaciones ocurridas en la primera guerra mundial que dejó entre sus víctimas a miles de niños. En el año 1947 se creó el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (conocido como UNICEF) al cual se le concedió el estatus de organización internacional permanente en 1953. Durante sus inicios, la UNICEF se centró particularmente en ayudar a las jóvenes víctimas de la Segunda Guerra Mundial, principalmente a los niños europeos. Sin embargo, en 1953 su mandato alcanzó una dimensión internacional y comenzó a auxiliar a niños en países en vías de desarrollo. La Organización luego estableció una serie de programas para que los niños tuvieran acceso a una educación, buena salud, agua potable y alimentos.

> Por lo que hace al sistema interamericano de protección de los derechos humanos, es preciso considerar el principio 8 de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (1948) y el artículo 19 de la Convención Americana, así como los artículos 13, 15 y 16 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ("Protocolo de San Salvador")[378].

En 1959 se vuelve a insistir sobre la noción que afirma que *la humanidad le debe al niño lo mejor que puede darle y ofrecerle*. Producto fue la aprobación de una nueva declaración conteniendo diez (10) principios esenciales:

1) El derecho a la igualdad, sin distinción de raza, religión o nacionalidad.

2) El derecho a tener una protección especial para el desarrollo físico, mental y social del niño.

3) El derecho a un nombre y a una nacionalidad desde su nacimiento.

4) El derecho a una alimentación, vivienda y atención médicos adecuados.

5) El derecho a una educación y a un tratamiento especial para aquellos niños que sufren alguna discapacidad mental o física.

6) El derecho a la comprensión y al amor de los padres y de la sociedad.

7) El derecho a actividades recreativas y a una educación gratuita.

8) El derecho a estar entre los primeros en recibir ayuda en cualquier circunstancia.

9) El derecho a la protección contra cualquier forma de abandono, crueldad y explotación.

10) El derecho a ser criado con un espíritu de comprensión, tolerancia, amistad entre los pueblos y hermandad universal.

El 20 de noviembre de 1989 la Asamblea General de Naciones Unidas aprueba la "Convención de los Derechos del niño" y por vez primera se recepta la edad como un factor de reconocimiento […]

> *Artículo 1°:* Para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad.

En el actual régimen argentino, niño sería el que tiene menos de trece (13) años; adolescente el que cuenta entre trece (13) y dieciocho (18) con una categoría intermedia entre dieciséis (16) y la mayoría de edad que considera al adolescente como adulto para las decisiones atinentes al cuidado de su propio cuerpo (art. 26 párrafo final, CCyC).

Otra innovación fue el artículo 9.2 que estableció el derecho a ser oído en los procesos donde se estuvieran disputando intereses del menor […]

> *En cualquier procedimiento entablado de conformidad con el párrafo 1 del presente artículo, se ofrecerá a todas las partes interesadas la oportunidad de participar en él y de dar a conocer sus opiniones.*

---

[378] Corte IDH. OC-17/2002 de 28 de agosto de 2002 solicitada por la Comisión IDH, para esclarecer la "Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño".

Ratificando el derecho de participación activa del menor[379] el artículo 12 […]

> 1. Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño.
>
> 2.Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional.

Corría el año 2005 cuando se sanciona la Ley N° 26.061 con el objeto de reglamentar la protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes que se encuentren en el territorio de la República Argentina, para garantizar el ejercicio y disfrute pleno, efectivo y permanente de aquellos reconocidos en el ordenamiento jurídico nacional y en los tratados internacionales en los que la Nación sea parte.

Los derechos incorporados vinieron a garantizarse por su máxima exigibilidad y sustentados en el principio del interés superior del niño. La omisión en la observancia de los deberes que por la ley corresponden a los órganos gubernamentales del Estado habilita a todo ciudadano a interponer las acciones administrativas y judiciales a fin de restaurar el ejercicio y goce de tales derechos, a través de medidas expeditas y eficaces.

1.1 El derecho a ser oído

El artículo 2° dispuso que la Convención sobre los Derechos del Niño fuera de aplicación obligatoria en las condiciones de su vigencia, en todo acto, decisión o medida administrativa, judicial o de cualquier naturaleza que se adopte respecto de las personas hasta los dieciocho (18) años de edad.

Y en orden a cuanto interesa remarcar, el párrafo final acentuó que *las niñas, niños o adolescentes tienen derecho a ser oídos y atendidos cualquiera sea la forma en que se manifiesten, en todos los ámbitos*.

El modelo de participación propuesto sumó al derecho de petición que el menor hiciera, la obligación de atender sin importar la modalidad o el lugar como fuera presentada. De este modo, se receptó la sustancia antes que las formas, y desde esta libertad orientada por el interés superior a tutelar se flexibilizaron principios procesales.

No fue éste el único marco de referencia; el artículo 8.14 de la Convención Americana consagra el derecho a ser oído de todas las personas, incluidos los niños, en los procesos en que se determinen sus derechos. La norma armoniza con el artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño pensado con el objeto de que la

---

[379] A los fines de explicar el sentido procesal que tienen estos comentarios, unificamos por cuestiones de redacción el concepto de menor con el de niño, niña, menores y adolescentes; a sabiendas que la tendencia es sustituir al "menor" por el "niño", que es el verdadero sujeto de derechos, para sustraerlo de su condición de objeto, resabio de una concepción que solo tiende a legislar acerca de la incapacidad que rige respecto de los menores de veintiún (21) años y soslaya otras consideraciones igualmente importantes que se refieren a aspectos de la personalidad con miras a su desarrollo desde un concepto exhaustivo y de mayor alcance (Cfr. Beloff, Mary A., *"No hay menores en la calle",* en Revista No hay Derecho, N° 6, Buenos Aires, 1992.

intervención del menor se ajuste a las condiciones de éste y no redunde en perjuicio de su interés genuino.

> Por otra parte, el Comité de Derechos del Niño de Naciones Unidas ha definido que el derecho a "ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño", implica que "esta disposición es aplicable a todos los procedimientos judiciales pertinentes que afecten al niño, sin limitaciones"[380].
>
> En particular, UNICEF ha indicado que "'todo procedimiento […] judicial que afecte al niño cubre un espectro muy amplio de audiencias en cortes, incluyendo todos los procedimientos civiles, tales como los procedimientos de divorcio, custodia, cuidado y adopción, cambio del nombre, solicitudes judiciales respecto al lugar de residencia, religión, educación, disposición de dinero, etc., decisiones judiciales sobre nacionalidad, inmigración y estado de refugiado, y procedimientos penales; también incluye la participación de Estados ante tribunales internacionales.

1.2 Explicaciones y alcances del derecho a ser oído

Finalmente, es importante señalar la opinión del "Comité de Derechos del Niño", que analizando el artículo 12 de la Convención pone de relieve aspectos centrales en orden a cómo se debe dar lectura al derecho a ser oído.

La garantía que se acuerda para todo niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio se expresa en el derecho de opinión libre sobre los temas que lo conciernen. La intervención recepta la edad y madurez, pero no lo limita, en su defecto, a ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que lo comprometa.

El derecho de todos los niños a ser atendidos y tomados en serio constituye uno de los valores fundamentales de la Convención. El Comité de los Derechos del Niño ha señalado el artículo 12 como uno de los cuatro (4) principios generales de la Convención, junto con el derecho a la no discriminación, el derecho a la vida y el desarrollo y la consideración primordial del interés superior del niño, lo que pone de relieve que este artículo no solo establece un derecho en sí mismo, sino que también debe tenerse en cuenta para interpretar y hacer respetar todos los demás derechos.

> Las condiciones de edad y madurez pueden evaluarse cuando se escuche a un niño individualmente y también cuando un grupo de niños decida expresar sus opiniones. La tarea de evaluar la edad y la madurez de un niño se ve facilitada cuando el grupo de que se trate forma parte de una estructura duradera, como una familia, una clase escolar o el conjunto de los residentes de un barrio en particular, pero resulta más difícil cuando los niños se expresan colectivamente. Aunque se encuentren con dificultades para evaluar la edad y la madurez, los Estados partes deben considerar a los niños como un grupo que debe ser escuchado, por lo que el Comité recomienda enérgicamente que los Estados partes hagan el máximo esfuerzo por escuchar a los niños que se expresan colectivamente o recabar sus opiniones[381].

2. Medidas especiales

El derecho a ser oído suele confundirse con el derecho de petición de naturaleza constitucional. La participación que se otorga al menor *lato sensu* no se debe igualar

---

[380] Comité de Derechos del niño, Observación General N° 12, CRC/C/GC/12, párr. 32.

[381] Comité de Derechos del niño, Observación General N° 12, CRC/C/GC/12, párr. 10.

con la noción de parte; y finalmente esta calidad tampoco puede quedar alojada, únicamente, en la representación.

Lo dicho necesita de esclarecimientos. Lo primero que surge es que los derechos de niños, menores y adolescentes, identificados en la ley como sujetos beneficiarios, son de orden público, irrenunciables, interdependientes, indivisibles e intransigibles.

Con relación al orden público hemos dicho, antes de ahora, que […]

> El orden público en materia procesal puede tener múltiples relaciones y, en consecuencia, provocar muchas desinteligencias a la hora de aplicar cuanto del concepto se interpreta. Si se utiliza como principio de *regularidad institucional*, el tema puede quedar atrapado en un mecanismo de potestades y deberes para el juez. Con ello se espera distribuir adecuadamente el poder jurisdiccional, evitando excesos por la discrecionalidad en el uso, así como afianzar el fin de seguridad jurídica y previsión que se espera. Así el orden público procesal se vincula con el criterio de legitimidad en el ejercicio de la autoridad que el juez ejerce dentro de un proceso judicial, de modo tal que se consigue aproximar la cuestión al debate entre el juez espectador y dictador que polemiza el rol de ellos dentro de un proceso.
>
> Cuando la idea se utiliza como *garantías mínimas* que deben asegurar el debido proceso, pareciera que de ese conjunto de orientaciones, valores, estándares y disposiciones de uso obligatorio se persigue evitar el quebrantamiento del proceso justo. El problema está en la complejidad ideológica que tiene nuestro país para entender y trabajar sobre un modelo procesal igualitario para la protección judicial efectiva, y de hecho, al hablar de "protección" podríamos estar propiciando un arquetipo que no tiene pleno respaldo doctrinario, pues la justicia ha de ser imparcial e independiente sin dar respaldo especial o protecciones singulares, sino sentencias justas.
>
> En concreto, nuestro país tiene un Código Procesal Civil y Comercial de la Nación que, en realidad, diseña un sistema para la llamada justicia nacional y federal. Porqué, al mismo tiempo, cada provincia y la ciudad autónoma de la ciudad de Buenos Aires, tienen modelos desiguales que transitan una misma institución con aplicaciones e interpretaciones asimétricas[382].

La *irrenunciabilidad* es propia del contenido esencial que se garantiza, de manera que no sería posible, siquiera, establecer un test de constitucionalidad sobre jerarquía de los derechos.

No obstante, algunos piensan que es una parte del derecho de defensa y, como tal, a nadie puede negarse la garantía del debido proceso.

> Para Silvina A. Alonso […] "si el derecho a ser oído forma parte del derecho de defensa, y si el derecho de defensa en juicio hace los presupuestos de la garantía del debido proceso, y si la violación al debido proceso provoca la nulidad absoluta de las actuaciones procesales llevadas a cabo, entonces se puede afirmar que el derecho del niño a ser oído es un derecho irrenunciable constituyente del debido proceso, que en caso de no respetárselo conlleva a la nulidad del proceso"[383].

Que sean *interdependientes* es natural de un derecho polisémico, donde no solo las reglas del proceso justo, equitativo e imparcial se establecen como preferentes, sin que sea una atribución diferenciada o exclusiva para el menor de edad, cuando al mismo tiempo se emplean otras regulaciones tan importantes como la Convención del Niño,

---

[382] Gozaíni, Osvaldo A., *Orden Público en materia procesal,* La Ley 2015-F, diario del 5 de noviembre de 2015.

[383] Alonso, Silvina Andrea, *Derecho del niño a ser oído ¿Derecho irrenunciable o carga procesal?*, en www.terragnijurista.com.ar

tales como las Reglas de Beijing, las Reglas de Tokio y las Directrices de Riad, que sirven al propósito de salvaguardar los derechos de los niños sometidos a diferentes actuaciones por parte del Estado, la sociedad o la familia.

Indivisibles son como todos los derechos humanos. Es una característica implícita en la concepción integral de los derechos, en los que no opera ninguna forma de jerarquía ni sus violaciones o consecuencias pueden tratarse aisladamente de otras en las que no se haya actuado en forma directa. Si la integridad se rompe, se afecta la persona como un todo y no sólo una parte de ella.

La indivisibilidad significa que todos los derechos humanos están unidos por un mismo cuerpo de principios y que todos están situados a un mismo nivel. No hay derechos humanos más importantes que otros. A su vez, la interdependencia significa que todos los derechos humanos están conectados. No puede afectarse un derecho sin afligir otros.

Y finalmente, son *intransigibles* porque resultan innegociables.

2.1 Protección especial que diferencia el derecho a ser oído

En conjunto son más garantías que principios y en armonía propician un mínimo de obligaciones jurisdiccionales y de otro carácter (legislativas y administrativas) que tienden a elaborar un sistema destinado al pleno ejercicio de los derechos que al menor se confieren.

La protección es la base natural que cuentan niños y adolescentes; mucho más exigente cuando por circunstancias especiales, la contención y apoyo que la familia presta requiere de coberturas mayores que el Estado debe aportar y el juez no puede eludir.

Cuando se piensa en una "protección especial" conforme la Convención del Niño, el destinatario es el menor de dieciocho (18) años de edad, que por razones que se deben verificar caso por caso, reciben dichas medidas especiales de protección para equiparar en el cumplimiento de derechos a todos los niños, además del ejercicio y cumplimiento de las políticas públicas universales con énfasis en la prevención y la detección oportuna y precoz.

El artículo 19 de la Convención es conciso al establecer que […]

> Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado.

Estas medidas tuitivas deben ser definidas según las circunstancias singulares que se atraviesen, y se ordenan en tres dimensiones de obligados activos para su diligenciamiento. La *familia* como centro universal de la educación y desarrollo del niño; la *sociedad* en cuanto factor notable y trascendente para ampliar la socialización y cultura; y el *Estado* como garante del cumplimiento efectivo.

2.2 La OC 17/02

Trasciende en este aspecto la Opinión Consultiva requerida a la Corte IDH por la Comisión, que dio lugar al documento OC-17/2002 de 28 de agosto de 2002 que en cuanto interesa destacar sostiene […]

> 55. Se puede concluir, que en razón de las condiciones en las que se encuentran los niños, el trato diferente que se otorga a los mayores y a los menores de edad no es per se discriminatorio, en el sentido proscrito por la Convención. Por el contrario, sirve al propósito de permitir el cabal ejercicio de los derechos reconocidos al niño. Se entiende que, en virtud de los artículos 1.1 y 24 de la Convención, los Estados no pueden establecer diferenciaciones que carezcan de una justificación objetiva y razonable y no tengan como objeto único, en definitiva, el ejercicio de los derechos establecidos en aquélla.
>
> […]
>
> 62. La adopción de medidas especiales para la protección del niño corresponde tanto al Estado como a la familia, la comunidad y la sociedad a la que aquél pertenece. Sobre este punto, el artículo 16 del *Protocolo de San Salvador* manifiesta que [t]odo niño sea cual fuere su filiación tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado. Todo niño tiene el derecho de crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres; salvo circunstancias excepcionales, reconocidas judicialmente, el niño de corta edad no debe ser separado de su madre. Todo niño tiene derecho a la educación gratuita y obligatoria, al menos en su fase elemental, y a continuar su formación en niveles más elevados del sistema educativo.
>
> […]
>
> 78. La eficaz y oportuna protección de los intereses del niño y la familia debe brindarse con la intervención de instituciones debidamente calificadas para ello, que dispongan de personal adecuado, instalaciones suficientes, medios idóneos y experiencia probada en este género de tareas. En fin, no basta con que se trate de organismos jurisdiccionales o administrativos; es preciso que éstos cuenten con todos los elementos necesarios para salvaguardar el interés superior del niño.
>
> […]
>
> 95. Las garantías consagradas en los artículos 8 y 25 de la Convención se reconocen a todas las personas por igual, y deben correlacionarse con los derechos específicos que estatuye, además, el artículo 19, en forma que se reflejen en cualesquiera procesos administrativos o judiciales en los que se discuta algún derecho de un niño.
>
> 96. Es evidente que las condiciones en las que participa un niño en un proceso no son las mismas en que lo hace un adulto. Si se sostuviera otra cosa se desconocería la realidad y se omitiría la adopción de medidas especiales para la protección de los niños, con grave perjuicio para estos mismos. Por lo tanto, es indispensable reconocer y respetar las diferencias de trato que corresponden a diferencias de situación, entre quienes participan en un procedimiento.
>
> 97. A este respecto, conviene recordar que la Corte señaló en la Opinión Consultiva acerca del Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal cuando abordó esta materia desde una perspectiva general, que [p]ara alcanzar sus objetivos, el proceso debe reconocer y resolver los factores de desigualdad real de quienes son llevados ante la justicia. Es así como se atiende el principio de igualdad ante la ley y los tribunales y a la correlativa prohibición de discriminación. La presencia de condiciones de desigualdad real obliga a adoptar medidas de compensación que contribuyan a reducir o eliminar los obstáculos y deficiencias que impidan o reduzcan la defensa eficaz de los propios intereses. Si no existieran esos medios de compensación, ampliamente reconocidos en diversas vertientes del procedimiento, difícilmente se podría decir que quienes se encuentran en condiciones de desventaja disfrutan de un verdadero acceso a la justicia y se benefician de un debido proceso legal en condiciones de igualdad con quienes no afrontan esas desventajas (supra 47).

> 98. En definitiva, si bien los derechos procesales y sus correlativas garantías son aplicables a todas las personas, en el caso de los niños el ejercicio de aquéllos supone, por las condiciones especiales en las que se encuentran los menores, la adopción de ciertas medidas específicas con el propósito de que gocen efectivamente de dichos derechos y garantías.

La larga cita obedece a que pone en el escenario de la discusión si estas medidas especiales, cuando se trata de llevarlas al proceso, tienen como destino influir en los procedimientos o cambiar sus presupuestos. Si no lo fuese, es evidente que será menester profundizar en la naturaleza jurídica que trae el cambio y procurar dar una respuesta a las diferencias planteadas al comienzo.

¿Oír es una garantía abstracta o requiere de precisiones conceptuales? ¿participar en el proceso es darle al niño la condición de parte? ¿si es parte, tiene autonomía o es una suerte de litisconsorte con la familia y/o su representante? En su caso ¿la representación del menor regulada en los códigos procesales está virtualmente derogada?

3. El derecho procesal del menor

Para nosotros el impacto que trae en la teoría general del proceso el espectro amplio de los derechos del niño que se deban actuar en el proceso tiene incidencias notables que, de no ser razonadas e interpretadas adecuadamente, pueden provocar desigualdades en el uso y aplicación de los principios y reglas generados.

El derecho a ser oído es un derecho de intervención que reconoce la posibilidad de expresarse y hacer de sus comentarios un aporte esencial para la protección del interés que se ventila en juicio. No significa obligación de actuar, ni un emplazamiento para que lo haga, solo otorga una facultad a ser escuchado.

> El concepto de participación pone de relieve que incluir a los niños no debe ser solamente un acto momentáneo, sino el punto de partida para un intenso intercambio de pareceres entre niños y adultos sobre la elaboración de políticas, programas y medidas en todos los contextos pertinentes de la vida de los niños […]. El artículo 12 de la Convención establece el derecho de cada niño de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que lo afectan y el subsiguiente derecho de que esas opiniones se tengan debidamente en cuenta, en función de la edad y madurez del niño. Recae así sobre los Estados partes la clara obligación jurídica de reconocer ese derecho y garantizar su observancia escuchando las opiniones del niño y teniéndolas debidamente en cuenta. Tal obligación supone que los Estados partes, con respecto a su respectivo sistema judicial, deben garantizar directamente ese derecho o adoptar o revisar leyes para que el niño pueda disfrutarlo plenamente[384].

Este derecho a intervenir, en consecuencia, no es un deber de participación, aunque la posibilidad de hacerlo efectivo tiene responsabilidades puntuales para evitar situaciones de indefensión, o que el proceso quede sin el aporte esencial de quien tiene que expresar sus puntos de vista para orientar la mejor decisión en pos de asegurar el interés superior que se debe tutelar.

Por eso, tanta importancia como invitar al niño a que se exprese, tiene el de asegurar de que lo haga con suficiente información y asesoramiento sobre las consecuencias que contrae, a cuyo fin hay que tener presente que la Convención sobre los Derechos del Niño establece dos ámbitos de protección: *a)* de los derechos de los

---

[384] Comité de Derechos del niño, Observación General N° 12, CRC/C/GC/12, párr. 15.

niños, las niñas y los adolescentes en general, y *b)* el de los niños que han cometido un delito. En este último campo, los niños no sólo deben recibir las mismas garantías que los adultos, sino, además, una protección diferenciada.

> Explica Leguisamón que […] el menor no sólo debe comprender la situación de conflicto que lo rodea, sino esencialmente sus consecuencias y los riesgos de la decisión que adopte […]. Es decir, no alcanza con que entienda lo que se le propone (tener asesoramiento letrado), debe comprender enteramente las consecuencias, el contexto y los riesgos de la decisión que está tomando. En alguna medida, competencia y madurez suficiente se superponen. La competencia incluye la madurez suficiente, la que tiene que permitir la plena comprensión. Pero esta madurez suficiente es la condición de la competencia para intervenir o decidir y, a su vez, aplicada a un caso concreto, implica la comprensión del objeto y consecuencias del acto[385].

3.2 Ahora bien, intervenir como hipótesis de cobertura a un requerimiento convencionalizado que propicia mejorar la protección procesal de niños, menores y adolescentes, deja mucho que desear si únicamente se lo considera como un llamado de intervención voluntaria.

La cuestión excede la dogmática para confrontar la realidad del mandato legal que se muestra todavía incierto y dubitativo en la práctica profesional. Algunas veces se afirma que […]

> "La escucha a los niños debe tener sus límites. Así el deber judicial de oírlos se lo puede tener por debidamente satisfecho cuando ya fue escuchado en una determinada instancia del proceso; lo que equivale a decir –en principio- no se verifica el compromiso judicial de audición ante la Alzada en los supuestos en que en primera instancia se cumplió acabadamente con dicho recaudo"[386].

La respuesta sería correcta si la evolución dispuesta en los derechos del menor fuera pretender que siempre se oyeran sus pareceres, cuando sus intereses familiares, económicos o de otro tipo pudieran quedar afectados. Pero aun siendo exacto, entendemos que el derecho a ser oído no es una gracia o permiso para responder a los caprichos de un menor sin capacidades desarrolladas, ni para condicionar la actitud judicial que interprete ese derecho como un deber de respuesta positivo. En nuestro parecer el derecho a ser oído consagra el derecho al efectivo acceso a la justicia, que trasciende el principio impuesto para que las niñas, niños y adolescentes deban ser oídos y que su opinión sea tenida en cuenta.

3.1 Indemnidades mínimas para el menor

La garantía se debe relacionar con el art. 12.1 de la *Convención sobre los Derechos del Niño (Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio del derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño),* mejor precisado en el art. 27 de la Ley

---

[385] Leguisamón, Héctor Eduardo, *La capacidad procesal del menor en el Código Civil y Comercial y el abogado del niño*, La Ley 2017-B, suplemento del 17 de marzo de 2017., p. 2.

[386] Mizrahi, Mauricio Luis, *Intervención del niño en el proceso. El abogado del niño*, La Ley, 2011-E, 1195.

26.061, que afinca exclusivamente en las indemnidades judiciales mínimas, donde se cuenta con el derecho:

a) A ser oído ante la autoridad competente cada vez que así lo solicite la niña, niño o adolescente;

b) que su opinión sea tomada primordialmente en cuenta al momento de arribar a una decisión que lo afecte;

c) a ser asistido por un letrado preferentemente especializado en niñez y adolescencia desde el inicio del procedimiento judicial o administrativo que lo incluya, y que en caso de carecer de recursos económicos el Estado deba asignarle de oficio un letrado que lo patrocine;

d) a participar activamente en todo el procedimiento; y

e) a recurrir ante el superior frente a cualquier decisión que lo afecte.

Del enclave surge que el sistema permite el "derecho a ser partes", y a contar con una representación legal independiente de la que los padres, tutores o curadores (en su caso) puedan asignarle.

Obsérvese, una vez más, que el artículo 26 del Código Civil y Comercial, con el título: *Ejercicio de los derechos por la persona menor de edad* dispone […]

> La persona menor de edad ejerce sus derechos a través de sus representantes legales.
>
> No obstante, la que cuenta con edad y grado de madurez suficiente puede ejercer por sí los actos que le son permitidos por el ordenamiento jurídico. En situaciones de conflicto de intereses con sus representantes legales, puede intervenir con asistencia letrada.
>
> La persona menor de edad tiene derecho a ser oída en todo proceso judicial que le concierne así como a participar en las decisiones sobre su persona.
>
> Se presume que el adolescente entre trece y dieciséis años tiene aptitud para decidir por sí respecto de aquellos tratamientos que no resultan invasivos, ni comprometen su estado de salud o provocan un riesgo grave en su vida o integridad física.
>
> Si se trata de tratamientos invasivos que comprometen su estado de salud o está en riesgo la integridad o la vida, el adolescente debe prestar su consentimiento con la asistencia de sus progenitores; el conflicto entre ambos se resuelve teniendo en cuenta su interés superior, sobre la base de la opinión médica respecto a las consecuencias de la realización o no del acto médico.
>
> A partir de los dieciséis años el adolescente es considerado como un adulto para las decisiones atinentes al cuidado de su propio cuerpo.

De allí que el derecho a intervenir se vuelca en el de participar, cambiando el derecho a ser oído como simple manifestación del derecho, e hipotéticamente, dejando sin sentido el efecto del mero llamado a estar y manifestarse, donde el ser escuchado no influye en las pretensiones, ni afecta el principio dispositivo y de congruencia (de modo que el proceso continuaría siendo bilateral, contradictorio, basado en la confirmación de versiones y con una sentencia válida únicamente para quienes sean justas partes del litigio).

La mudanza trae un derecho nuevo y, de alguna manera, contradictorio con el sistema procesal que solo ve al proceso como un problema de dos, donde el tercero (niño, niña y adolescente) tiene obligatoriamente que asociarse a las pretensiones de uno u otro, sin posibilidades de dar a conocer su propio interés.

Es éste, justamente, el efecto copernicano de la participación procesal, porque extensivamente puede encontrar apoyo en el artículo 36 que da intervención al interesado en el proceso, convirtiéndolo en parte y con la posibilidad de aportar prueba que haga a su derecho de defensa.

Inclusive podría ser más amplio este derecho de actuar, si se toma en consideración que […]

> El Comité del Niño hace hincapié en que el artículo 12 no impone ningún límite de edad al derecho del niño a expresar su opinión y desaconseja a los Estados partes que introduzcan por ley o en la práctica límites de edad que restrinjan el derecho del niño a ser escuchado en todos los asuntos que lo afectan. A ese respecto, subraya lo siguiente:
>
> En primer lugar, en sus recomendaciones subrayó que el concepto del niño como portador de derechos está "firmemente asentado en la vida diaria del niño" desde las primeras etapas. Hay estudios que demuestran que el niño es capaz de formarse opiniones desde muy temprana edad, incluso cuando todavía no puede expresarlas verbalmente. Por consiguiente, la plena aplicación del artículo 12 exige el reconocimiento y respeto de las formas no verbales de comunicación, como el juego, la expresión corporal y facial y el dibujo y la pintura, mediante las cuales los niños muy pequeños demuestran capacidad de comprender, elegir y tener preferencias.
>
> En segundo lugar, el niño no debe tener necesariamente un conocimiento exhaustivo de todos los aspectos del asunto que lo afecta, sino una comprensión suficiente para ser capaz de formarse adecuadamente un juicio propio sobre el asunto.
>
> En tercer lugar, los Estados partes también tienen la obligación de garantizar la observancia de este derecho para los niños que experimenten dificultades para hacer oír su opinión. Por ejemplo, los niños con discapacidades deben tener disponibles y poder utilizar los modos de comunicación que necesiten para facilitar la expresión de sus opiniones. También debe hacerse un esfuerzo por reconocer el derecho a la expresión de opiniones para los niños pertenecientes a minorías, niños indígenas y migrantes y otros niños que no hablen el idioma mayoritario.
>
> Por último, los Estados partes deben ser conscientes de las posibles consecuencias negativas de una práctica desconsiderada de este derecho, especialmente en casos en que los niños sean muy pequeños o en que el niño haya sido víctima de delitos penales, abusos sexuales, violencia u otras formas de maltrato. Los Estados partes deben adoptar todas las medidas necesarias para garantizar que se ejerza el derecho a ser escuchado asegurando la plena protección del niño[387].

3.2 El Código Civil y Comercial de la Nación (art. 26)

Como de la intervención se pasa a participar, y en el proceso el protagonismo es directo o indirecto (partes o terceros, respectivamente), es notorio entonces que el reducto de diferencias de edad que establece el artículo 26 problematiza el esquema de los principios generales del Código Civil y Comercial con los presupuestos procesales.

En efecto, el ejercicio de los derechos por la persona menor de edad se realiza a través de sus representantes legales; pero si tiene edad y madurez suficiente puede por sí ejercer algunos actos jurídicos, e inclusive tener asistencia letrada propia cuando está en conflicto con quienes lo representan por ley.

---

[387] Comité de Derechos del niño, Observación General N° 12, CRC/C/GC/12, párr. 21.

La base para todos los menores sin diferencia de edad es el derecho a participar en las decisiones sobre su persona, lo que significa que cuenta con la garantía de ser oído.

Pero la comprensión de los actos que vaya a cumplimentar tienen que ampararse con el conocimiento efectivo y razonado de los efectos que puedan producir; por eso la capacidad progresiva hace a la comprensión y no al derecho a ser tenido como parte en sentido procesal.

> 28. Es necesario tener "debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño". Estos términos hacen referencia a la capacidad del niño, que debe ser evaluada para tener debidamente en cuenta sus opiniones o para comunicar al niño la influencia que han tenido esas opiniones en el resultado del proceso. El artículo 12 estipula que no basta con escuchar al niño; las opiniones del niño tienen que tomarse en consideración seriamente a partir de que el niño sea capaz de formarse un juicio propio.
>
> 29. Al exigir que se tengan debidamente en cuenta las opiniones, en función de su edad y madurez, el artículo 12 deja claro que la edad en sí misma no puede determinar la trascendencia de las opiniones del niño. Los niveles de comprensión de los niños no van ligados de manera uniforme a su edad biológica. Se ha demostrado en estudios que la información, la experiencia, el entorno, las expectativas sociales y culturales y el nivel de apoyo contribuyen al desarrollo de la capacidad del niño para formarse una opinión. Por ese motivo, las opiniones del niño tienen que evaluarse mediante un examen caso por caso.
>
> 30. "Madurez" hace referencia a la capacidad de comprender y evaluar las consecuencias de un asunto determinado, por lo que debe tomarse en consideración al determinar la capacidad de cada niño. La madurez es difícil de definir; en el contexto del artículo 12, es la capacidad de un niño para expresar sus opiniones sobre las cuestiones de forma razonable e independiente. Los efectos del asunto en el niño también deben tenerse en consideración. Cuanto mayores sean los efectos del resultado en la vida del niño, más importante será la correcta evaluación de la madurez de ese niño[388].

El interrogante es otro ¿si el proceso debate entre dos partes, entonces el derecho del niño a ser oído se abastece únicamente con la entrevista ante el juez, o con la presentación escrita de su abogado?

El planteo que hacemos se explica parcialmente […]

> 35. Una vez el niño haya decidido ser escuchado, deberá decidir cómo se lo escuchará: "directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado". El Comité recomienda que, siempre que sea posible, se brinde al niño la oportunidad de ser escuchado directamente en todo procedimiento.
>
> 36. El representante puede ser uno de los progenitores o ambos, un abogado u otra persona (por ejemplo, un trabajador social). Sin embargo, hay que recalcar que en muchos casos (civiles, penales o administrativos) hay riesgo de conflicto de intereses entre el niño y su representante más obvio (progenitor(es)). Si el acto de escuchar al niño se realiza a través de un representante, es de suma importancia que el representante transmita correctamente las opiniones del niño al responsable de adoptar decisiones. El método elegido deberá ser determinado por el niño (o la autoridad competente en caso necesario) conforme a su situación particular. Los representantes deberán conocer y comprender suficientemente los distintos aspectos del proceso de adopción de decisiones y tener experiencia en el trabajo con niños.
>
> 37. El representante deberá ser consciente de que representa exclusivamente los intereses del niño y no los intereses de otras personas (progenitor(es)), instituciones u órganos (por ejemplo, internado, administración o sociedad). Deberán elaborarse códigos de conducta

[388] Comité de Derechos del niño, Observación General N° 12, CRC/C/GC/12, párrafos indicados.

> destinados a los representantes que sean designados para representar las opiniones del niño[389].

El introductorio pone en claro y ratifica que el niño está representado, y que su derecho a participar debe estar en consonancia con las normas de procedimiento interno, siempre con la mirada de satisfacer la mejor plenitud de ejercicio de los intereses superior que se protegen.

El inconveniente aparece en dos espacios relacionados: Por un lado hay incapaces de ejercicio (art. 24 CCyC) que por no tener edad y grado suficiente de madurez tiene que ser representado legalmente.

> La referencia a la presencia de una cierta "edad y madurez suficiente" da cuenta de que el sistema se aleja de conceptos más rígidos —como el de capacidad civil tradicional—, al tiempo que emparenta mayormente con la noción bioética de "competencia", que refiere a la existencia de ciertas condiciones personales que permiten entender configurada una determinada aptitud, suficiente para el acto de cuyo ejercicio se trata. Esta noción es de carácter más empírico que técnico y toma en consideración la posibilidad personal de comprender, razonar, evaluar y finalmente decidir en relación al acto concreto en juego. Así, si bien una persona puede ostentar capacidad en términos generales, como noción quizás más "transversal", puede en cambio carecer de competencia para la toma de determinadas decisiones; a la inversa, la carencia de la tradicional capacidad civil no impide admitir la aptitud de la persona que demuestre comprender, razonar y definir opciones en relación a un acto concreto —esto es, ostentar competencia a pesar de su eventual condición de incapacidad civil—.
>
> Por ello, todo el régimen de capacidad de los menores de edad no se asienta en condiciones etarias puras, sino que introduce la pauta más maleable y permeable de "madurez suficiente", que permite discernir, en el caso concreto, la posibilidad de tomar una decisión razonada en relación al acto concreto, apareciendo así como un sistema más justo y cercano al respeto de la persona humana[390].

Pero esta capacidad progresiva se condiciona a la fuerza argumental de quien lo interprete, en razón de que no existen más estándares que la discrecionalidad judicial. Por eso, el segundo problema surge del hecho que la capacidad procesal difiere de la capacidad civil, y pone en dudas si el alcance de las disposiciones de la Ley 26.061 que subsiste, cuando menciona los derechos del niño *de cualquier edad*, ocupa también el espacio del proceso donde pueda tener intereses afectados.

3.3 Intervención y representación del menor

No parece posible desarmar la estructura garantista del proceso (la máxima garantía para que los derechos se ejecuten y respeten) con declamaciones de poca realidad práctica. Dicho esto en el sentido de considerar que la niña, el niño o el adolescente tienen derecho a ser atendidos sin precisar criterios de edad cuando se vinculan con el ámbito estatal, familiar, comunitario, social, escolar, científico, cultural, deportivo y recreativo. Ese derecho incluye la posibilidad de participar y expresar libremente su sentir en los asuntos que les conciernan y en aquellos que tengan interés; y que sus opiniones sean tenidas en cuenta conforme a su madurez y desarrollo..

---

[389] Comité de Derechos del niño, Observación General N° 12, CRC/C/GC/12, párrafos indicados.

[390] Herrero – Caramelo – Picasso, *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, Título Preliminar y Libro Primero (arts. 1 – 400), cit., p. 63.

Se puede agregar en este punto del derecho a ser oído, la participación en el proceso donde sea convocado de oficio o por las partes, con el fin de ofrecer un pensamiento razonado sobre derechos o intereses que lo alcanzan, siempre que ellos no determinen la necesidad de tener una representación legal que posibilite la eficacia real de su derecho de defensa. Vale decir que, ser oído en esta instancia, supone permitir que el menor se explaye con una mirada propia sin la influencia de sus padres o de otros adultos.

Esta atención especial que se recibe es importante para la garantía que se acuerda, pero no convierte en parte procesal al menor que se expresa.

La Corte Nacional ya dejó sentado la imposibilidad de actuar sin representación, habiendo expresado que […]

> "Las prescripciones de la Ley 26.061 deben ser interpretadas y aplicadas en forma integral con arreglo a nuestra legislación de fondo. En este sentido, las disposiciones del Código Civil que legislan sobre la capacidad de los menores tanto impúberes como adultos no han sido derogadas por la Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes. En consecuencia, de acuerdo, con este régimen de fondo, los menores impúberes son incapaces absolutos, que no pueden realizar por sí mismos actos jurídicos (art. 54, inciso 2º del Código Civil), como sería la designación y remoción de un letrado patrocinante, así como la actuación por derecho propio en un proceso, en calidad de parte"[391].

Es verdad que en una causa anterior se permitió la representación de niñas donde una tenía catorce (14) y la hermana diez (10) años de edad, oportunidad cuando la Corte no distinguió entre menores impúberes y adultos[392], solo que en esta causa bien se diferenció que una cosa era el patrocinio letrado y otra la representación legal del menor.

En efecto, afirma Solari que […]

> "El Código Civil establece un sistema de representación legal para los incapaces -entre ellos, los menores de edad- para la realización de los actos de la persona y bienes del menor. Además, se suma la representación legal del ministerio de menores. De ahí que la representación legal es dual y conjunta, pues se otorga al menor de edad una representación necesaria, legal o individual y una representación promiscua del ministerio pupilar. Ambos coadyuvan a una adecuada tutela de los derechos del menor de edad. Lo anterior no debe confundirse con el patrocinio letrado del niño, instituido en la Convención sobre los Derechos del Niño y en la ley 26.061, previstas como defensa técnica de sus derechos en el proceso judicial. En tal sentido, dichas disposiciones exigen que el abogado del niño actúe en condición de parte legítima en el proceso, patrocinando al niño en su carácter de tal. Todo ello, sin perjuicio de la representación legal, necesaria y promiscua"[393].

Enfocado el problema en la perspectiva de quien deba resolver, las cuestiones de legitimación persisten con la incertidumbre. Es claro que las normas que rigen los procedimientos de familia (art. 706 CCyC) deben ser aplicadas de modo de facilitar el acceso a la justicia, especialmente, tratándose de personas vulnerables.

---

[391] CSJN, 26 de Junio de 2012, M. 394. XLIV. "Recurso de hecho deducido por la Defensora Oficial en la causa- *" M., G. c/ P., C. A*.".

[392] CS, 26 de Octubre de 2010, "*G., M. S. c/ J. V., L. s/ divorcio vincular*".

[393] CS, 26 de Octubre de 2010, "*G. M. S. c/ J. V. L.*", comentado por Néstor Solari, en La Ley del 1/12/2010, ver: Actualidad Jurídica - Familia & Minoridad, Vol. 81, enero 2011.

Los menores son un sector vulnerable, y a ellos se les afianza el derecho a ser escuchados. El artículo 707 del mismo ordenamiento dice […]

> Las personas mayores con capacidad restringida y los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a ser oídos en todos los procesos que los afecten directamente. Su opinión debe ser tenida en cuenta y valorada según su grado de discernimiento y la cuestión debatida en el proceso.

El interrogante remanido es si este derecho a expresarse, a intervenir y pedir protección especial a los intereses que requiere significa darle condición de parte.

Ratificamos que no es así: el menor de edad no tiene capacidad procesal ni puede asumir la condición de parte; lo que no significa que pierda el derecho de acceso a la justicia, sino todo lo contrario.

La invitación a que participe podrá tener múltiples posibilidades: intervención voluntaria; citación expresa por los sujetos del proceso; llamado de oficio; adhesión litisconsorcial, etc., solamente que el mentado artículo 26 tiene situaciones especiales que debemos considerar.

4. El estándar de la madurez gravitante

La polaridad que se crea después de la innovación de dar al menor de edad una suerte de participación activa del proceso sostenida en el derecho a ser oído tiene opiniones divergentes.

Algunos sostienen que el párrafo primero del artículo 26 no establece como regla la representación legal del menor para sus actos procesales, sino la posibilidad de actuar por sí mismo […]

> "En efecto, la solución esbozada en el primer párrafo del artículo se enfrenta a continuación con un principio —y no excepción— incorporado en forma expresa a la codificación civil por la Reforma cual es el ejercicio personal de los derechos por parte de los niños, niñas y adolescentes que presenten edad y grado de madurez suficiente tal que les permita la actuación personal de sus derechos.
>
> Dice al respecto el segundo párrafo del artículo en comentario, luego de establecer la hipótesis de ejercicio de derechos mediante representación: "*No obstante, la que cuenta con edad y grado de madurez suficiente puede ejercer por sí los actos que le son permitidos por el ordenamiento jurídico. En situaciones de conflicto de intereses con sus representantes legales, puede intervenir con asistencia letrada*".
>
> Si analizamos el presente artículo en conjunto con el art. 22 ya comentado, podemos concluir que la incapacidad no es un principio en el CCyC, por cuanto son las limitaciones o restricciones las que constituyen la excepción en el nuevo sistema (art. 22).
>
> La permeabilidad de los requisitos exigidos en la norma comprende una amplitud de supuestos que pueden ser incluidos en esta suerte de "cláusula de capacidad creciente o abierta", de la mano del principio de autonomía progresiva de rango constitucional (art. 5° Convención del Niño) que clarifica que las facultades y derechos reconocidos a los progenitores guardan relación con el objetivo de orientar y posibilitar el ejercicio de derechos por parte de las personas menores de edad"[394].

---

[394] Herrero – Caramelo – Picasso, *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, Título Preliminar y Libro Primero (arts. 1 – 400), cit., p. 68.

La madurez suficiente permite avanzar en los estadíos de la capacidad, de manera que –para esta tendencia– el menor de trece (13) años debe actuar con representación aunque pueda ejercer el derecho a ser oído; el que tiene entre trece (13) y dieciséis (16) años es adolescente con capacidad plena de participación en el proceso donde se deba resolver sobre su persona; y el que tiene entre dieciséis (16) y dieciocho (18) años tiene derecho de intervención plena y con patrocinio letrado propio[395].

Otro sector advierte que la autonomía y capacidad progresiva de los niños y adolescentes refiere a la ampliación de la capacidad de goce sin alcanzar al ejercicio. La dirección y orientación apropiada para el mejor desarrollo de los derechos exige que sea la familia quien explique el alcance del derecho a participar, y en su defecto, la función jurisdiccional debe cumplir ese rol. Una vez que el niño consiga formarse indudablemente un juicio propio, podrá expresarse en el proceso y tomar intervención activa.

Pero, el empleo de estos vocablos bienintencionados no debe perder de vista el efectivo derecho de defensa, pues al no existir un estándar para la "madurez suficiente", alojar en la edad la autonomía funcional parece riesgoso.

> En la causa citada en nota la Cámara interpreta que […] si bien es cierto que la autonomía progresiva es lo que va a marcar la mayor o menor capacidad del niño para actuar por sí (capacidad de obrar o de ejercicio), no sucede lo mismo con su participación procesal. Esta conclusión surge nítidamente de la ley 26.061 que en ninguna de sus normas condiciona su actuación en el proceso al suficiente juicio, madurez o grado de desarrollo intelectual; lo que significa decir que un niño de pocos días de vida tiene derecho a participar en el juicio que lo afecta y a contar con un abogado que lo asista. Claro está que en estos supuestos su actuación se hará efectiva con la intervención de un tutor especial que lo representará y con la labor consecuente que desempeñará el letrado en favor del niño.
>
> Para decirlo en buen romance, lo expuesto significa que la novedad que nos trae la ley de niño, en lo que hace al tema que nos ocupa, es que antes la actuación procesal de ese niño —en los juicios de familia (digamos, en materia de guarda, régimen de comunicación, etcétera)— se realizaba regularmente con la intervención de alguno de sus padres, en una representación que muchas veces implicaba una suerte de confusión de intereses y de roles; a tal punto que el abogado era uno solo y, en la realidad, respondía a los intereses del progenitor que lo contrató, y no a los del propio niño involucrado. En cambio, con la sanción de la ley 26.061 (art. 27) se abre ahora la posibilidad de que ese niño pueda manejarse autónomamente de sus padres tras ser "asistido por un letrado" independiente

---

[395] En la jurisprudencia anterior, usando la ley 26.061 se dijo […]: "En un proceso motivado en la obstaculización ejercida por una madre respecto del régimen de visitas fijado a favor del padre no conviviente, corresponde rechazar las presentaciones efectuadas por los hijos menores de ambos, con patrocinio letrado si, el abogado de los niños fue contratado por la madre y ésta es quien abona sus honorarios pues, ello permite concluir que los referidos escritos no son más que meros artilugios de aquélla para imponer su personal criterio, bajo la apariencia de lo que debería ser una auténtica intervención autónoma de los niños en el proceso […]. Si bien el decreto 415/2006, en cuanto reglamenta al art. 27 de la ley 26.061, hace referencia a que el derecho a la asistencia letrada incluye el de designar un abogado, no se especifica que esa designación deba provenir del niño, y más aún, cuando alude a los servicios jurídicos, colegios abogados o universidades, lo que lleva a concluir que si hubiese una propuesta, debería ser de ese listado, y no sujeta al antojo de uno de los padres […]. Cuando el niño no tuviere la madurez suficiente y un aceptable grado de desarrollo para designar a un abogado que lo represente en juicio, deberá designarse un tutor especial que, cumplirá a su vez la función letrada. A partir de la sanción de la ley 26.061, ya no será posible atar la capacidad de hecho exclusivamente a períodos cronológicos, sino que debe tenerse en cuenta la autonomía progresiva que adquiera el niño (CNCiv., Sala B, 19 de marzo de 2009, "*K., M. y otro c. K., M. D.*", publicado en La Ley, 2009-B del martes 15 de abril de 2009, con nota de Gozaíni, Osvaldo A., "*La representación procesal de los menores*".

> (inciso c), del mencionado artículo) y, junto a éste, "participar activamente en el procedimiento" (inciso d) de la norma citada). En este sentido, cabe insistir que no corresponde efectuar distinciones que el art. 27 de la ley niño no realiza; y esta norma ha tomado el recaudo de no exigir una edad determinada, como tampoco una madurez suficiente, para que el niño pueda —con un abogado propio— tener la debida participación en el juicio que lo involucra[396].

Con esta mirada las cuestiones se fraccionan entre los problemas de autonomía individual para el disfrute de derechos que no necesitan para expresarse de un orden cronológico aceptado (*la persona menor de edad tiene derecho a ser oída en todo proceso judicial que le concierne* [art. 26 párrafo segundo CCyC]); respecto de la toma de posición en un proceso donde la calidad de parte solo la adquiere por medio de la representación legal.

En tercería aparecen quienes proponen que sean los jueces y no la ley quien resuelva las diferencias entre "participar", "intervenir" o constituirse en "parte".

Kielmanovich sostiene que […]

> "La aplicación de los referidos derechos y garantías *no se limita* por la ley a aquellos procesos en los que las niñas, niños y adolescentes sean o vayan a ser partes procesales, sino que aprehende a todos los que los <afecten>, fórmula de una inocultable amplitud que la prudencia de nuestros jueces tendrá que delimitar, pues una interpretación desmesurada podría llevar a sostener que en todo juicio promovido por o contra una persona que tuviese un hijo, *niño* en los términos de la Convención (ser humano concebido de hasta 18 años, art. 1, Convención), éste podría invocarlos y participar activamente en el mismo, así, v.gr. en el juicio de desalojo seguido contra su padre a objeto de que éste fuese condenado a restituir al locador el local en el cual aquél explota un comercio, so color que la resolución del contrato podría importar la merma o ya la supresión de los ingresos familiares e implicar con ello, una pérdida de los recursos destinados para su subsistencia, alimentación, esparcimiento, educación, vivienda o cuidados médicos, situación que en sentido vulgar sin duda que lo <afectaría>"[397].

4.1 Capacidad progresiva

Lo que esta fuera de discusión es que el menor puede tomar intervención por sí mismo cuando existan derechos particulares que estén afectados. La representación de los padres pasa a segundo plano, y obliga en consecuencia, a ver este tema en particular cuando se trata de elegir al abogado de confianza, a cuyo fin, se considera que la designación es un acto de naturaleza personalísimo que carece de contenido patrimonial.

> "En cambio, la solución se complica en los casos de niños/as menores de 14 años o menores impúberes según el régimen del Código Civil. Sin embargo, si advertimos que la finalidad de esta disposición contenida en el art. 27 inc. c) de la ley 26.061 es garantizar la participación del niño en todo proceso que lo afecte a través de un letrado de confianza que lo asista, con el fin de poder ejercer también su derecho a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta conforme a su madurez y desarrollo (art. 24 ley 26.061); la designación del abogado debe ser suplida por un adulto o persona mayor pues la ley 26.061 no exige una edad determinada para el cumplimiento de esta garantía, ya que de lo contrario se le estarían conculcando al niño garantías procedimentales vinculadas con el debido proceso

---

[396] Ibídem.

[397] Kielmanovich, Jorge L., *Reflexiones procesales sobre la ley 26.061 (de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes,)* La Ley, 2005-F, 987.

> contemplado en el art. 18 de la Constitución Nacional. Por otra parte, y en mérito a lo preceptuado por la norma contenida en el art. 3° de la ley 26.061 y el principio de autonomía progresiva previsto en el art. 5° de la Convención, la presunción del art. 921 del Código Civil en cuanto a la edad para el discernimiento de los actos lícitos, es *iuris tantum* ya que debe admitir prueba en contrario, viabilizando en consecuencia la elección directa del abogado por un niño/a menor de 14 años en función de su discernimiento y grado de madurez. El quid es si la designación puede quedar en cabeza de alguno de sus progenitores"[398].

Opinión en distancia de otros que consideran que las normas que refieren a la representación de los menores no fueron derogadas por la ley, de modo que habrá que interpretar la reforma con lo vigente con el fin de auspiciar la armonía del conjunto.

En tal sentido, afirma Basset que […]

> La representación del menor, salvo privación de patria potestad, o intereses encontrados entre el menor y sus padres o tutores, la ejercen estos últimos. La ley prevé la designación de un tutor *ad-litem*, en caso de intereses encontrados entre los representantes del menor y este último. Para la designación de un *tutor ad-litem*, será necesario el discernimiento de la tutela por el juez competente. De acuerdo con esta interpretación armonizante, la designación de un abogado por parte del menor sólo podrá ocurrir en la medida en que se verifiquen los siguientes supuestos: *a)* el menor tenga capacidad jurídica para designar a un abogado que lo represente (en virtud de las reglas relativas a la capacidad jurídica, *b)* que medie oposición entre los intereses del menor y los de sus representantes; y *c)* que dicha representación no perjudique el superior interés del menor [399].

Tanto la Convención de los Derechos del Niño como el Código Civil y Comercial y la continuidad de la Ley Nº 26.061 se han preocupado por fortalecer los vínculos del niño con la familia, desde la cual se proyecta una vida plena con capacidades progresivas.

Los conflictos que pueda sufrir el menor puede representarlos por sí mismo con las limitaciones que mantiene el sistema procesal y con la prudencia de aplicación que debe obrar el juez de la causa. El piso de marcha es la defensa en juicio, efectiva y permanente, y al mismo tiempo, sensata y reflexiva.

Dicho esto en el sentido de no contribuir desde la representación y el patrocinio con el exacerbamiento de pasiones que, en definitiva, tendrán al menor como única víctima del desatino. El justo medio es la confianza en los jueces.

4.2 Los adolescentes

En el código de Vélez la edad fue determinante para dividir la capacidad de la incapacidad. Los llamados *menores impúberes* fueron los que tenían menos de catorce (14) años, y *menores adultos* quienes tenían más de esa edad. Estos eran sujetos capaces con algunas restricciones, y las libertades conferidas estuvieron sujetas a los tiempos y el pensamiento imperante.

---

[398] Basso, Silvina, *"El Abogado del Niño" y la Ley 26.061 de protección integral de derechos de Niños, Niñas y adolescentes. Un análisis preliminar",* ponencia presentada en el Congreso Internacional de Derechos y Garantías, Asociación de Abogados de Buenos Aires, ponencia n° 31 comisión 3.

[399] Basset, Ursula Cristina, *Sobre las medidas de protección en la Ley 26.061.Una mirada desde otra perspectiva*, La Ley, 2008-B publicado el 30 de abril de 2008.

La participación en juicio fue excepcionalmente conferida, en la medida que se mantenía presente la idea de tutela y representación de los padres. Después, con el surgimiento de los derechos del niño, el concepto de participación fue polisémico y derivó en contraposiciones ideológicas que tuvieron la necesidad de separar al menor de edad en dos categorías: niños y adolescentes.

La Corte Suprema Nacional sostenía […]

> Si el principal propósito de la reforma legislativa instituida por la ley 23.264 fue proveer a una mayor y más sincera protección de los hijos, estas circunstancias deben ser exhaustivamente ponderadas, ya que en ese contexto no es posible tratar igualitariamente la situación del niño a la del adolescente, en el que cabe presumir que se han cimentado vínculos de relación afectivos y sociales, además de hábitos deportivos, culturales y hasta de esparcimiento, en el medio en que se ha desenvuelto desde su temprana infancia[400].

Los sociólogos de la conducta consideran que la participación principal de niños, niñas y adolescentes implica que puedan expresar libremente opiniones, pensamientos, sentimientos y necesidades, y que estos puntos de vista deben ser tenidos en cuenta para influir en las decisiones.

Es una transformación del vínculo parental que lo aísla de las decisiones familiares para cobrar autonomía y protagonismo. Observemos, por ejemplo, el significado de sostener (art. 26 CCyC) que el adolescente *tiene aptitud para decidir por sí respecto de aquellos tratamientos que no resultan invasivos, ni comprometen el estado de salud o provocan un riesgo grave en su vida o integridad física.* ¿Cuán amplia es esta competencia?

Seguramente en la dimensión de los actos este protagonismo significa también asumir responsabilidades. Se trata de aportar y construir conjuntamente en la composición de la vida, y es en este sentido que la autonomía se considera como punto de unión, de encuentro, no compatible con ninguna forma de separación o dispersión. Implica interacción e interrelación con su entorno, con los demás. No es un yo protagonista, es un nosotros; el protagonismo, para ser tal, tiene que ser fecundo en el desarrollo del protagonismo de los otros[401].

Sin embargo, éstas son decisiones comprometidas con un destino propio, pero con efectos secundarios que podrían llevar a cuestiones judiciales. ¿Qué sucedería si un adolescente resuelve tatuar su cuerpo sin el consentimiento de los padres? ¿Es un tratamiento invasivo? Si lo es, necesitará el consentimiento de los progenitores; y en caso de divergencia, el eventual perjuicio requerirá la opinión médica respecto de las consecuencias de haber realizado dicho acto (art. 26 penúltimo párrafo, CCyC).

> Un excelente trabajo de interpretación explica con ejemplos este dilema de comprensión. En el tratamiento legal de las prácticas de tatuajes y colocación de piercings, sucede el conflicto de resoluciones individuales con el marco legal dispuesto. La ley 7635 de San Juan del 2005 regula en su art. 4: "La práctica de tatuajes sobre la piel y la colocación de piercing no podrá efectuarse en menores de dieciocho (18) años de edad, sin la autorización previa de los padres y/o tutores". Aquí se habla en plural de "padres" por lo cual se necesitaría el consentimiento de ambos. ¿Esta normativa está a tono con lo dispuesto en el CCyC? La respuesta a estos interrogantes no debe perder de vista las normativas

---

[400] CS, 13 de mayo de 1988, "*Echeverría de Villalba Díaz, María del Carmen c/ Villalba Díaz, Jorge Luis s/ div. 67 bis. incidente de autorización*", Fallos, 311:762.

[401] Save the Children, 2006

> internacionales que guiaron al CCyC. Adviértase que el art. 26 se refiere al "cuidado del propio cuerpo" y a la par, el equilibrio es la idea central que domina la Convención desde que tan contrario al ansiado "interés superior del niño" es restringir el ejercicio de ciertos derechos cuando los niños o jóvenes están en condiciones de hacerlo, como permitirlos cuando todavía no lo están. Sobre las bases de estas normas, principios y consideraciones se ha elaborado un cuadro sinóptico al que remitimos ([402]).

La capacidad como regla que venimos comentando otorga aptitud para obrar al adolescente y agrega en el artículo 677 del Código Civil y Comercial que el hijo mayor de trece (13) años cuenta con suficiente autonomía para intervenir en un proceso conjuntamente con los progenitores, o de manera autónoma con asistencia letrada.

En la norma siguiente el planteo previo se va aclarando […]

> *Artículo 678 – Oposición al juicio*. Si uno o ambos progenitores se oponen a que el hijo adolescente inicie una acción civil contra un tercero, el juez puede autorizarlo a intervenir en el proceso con la debida asistencia letrada, previa audiencia del oponente y del Ministerio Público.
>
> *Artículo 679 – Juicio contra los progenitores*. El hijo menor de edad puede reclamar a sus progenitores por sus propios intereses sin autorización judicial, si cuenta con la edad y grado de madurez suficiente y asistencia letrada.

De los preceptos[403] aparece el primer conflicto de aplicación. El artículo 678 implícitamente afirma la posibilidad de que el adolescente pueda promover una acción civil; derecho que en la norma siguiente extiende al menor de edad si acredita madurez suficiente. En ambos casos la autonomía progresiva reconocida implica que quien la ejerce pueda designar el letrado patrocinante y participar del proceso independiente de la voluntad de sus padres.

> La Cámara Civil, bajo el régimen de la ley del niño afirma que al estar incorporados los conceptos de autonomía y capacidad progresiva de los niños adolescentes, se apunta no a la capacidad de derecho sino a una de ejercicio. Tanto las disposiciones de la Convención Internacional sobre los derechos de los niños como la Ley 26.061 incorporan expresiones que se refieren a un sistema progresivo de autonomía sin sujeción específica a la edad cronológica en función del grado de madurez intelectual y psicológica de los menores. La capacidad y discernimiento de los menores establecida en función de la edad (arts. 54, 55 y 921 del Código Civil) han sido complementados por un criterio de capacidad y discernimientos reales, es decir, que en cada caso el juez de familia debe evaluarlas en atención a su capacidad progresiva, para establecer si cuentan con suficiente madurez para llevar a cabo por sí determinadas actuaciones, pues aunque el menor no llegue a los catorce (14) años, puede ser autorizado por el magistrado a llevar a cabo personalmente un acto y considerarlo eficaz. Es decir que las normas del Código Civil sobre capacidad de los

---

[402] Kemelmajer de Carlucci, Aída – Herrera, Marisa – Lamm, Eleonora – Fernández, Silvia E. , *El principio de autonomía progresiva en el Código Civil y Comercial. Algunas reglas para su aplicación*. www.nuevocodigocivil.com

[403] No son solamente las normas enunciadas las que permiten independizar de los padres la actuación procesal […] El art. 109: *Tutela especial*. Corresponde la designación judicial de tutores especiales en los siguientes casos: *a)* cuando existe conflcto de intereses entre los representados y sus representantes; si el representado es un adolescente puede actuar por sí, con asistencia letrada, en cuyo caso el juez puede decidir que no es necesaria la designación del tutor especial […]. Art. 661: *Legitimación*. El progenitor que falte a la prestación de alimentos puede ser demandado por: *a)* el otro progenitor en representación del hijo; *b)* el hijo con grado de madurez suficiente con asistencia letrada; c) subsidiariamente, cualquiera de los parientes o el Ministerio Público.

> menores son sólo pautas orientadoras sujetas a consideración de los jueces, armonizadas con las reglas posteriores y de superior jerarquía[404].

En la práctica sucedería que el menor de edad que insinuara por cualquier medio la intención de demandar, debería sumar a los presupuestos procesales tradicionales los que corresponden a demostrar: *a)* la capacidad de razonar y comprender los motivos que lo llevan a juicio; *b)* el conflicto con los progenitores, y *c)* la representación letrada.

Ante ello el juez afronta un aprieto importante. Los presupuestos de entrada al proceso sostienen que los menores de edad comparecen con la representación de los padres; pero cuando se trata de cuestiones vinculadas con el cuerpo y la salud, la voluntad libremente expresada por el niño y con discernimiento suficiente encuentra una aptitud diferente que tiene respaldo específico en legislaciones especiales como la Ley Nº 26.529 (Derechos del Paciente en su relación con los Profesionales e Instituciones de Salud, reglamentada por decreto 1089/2012),

Si el menor tiene más de dieciséis (16) años, es tratado como adulto, y en tal caso, el problema de legitimación confronta con el presupuesto que exige mayoría de edad para ser parte en sentido procesal.

Ahora bien, para poder solucionar el trance es recomendable actuar con las reglas de interpretación que tiene el control de convencionalidad y de constitucionalidad, donde lo primero será verificar qué regulan los tratados y convenciones internacionales específicos, después analizar la inteligencia aplicada en ellos por la jurisprudencia de la Corte IDH; continuar con los fallos de los superiores tribunales nacionales, y armonizar con suficiente margen de apreciación, el resultado efectivo que conduce este procedimiento en orden a fomentar la protección efectiva de los derechos del menor.

> La doctrina que estudió un problema semejante, dijo que no era acertado concluir una pretendida capacidad procesal a favor del adolescente por oposición al niño en atención a la redacción de las normas. El sentido de la ley es garantizar el derecho de acceso a la jurisdicción tanto al niño como al adolescente no obstante la incapacidad procesal de ambos. Se dice que el adolescente puede acudir directamente al juez sin necesidad de representante legal y que solo precisa la asistencia técnica (a lo que cabria preguntarse si el juez podría ignorar la petición que un niño haga por sí solo porque la ley alude al acceso directo del adolescente y no del niño). En nuestro criterio el juez debe oír al niño y al adolescente sin distinciones, pues ambos pueden dirigir peticiones o defender sus derechos "por sí mismos" y se reconoce a ambos el "ejercicio personal y directo" de tales derechos, por lo que no es consecuente pretender limitar el ejercicio directo de acceso de la justicia exclusivamente al adolescente. De allí que resulte inoficioso distinguir entre niño y adolescente, a los fines del ejercicio del derecho de acceso a la justicia, y pretender que el niño precisa de representación legal para ejercer una petición ante el juez, en tanto que el adolescente la puede hacer directamente; ambos pueden hacerlo por sí solo y de seguidas en ambos casos se ha de proceder a subsanar la incapacidad procesal, a los fines de la continuación del proceso, lo que supone la búsqueda de su o sus representantes legales o, en su defecto, un curador ad hoc, amen de la asistencia legal pertinente. 0 es que por ejemplo: ¿Cabe pensar que un adolescente no emancipado podría tramitar por si solo un juicio de reivindicación o de cumplimiento de contrato de un bien de su propiedad al margen de su representante legal que a la vez es el administrador de sus bienes? Según indicamos, ello no solo seria absurdo sino contrario a los intereses del menor. En fin, en esta materia no cabe asimilar el acceso a la justicia, aunque sea directo, con la capacidad procesal. No: el juez debe considerar inclusive la petición directa del niño porque el

[404] CNCiv., Sala B, 19 de marzo de 2009, "*K., M. y otro c/ K., M. D. s/autorización"*, La Ley Online.

> sentido de la ley es tomarlo en cuenta, en su acceso a la jurisdicción, al margen de formalismos y de su incapacidad de obrar [405].

5. Legitimación procesal y derecho a ser oído

Con este programa se puede visualizar un camino para comprender si el menor de edad tiene o no legitimación procesal.

El artículo 19 de la Convención Americana impone a los Estados la obligación de adoptar "medidas de protección" para los niños. Este concepto no se refiere únicamente a disposiciones judiciales, sino a todo un sistema de fomento y tutela para el desarrollo y progreso de los derechos de niños y adolescentes.

El territorio a cubrir excede el campo estricto de los derechos civiles y políticos. Las acciones que el Estado debe emprender, particularmente a la luz de las normas de la Convención sobre los Derechos del Niño, abarcan aspectos económicos, sociales y culturales que forman parte principalmente del derecho a la vida y del derecho a la integridad personal de niños.

La prevalencia del interés superior a proteger debe ser entendida como la necesidad de satisfacción de todos los derechos de la infancia y la adolescencia, que obliga al Estado e irradia efectos en la interpretación de todos los demás derechos de la Convención cuando el caso se refiera a menores de edad. Asimismo, el Estado debe prestar especial atención a las necesidades y los derechos de las presuntas víctimas en consideración a su condición de niñas, como mujeres que pertenecen a un grupo en una situación vulnerable[406].

> En el caso "*Rosendo Cantú vs. México*" se ofrece una guía de las medidas especiales que debieron prestarse: i) suministrar la información e implementar los procedimientos adecuados adaptándolos a sus necesidades particulares, garantizando que cuenten con asistencia letrada y de otra índole en todo momento, de acuerdo con sus necesidades; ii) asegurar especialmente en casos en los cuales niños o niñas hayan sido víctimas de delitos como abusos sexuales u otras formas de maltrato, su derecho a ser escuchados se ejerza garantizando su plena protección, vigilando que el personal esté capacitado para atenderlos y que las salas de entrevistas representen un entorno seguro y no intimidatorio, hostil, insensible o inadecuado, y iii) procurar que los niños y niñas no sean interrogados en más ocasiones que las necesarias para evitar, en la medida de lo posible, la revictimización o un impacto traumático en el niño[407].

La opinión advertida no es tratar al menor como un sujeto con cargas, deberes y obligaciones, como supone la condición de parte en un proceso. La tendencia es acentuar la obligación a cargo del Estado de respetar y asegurar los derechos reconocidos a los niños en otros instrumentos internacionales aplicables.

---

[405] Domínguez Guillén, María Candelaria, *Más sobre Ia capacidad procesal del menor (a propósito del Articulo 451 de Ia Ley Orgánica para la Protecci6n de Niños, Niñas y Adolescentes*), en Nuevos Estudios de Derecho Procesal. Homenaje a José Andrés Fuenmayor. Colección Libros Homenajes Nº 8. Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, Fernando Parra Aranguren, Editor, 2002; Tomo I, ps. 427/464.

[406] Corte IDH. Caso *González y otras ("Campo Algodonero") vs. México*. *Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*.Sentencia de 16 de noviembre de 2009.

[407] Corte IDH. Caso *Rosendo Cantú y otra vs. México*. *Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 31 de agosto de 2010.

Resulta relevante hacer referencia a los artículos 12 y 22 de la Convención sobre los Derechos del Niño, los cuales reconocen, respectivamente, el derecho de los niños de gozar de la oportunidad de ser escuchados en todo procedimiento judicial o administrativo que los afecte, y su derecho a que los Estados logren que el niño que intente obtener el estatuto de refugiado, o que sea considerado refugiado de conformidad con el derecho y los procedimientos internacionales o internos aplicables, reciba la protección y asistencia necesaria para salvaguardar sus derechos[408].

En definitiva se trata de convencionalizar en el derecho interno los cuatro (4) principios rectores de la Convención sobre los Derechos del Niño: *a)* el principio de no discriminación; *b)* el principio del interés superior de la niña o del niño; *c)* el principio de respeto al derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo, y *d)* el principio de respeto a la opinión de la niña o del niño en todo procedimiento que lo afecte, de modo que se garantice su participación.

5.1 Opinión de la Corte IDH

En la Opinión Consultiva 17/2002, se aclara que la mayoría de edad conlleva la posibilidad de ejercicio pleno de los derechos, también conocida como capacidad de actuar. Esto significa que la persona puede ejercitar en forma personal y directa sus derechos subjetivos, así como asumir plenamente obligaciones jurídicas y realizar otros actos de naturaleza personal o patrimonial.

Pero cuidado, no todos poseen capacidad: carecen de ésta, en gran medida, los niños. Los incapaces se hallan sujetos a la autoridad parental, o en su defecto, a la tutela o representación. Pero todos son sujetos de derechos, titulares de derechos inalienables e inherentes a la persona humana.

En suma, tomando en cuenta la normativa internacional y el criterio sustentado por la Corte IDH en otros casos, se entiende por "niño" a toda persona que no ha cumplido dieciocho (18) años de edad[409].

> Cuando haya dudas sobre la edad, el Estado, a través de sus autoridades competentes en la materia, debe realizar de oficio las acciones pertinentes para acreditar fehaciente la minoría de edad, a través de una evaluación con criterios científicos, teniendo en cuenta la apariencia física (características somáticas y morfológicas) y la madurez psicológica, realizada de forma segura, respetuosa y con consideraciones de género e impactos

---

[408] Corte IDH. *Caso Familia Pacheco Tineo vs. Bolivia*. *Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 25 de noviembre de 2013. En el mismo sentido Caso *Bulacio vs. Argentina*. *(Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 18 de setiembre de 2003, párr. 133; Caso *Molina Theissen vs. Guatemala*. *Reparaciones y Costas*. Sentencia 3 de julio de 2004), párr. 67; Caso de *la "Masacre de Mapiripán" vs. Colombia*. Sentencia de 15 de setiembre de 200525, parr. 152; Caso de *las Masacres de Ituango vs. Colombia*. Sentencia de 1 de julio de 2006, párr. 244; Caso *Servellón García y otros vs. Honduras*. Sentencia de 21 de setiembre de 2006, párr. 113; Caso *Familia Barrios vs. Venezuela*. Sentencia de 24 de noviembre de 2011, parr. 55; Caso *Fornerón e hija vs. Argentina*. *Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 27 de abril de 2012, párr. 45; Caso *Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador*. *Fondo, Reparaciones y Costas,* Sentencia de 25 de octubre de 2012 párr. 150; Caso *Mendoza y otros vs. Argentina*. *Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones*. Sentencia de 14 de mayo de 2013, párr. 141; Caso *Familia Pacheco Tineo vs. Bolivia*. *Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 25 de noviembre de 2013, párr. 217.

[409] Cfr. Caso *Bulacio vs. Argentina*. *Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 18 de setiembre de 2003, párr. 133.

> diferenciados. En caso que no sea posible llegar a una determinación certera de la edad, se debe otorgar "al individuo el beneficio de la duda, de manera que, en la hipótesis de que se trate de un menor, se le trate como tal"[410].

El efecto procesal se advierte en las diferencias que se admiten entre participar y ser parte, pues el presupuesto que impone ésta condición, limita el obrar tuitivo que la Convención y la ley confiere, sin perjuicio de poner en contradicción la finalidad prevista con los principios del procedimiento.

Por otra parte, la Corte IDH reitera que los niños y las niñas ejercen sus derechos de manera progresiva a medida que desarrollan un mayor nivel de autonomía personal. En consecuencia, el aplicador del derecho, sea en el ámbito administrativo o en el judicial, deberá tomar en consideración las condiciones específicas del menor de edad y su interés superior para acordar la participación de éste, según corresponda, en la determinación de sus derechos. En esta ponderación se procurará el mayor acceso del menor de edad, en la medida de lo posible, al examen de su propio caso.

Asimismo, la información que se debe prestar al niño significa ser claros en el mensaje para que pueda comprender que podrá intervenir en el proceso por sí o con representantes. Y si tuviera conflictos de intereses con sus progenitores, o los hubiera entre la madre y el padre, es necesario que el Estado garantice, en lo posible, que los intereses del menor de edad sean representados por alguien ajeno a dicho trance.

> Ahora bien, la Corte IDH considera que es preciso evaluar no sólo el requerimiento de medidas especiales en los términos expuestos anteriormente, sino también ponderar factores personales, como por ejemplo el hecho de pertenecer a un grupo étnico minoritario, ser una persona con discapacidad o vivir con el VIH/SIDA, así como las características particulares de la situación en la que se halla la niña o el niño, tales como ser víctima de trata, encontrarse separado o no acompañado, para determinar la necesidad de medidas positivas adicionales y específicas. Por consiguiente, en aplicación del principio del efecto útil y de las necesidades de protección en casos de personas y grupos en situación de vulnerabilidad, el tribunal también pondrá especial énfasis en aquellas condiciones y circunstancias en que las niñas y los niños en el contexto de la migración pueden encontrarse en una situación de vulnerabilidad adicional que conlleve un riesgo agravado de vulneración de sus derechos, a fin de que los Estados adopten medidas para prevenir y revertir este tipo de situaciones en forma prioritaria así como para asegurar que todas las niñas y los niños, sin excepciones, puedan gozar y ejercer plenamente sus derechos en condiciones de igualdad[411].

Todo conduce a separar la actuación del menor expresada con actos positivos que se incorporan al proceso como información calificada, de carácter autónomo –no probatorio–, de aquella que persiga constituirlo en parte con las consecuencias que ello contrae.

Nuevamente la Opinión Consultiva 17/2002 verifica que la intervención del menor en el proceso se instala en el terreno del acceso a la justicia para contribuir con opinión propia a la justa y efectiva satisfacción de los intereses superiores que se encuentran en juego.

> Esto significa que el juez debe informar la actividad de todas las personas que intervienen en el proceso, quienes han de ejercer sus respectivas encomiendas tomando en

---

[410] Comité de Derechos del Niño. Observación General Nº 6.

[411] Corte IDH. Caso *Veliz Franco y otros vs. Guatemala*. *Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 19 de mayo de 2014.

> consideración tanto la naturaleza misma de éstas, en general, como el interés superior del niño ante la familia, la sociedad y el propio Estado, en particular. No basta con disponer protecciones y garantías judiciales si los operadores del proceso carecen de capacitación suficiente sobre lo que supone el interés superior del niño y, consecuentemente, sobre la protección efectiva de sus derechos[412].

Conviene insistir, entonces que si bien los niños cuentan con los mismos derechos que los adultos durante los procesos, la forma en que ejercen tales derechos varía en función de su nivel de desarrollo. Por lo tanto, es indispensable reconocer y respetar las diferencias de trato que corresponden a desiguales situaciones entre quienes participan en un proceso. Lo anterior corresponde al principio de trato diferenciado que, aplicado en el ámbito penal, implica que distinguir entre niños y adultos, tanto por lo que respecta a "su desarrollo físico y psicológico, como por sus necesidades emocionales y educativas", supone desarrollar un sistema separado de justicia penal juvenil[413].

De todos modos, es un derecho a ser oído sin convertirlo en parte. En todo caso, la participación activa depende de comprobar si el niño está en condiciones de formarse un juicio propio de manera razonable e independiente, que signifique para el encargado de adoptar decisiones sobre sus intereses, una opinión trascendente por el sujeto de que proviene.

5.2 Ley 26.061

La Ley N° 26.061 fue el primer reglamento nacional que se ocupó de asignar el *derecho a opinar y a ser oído* (art. 24). Las niñas, niños y adolescentes obtuvieron el derecho a participar y expresar libremente su opinión en los asuntos que les conciernan y en aquellos que tengan interés; y esencialmente, para que sus opiniones sean tenidas en cuenta conforme a su madurez y desarrollo.

Sin embargo, la última parte de la norma no extiende de manera expresa este derecho al ámbito judicial, lo que no quiere decir que esté suprimido desde que se podría colegir de las obligaciones del Estado.

> *Este derecho se extiende a todos los ámbitos en que se desenvuelven las niñas, niños y adolescentes; entre ellos, al ámbito estatal, familiar, comunitario, social, escolar, científico, cultural, deportivo y recreativo.*

En efecto, se desprende del artículo 27 cuáles son las garantías mínimas de procedimiento, reiterando el derecho a ser oído y a tener una opinión influyente conforme la madurez que se verifique, sin perjuicio de ser asistido por un letrado preferentemente especializado en niñez y adolescencia desde el inicio del procedimiento judicial o administrativo que lo incluya. En caso de carecer de recursos económicos el Estado deberá asignarle de oficio un letrado que lo patrocine; participar activamente en todo el procedimiento y, recurrir ante el superior frente a cualquier decisión que lo afecte.

---

[412] Párrafo 79 de la OC – 17/2002.

[413] Corte IDH. Caso *Mendoza y otros vs. Argentina*. *Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones*. Sentencia de 14 de mayo de 2013.

De este modo la propuesta de entender a la participación activa como un derecho expreso del menor a la intervención opinada en temas que le conciernen, resguarda la injerencia con la representación letrada por cuyo intermedio obtendrá asesoramiento idóneo y canalizará el derecho a recurrir cualquier sentencia que afecte sus derechos.

No cambia el Código Civil y Comercial esta dinámica, la que en todo caso tiene variaciones en el capítulo de "representación" como se verá más adelante. Es decir, el menor sigue teniendo posibilidad de actuar junto a sus progenitores pero con opinión personal; e inclusive, podrá acreditar asistencia letrada individual distinta a la que tengan sus padres, más allá de la realidad práctica como esto se pueda llevar a cabo.

Las incógnitas surgen de expresiones que entendemos no casuales del sistema creado. Por ejemplo, cuando uno o ambos progenitores se oponen a que el hijo adolescente inicie una acción civil contra un tercero, significa que el individuo que tiene entre trece (13) y dieciséis (16) años y cuente con madurez suficiente; así como el que ostenta más de dieciséis (16) años que es tratado como adulto (arts. 678, 679 y 680, CCyC), tienen legitimación procesal propia, tema del que nos ocupamos de inmediato.

Más allá, entonces, de este planteo novedoso y de alguna forma enfrentado al que tienen los códigos procesales para reconocer desde la mayoría de edad la capacidad procesal de postulación, lo cierto es que existe para los menores sin diferenciar tiempos cronológicos, el derecho a tener un procedimiento especializado.

En la Opinión Consultiva Opinión Consultiva 17/02 (Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño) se afirma como evidente que las condiciones en las que participa un niño en un proceso no son las mismas en que lo hace un adulto. Si se sostuviera otra cosa se desconocería la realidad y se omitiría la adopción de medidas especiales para la protección de los niños, con grave perjuicio para estos mismos. Por lo tanto, es indispensable reconocer y respetar las diferencias de trato que corresponden a diferencias de situación, entre quienes participan en un procedimiento.

La Corte IDH sostiene algunas precisiones con respecto a esta cuestión […]

> A la luz de las normas internacionales pertinentes en la materia, la referida jurisdicción especial para niños en conflicto con la ley en el Paraguay, así como sus leyes y procedimientos correspondientes, deben caracterizarse, *inter alia*, por los siguientes elementos: 1°) en primer lugar, la posibilidad de adoptar medidas para tratar a esos niños sin recurrir a procedimientos judiciales; 2°) en el caso de que un proceso judicial sea necesario, este Tribunal dispondrá de diversas medidas, tales como asesoramiento psicológico para el niño durante el procedimiento, control respecto de la manera de tomar el testimonio del niño y regulación de la publicidad del proceso; 3°) dispondrá también de un margen suficiente para el ejercicio de facultades discrecionales en las diferentes etapas de los juicios y en las distintas fases de la administración de justicia de niños; y 4°) los que ejerzan dichas facultades deberán estar especialmente preparados y capacitados en los derechos humanos del niño y la psicología infantil para evitar cualquier abuso de la discrecionalidad y para asegurar que las medidas ordenadas en cada caso sean idóneas y proporcionales ([414]).

En definitiva, si bien los derechos procesales y sus correlativas garantías son aplicables a todas las personas, en el caso de los niños el ejercicio de aquéllos supone, por las condiciones especiales en las que se encuentran los niños, la adopción de ciertas

---

[414] *Caso "Instituto de Reeducación del Menor" vs. Paraguay*. *Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 2 de setiembre de 2004, párr. 211.

medidas específicas con el propósito de que gocen efectivamente de dichos derechos y garantías.

No son medidas que alteren los presupuestos procesales de admisión y pertinencia, sino lecturas flexibles de principios como el dispositivo, de congruencia, de carga probatoria, economía procesal, preclusión y cosa juzgada, sin perjuicio de otros que podrían aplicarse en cada caso concreto.

5.3 Interpretación de la Corte IDH

En tal sentido, el artículo 5.5. de la Convención Americana señala que, *"cuando los menores puedan ser procesados, deben ser separados de los adultos y llevados ante tribunales especializados, con la mayor celeridad posible, para su tratamiento*". Por lo tanto, conforme al principio de especialización, se requiere el establecimiento de un sistema de justicia técnico singular en todas las fases del proceso y durante la ejecución de las medidas o sanciones que, eventualmente, se apliquen a los menores de edad que hayan cometido delitos y que, conforme a la legislación interna, sean imputables. Ello involucra tanto a la legislación o marco jurídico como a las instituciones y actores estatales especializados en justicia penal juvenil.

Sin embargo, también implica la aplicación de los derechos y principios jurídicos especiales que protegen los derechos de los niños imputados de un delito o ya condenados por el mismo.

> Por otro lado, la regla 5.1 de las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores (Reglas de Beijing) establece que "[e]l sistema de justicia de menores hará hincapié en el bienestar de éstos y garantizará que cualquier respuesta a los menores delincuentes será en todo momento proporcionada a las circunstancias del delincuente y del delito". Como ya se señaló […], una consecuencia evidente de la pertinencia de atender en forma diferenciada, especializada y proporcional las cuestiones referentes a los niños, y particularmente, las relacionadas con la conducta ilícita, es el establecimiento de órganos jurisdiccionales especializados para el conocimiento de conductas penalmente típicas atribuidas a aquéllos. Sobre esta importante materia se proyecta lo que antes se dijo a propósito de la edad requerida para que una persona sea considerada como niño conforme al criterio predominante en el plano internacional. Consecuentemente, los menores de 18 años a quienes se atribuya la comisión de conductas previstas como delictuosas por la ley penal, en caso de que no sea posible evitar la intervención judicial, deberán quedar sujetos, para los fines del conocimiento respectivo y la adopción de las medidas pertinentes, sólo a órganos jurisdiccionales específicos distintos de los correspondientes a los mayores de edad[415].

La especialidad significa atender situaciones especiales y contingencias puntuales, como el caso de *niños refugiados* cuyas protección se debe orientar con garantías procedimentales específicas y probatorias que permita llegar a decisiones justas, lo cual requiere de un desarrollo e integración de procedimientos apropiados y seguros para los niños y un ambiente que le genere confianza en todas las etapas del proceso de asilo. A la vez, y bajo este mismo principio, si el solicitante principal es

---

[415] *Caso Mendoza y otros vs. Argentina*. *Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones*. Sentencia de 14 de mayo de 2013, párr. 147.

excluido de la condición de refugiado, los familiares tienen el derecho de que sus propias solicitudes sean evaluadas de forma independiente[416].

[416] Caso *Familia Pacheco Tineo vs. Bolivia*. *Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 25 de noviembre de 2013, párr. 224.

SECCIÓN II

EL DERECHO A LA VERDAD

CAPÍTULO X
EL DEBIDO PROCESO EN LA ETAPA PROBATORIA

Sumario**:** 1. Introducción; 2. La verdad en el proceso: *2.1 Verdad real y verdad formal; 2.2 La prueba como fijación de los hechos; 2.3 La prueba como actividad destinada a la certidumbre judicial; 2.4 Síntesis de las tendencias*; 3. La verdad en el proceso, en realidad es la verdad de los hechos: *3.1 Historia breve de la verdad en la prueba; 3.2 La obligación de decir verdad sin texto que obligue; 3.3 Alcance del deber de veracidad; 3.4 Sujetos obligados a decir verdad*; 4. La obligación de lealtad y probidad no es regla del debido proceso; 5. El objeto de la prueba y los hechos: *5.1 Los hechos en la demanda; 5.2 Los tipos de hechos; 5.3 Los hechos y la prueba; 5.4 Los hechos y la prueba en los procesos por audiencias*; 6. La actividad probatoria y sus nuevas reglas*: 6.1 La carga probatoria; 6.2 Manifestaciones jurisprudenciales de la variación de la carga probatoria; 6.3 La carga de la prueba en la jurisprudencia de la Corte IDH*; 7. El derecho a probar como manifestación del debido proceso; 8. Los principios del debido proceso en la prueba; 9. Conclusiones.

1. Introducción

Si persistimos con la idea de ver consagrado el debido proceso en una serie precisa y continuada de garantías inquebrantables, la atención que se instala en este terreno asienta en el fin que se quiere obtener con la prueba, y en la actividad que deben tener quienes se encuentran litigando.

Desde tiempos inmemoriales se debate acerca de cuál es el objeto que tiene la producción probatoria: ¿buscar la verdad? ¿confirmar una versión? ¿determinar los hechos y aplicarle el derecho?, en fin, cada argumento tiene fundamentos muy sólidos que pueden quedar desvinculados del tema que aquí se propone.

En realidad, la necesidad de saber si la verdad es un fin para el proceso, resulta necesario e ineludible, porque la afirmación lleva a obligaciones consecuentes, tanto de las partes como del juez que interviene; mientras que relativizar dicha finalidad con explicaciones tangenciales, supone afincar el objeto en otra dimensión, más técnica o apegada a principios más formales, en los que la verdad se desplaza por la necesidad de resultados. Nos referimos, en concreto, a la posición de quienes interpretan que el proceso está para resolver controversias y si ello se consigue, no importa como se logra ni con que medios se alcanza.

En cambio, si la verdad es el objetivo de la actividad jurisdiccional, habrá que encontrar los que están obligados a conseguirla. Podrán ser únicamente las partes, quienes tienen el deber o la carga de afirmar (alegar) y probar los hechos expuestos; y en su caso, analizar si las circunstancias que se exponen están perentoriamente expuestas a ser reveladas con toda realidad, sea o no favorable, a quien las relata; o en su caso, verificar si se pueden denunciar únicamente los hechos que benefician una determinada posición jurídica.

Cuando se sostiene que los hechos deben ser expuestos con la verdad, no se quiere decir más de lo que ello significa. Ahora, si la versión que se entrega es completa

o sucinta, dependerá de la estrategia forense; pero como sea, se tendrá que resolver si la técnica dispuesta concilia con los principios de lealtad y buena fe en el proceso, porque algunos doctrinarios son proclives a sostener que se viola el debido proceso cuando los hechos no son presentados en toda su dimensión y autenticidad.

En cambio, si al proceso se lo convierte en una lucha entre pretensiones opuestas, donde las versiones se imponen a las verdades, el problema que se plantea deriva en dar un valor a la sentencia que justifica hechos que pueden no ser reales. En su caso, es la cuestión que otros han considerado como la necesidad de disculpar un tipo de "verdad jurídica", que se contrapone con la certeza propia del derecho.

Siendo así, o visto desde la dimensión emplazada sobre el debido proceso, la crisis de un planteo tal ocurre porque de sostener la verdad jurídica, como distinta de la verdad real, significa tanto como reconocer que los jueces no pueden alcanzar éste último objetivo. Por eso, la sentencia que se obtiene tras un procedimiento entre versiones solo justifica la falibilidad del sistema por no ser auténtico.

> Sostiene Ferrer Beltrán[417] que, si bien es cierto que la noción de verdad jurídica (o judicial o formal) se introduce en la teoría procesal como una respuesta al problema de la falibilidad del juez en el conocimiento de los hechos ocurridos, también lo es que la asunción posterior de la verdad jurídica como única finalidad de la determinación judicial de los hechos y, por otro lado, la tesis de la constitutividad de la decisión del juez en la determinación de la verdad judicial, convierte a esa decisión es incontrolable racionalmente.

Efectivamente, la prueba puede tener lecturas y enfoques diversos, pero cuando se relaciona con las reglas del debido proceso, el tiempo que nos interesa es el de la actividad, propiamente dicha. Desde ella tendremos que dar nuestra posición respecto a qué deberes y obligaciones existen para deducir la verdad o aplicar solamente el derecho; es obvio además, que los instrumentos (medios de prueba) tienen que evaluarse para saber si todos se podrán utilizar para resolver los objetivos, o si alguno de ellos puede quedar limitado o directamente prohibido cuando se viola una garantía esencial (v.gr.: el problema de las pruebas ilícitas).

Pero también, el último eslabón de la cadena probatoria, que finaliza en la valoración o apreciación de los medios y del esfuerzo de demostración, no puede quedar solapado, toda vez que depende de la regla o principio que se aplique, para iluminar el campo de probabilidades que lleva a los resultados. Esto es, que la verdad sea una realidad a probar; o que se use a la verdad como excusa o justificación de un convencimiento particular logrado tras la persuasión de las partes.

En síntesis, cuando se quieren explicar reglas del proceso debido, presentado en otros términos, como el proceso justo que en todo procedimiento se debiera tramitar, y se analiza en este contexto la prueba, habrá que estudiar:

a) ¿Qué tipo de verdad se quiere en el proceso?

b) ¿Tiene reglas para la fase probatoria el debido proceso?

c) ¿Qué actividad concreta la actividad? ¿es reconstructiva, confirmatoria de las versiones, fija los hechos alegados? ¿Qué obligaciones tienen las partes y el Juez de la causa?

---

[417] Ferrer Beltrán, Jordi, *Prueba y verdad en el derecho,* Marcial Pons, Madrid/Barcelona, 2002, p. 45.

d) La valoración de la prueba ¿tiene reglas y principios que se acomoden a las nuevas consignas del debido proceso?.

2. La verdad en el proceso

Dijo Genuzio Bentini: "*La verdad, la legítima, jamás es aquella que se conoce...Me he convencido de que la verdad no entra en la Sala del tribunal ni tampoco en pleito célebre alguno. Ella se ha quedado siempre en las escaleras o en la calle".*

La introducción que luce en el libro de Luigi Battistelli sobre "*La mentira ante los Tribunales*"[418], es elocuente y marca la desventura y desilusión de quien lo expresa; si bien es cierto que en la obra se explican las penurias psicológicas y circunstanciales que llevan a mentir como argumento exculpatorio, antes que desarrollar los hechos que las partes proponen en sus escritos postulatorios.

La cuestión de la verdad en el proceso tiene larga tradición en las tribunas de la polémica, que orientada únicamente en los límites del debido proceso, procura resolver si es ésta una finalidad o apenas un medio que intercede en la justificación de las sentencias judiciales.

Cuando se afirma lo primero, y se confronta el lugar y el material de trabajo, comienzan a mostrarse las dificultades para alcanzar el objetivo.

Las alegaciones son la única fuente para conocer los sucesos; no se pueden incorporar otros hechos que no sean los afirmados por las partes; tampoco se pueden llevar a demostración las cuestiones que no son objeto de prueba, como los acontecimientos reconocidos, admitidos, los que gozan de una presunción, o son notorios, etc. etc. Es decir, los hechos objeto de la prueba se relacionan solamente con las afirmaciones efectuadas en los escritos de demanda y contestación.

Por otra parte, si el demandado se allana al proceso, o el actor desiste del mismo, no hay nada que probar, y se dictará sentencia resolviendo el caso sin necesidad de saber qué pasó, ni porqué sucedió que se motivara la puesta en marcha del aparato jurisdiccional.

Además, la prueba tiene límites de espacio y de tiempo. La actividad principal se cumple y desarrolla en el expediente y ante los estrados del tribunal; y en un plazo breve y acotado por los principios de concentración y celeridad.

Con este material se tendrá que modelar una verdad, posiblemente relativa o difusa, la que ha llevado a la ciencia tradicional a dividir entre una verdad jurídica o formal y una verdad auténtica o real. La primera sería la que se obtiene y consigue para el proceso; la restante es la que luce en el mundo de los fenómenos reales.

> Dice Taruffo[419] que hay al menos dos tipos de razones por las que el concepto de verdad de los hechos en el proceso es altamente problemático y produce relevantes complicaciones e incertidumbres en el plano de la definición del papel de la prueba en el proceso. El primer tipo de razones hace referencia a la relación que se establece entre la idea de una verdad "judicial" o "procesal" especial, y la idea o las ideas que se tienen fuera del proceso.

---

[418] Battistelli, Luigi, *La mentira ante los Tribunales*, Temis, Bogotá, 1984 (versión castellana por Rolando Enrique Oviedo), p. 1.

[419] Taruffo, Michele, *La prueba de los hechos*, Trotta, Madrid, 2002, p. 122.

> Esencialmente se trata de saber si hay identidad o analogía entre estas concepciones de la verdad o bien si la verdad en el proceso es realmente particular o especial y, en tal caso, cuáles son las razones de ello y las formas en que aquélla es particular o especial. La cuestión se complica ulteriormente por el hecho de que no es fácil en absoluto establecer qué se entiende por "verdad judicial" y menos aún establecer qué se entiende por "verdad" *tout court.*

Con esta explicación se quedan quienes afirman que la verdad en el proceso no es lo importante, porque en definitiva, si la controversia supone una lucha entre pasiones encontradas, la función del juez será pacificar esos ánimos en diferencia, o bien, resolver el conflicto entre ambos aplicando el derecho sobre las declaraciones de los hechos.

En definitiva, la sentencia es la máxima expresión de la voluntad del Estado a través de sus magistrados, y el convencimiento sobre la justicia del caso trasciende la verdad encontrada.

> Sostiene Carnelutti[420], firme defensor de ésta teoría, que en cuanto a la posición de la situación de hecho, el juez en lugar de tener que ajustarse estrictamente a la realidad, ha de acomodarse a las "afirmaciones de las partes". La afirmación de un hecho es la posición de éste como presupuesto de la demanda dirigida al juez. Cuando el acto cuya realización se pida al juez presuponga la existencia de determinado hecho, la petición del propio acto implica la afirmación del mismo: afirmación, se entiende, de su existencia material […]. Se trata en definitiva, de una búsqueda de la verdad en el caso particular, bajo las reglas que el propio proceso le impone (prueba legal).

2.1 Verdad real y verdad formal

A veces, la diferencia trazada entre los tipos de verdades, se reforzó mostrando las realidades del proceso penal, donde era evidente la necesidad de encontrar la verdad sobre la ocurrencia de los hechos, porque el juez debía estar íntimamente convencido para condenar al procesado; mientras que el proceso civil se conformaba con una verdad más liviana, menos exigente, en la que bastaba persuadir sobre la fundamentación de los hechos y la certidumbre que de ellos surgía. Antes que una cuestión de verdades se trataba se solucionar con verosimilitudes.

> Calamandrei[421] fue un acérrimo sostenedor de esta idea según la cual se tiene por verdadero aquello que tiene apariencia de serlo, y que probablemente haya sucedido, mientras la actividad desenvuelta por las partes consigan demostrar tales hipótesis.

En la primera, la verdad sería una realidad a probar; en la otra, la verdad actuaba como simple convencimiento o persuasión. En uno, es un principio, en el otro, apenas un argumento.

La distinción no es útil en la doctrina actual del debido proceso, porque estas ambivalencias trabajan sobre la resignación y no sobre el "derecho a la verdad", que es la proyección más novedosa del derecho constitucional –o fundamental- a la prueba.

> La distinción entre verdad formal y verdad material –agrega Taruffo- es inaceptable por varias razones que la doctrina menos superficial ha puesto en evidencia desde hace tiempo. En especial, parece insostenible la idea de una verdad judicial que sea completamente distinta y autónoma de la verdad *tout court* por el solo hecho de que es determinada en el

---

[420] Carnelutti, Francesco, *La prueba civil*, Depalma, Buenos Aires, 1979, p. 67.

[421] Calamandrei, Piero, *Instituciones de Derecho Procesal*, Tomo I, Ejea, Buenos Aires, 1986, p. 220

> proceso y por medio de las pruebas; la existencia de reglas jurídicas y de límites de distinta naturaleza sirve, como máximo, para excluir la posibilidad de obtener verdades absolutas, pero no es suficiente para diferenciar totalmente la verdad que se establece en el proceso de aquella de la que se habla fuera del mismo. Por otra parte, precisamente la tendencia a reducir la regulación jurídica de la prueba y, en especial, a eliminarla respecto de la valoración que termina directamente con la determinación de los hechos, implica claramente la imposibilidad de individualizar una verdad procesal distinta e independiente de la verdad extraprocesal[422].

Por otra parte, el objetivo de encontrar la verdad difiere cuando se considera con relación al proceso donde se requiere; no tiene igual entidad ni significado buscarla en los procesos inquisitivos, respecto a los sociales o netamente privados. Por eso, la naturaleza del entuerto condiciona el fin probatorio.

> Sutil, pero muy precisa, es la distinción que propone Falcón[423], para quien la prueba debe definir sus objetivos de acuerdo con distintas consideraciones. Hay un *objetivo general* que persigue afianzar la justicia y tener a ésta como un valor absoluto. Aquí la verdad es una meta. Existen, también, *objetivos más abstractos*, que se pueden fraccionar en *realizables*, por ejemplo, sostener que el fin de la prueba es establecer un grado de convicción suficiente para juzgar; *operativos*, o solución específica que esperamos que la sentencia exprese sobre la base de las pruebas producidas. De este encuadre surge, conforme el autor, distintas fases en la búsqueda de la verdad: una puede suceder con la *verosimilitud*, propia de las medidas cautelares; sigue con la *certeza* que normalmente da lugar a la sentencia; y está la fase de la *evidencia* que aparece, claramente, para fundamentar soluciones sin necesidad de usar medios probatorios.

Desde otra perspectiva, la *verdad material* se puede reflejar como uno de los objetivos esenciales de cualquier proceso, porque la determinación de los hechos deben ser reales, al ser jurídicamente intolerable que se debata un proceso entre ficciones. Mientras que la *verdad formal* reducida a los hechos probados en la causa, sostiene una justificación de la sentencia que solamente se apoya en la convicción adquirida por la habilidad o la persuasión lograda con los medios y la actividad probatoria.

Para compulsar el valor de este dualismo de la verdad en la dimensión del debido proceso, cabe reflexionar que la ciencia jurídica como tal, es precisamente el conocimiento creado con la investigación. Un proceso recrea el aspecto cognoscitivo de la ciencia, por eso, la verdad no puede resultar un sofisma, y menos aun convalidar que sea un esfuerzo estéril.

> El proceso tiene que encontrar la verdad, no "su verdad", simplemente porque la actividad probatoria no consagra supersticiones, ni bendice ideologías. Como todo trabajo intelectual persigue la exactitud, en eso difiere de las artes, en razón que a éstas no les importa la fidelidad con la realidad[424].

Con tal vara de medición, podemos razonar una primera lectura, acompañados de la guía jurisprudencial de nuestra Corte Suprema de Justicia: *El proceso civil no puede ser conducido en términos estrictamente formales, pues no se trata de cumplir*

---

[422] Taruffo, *La prueba de los hechos*, cit., p. 130.

[423] Falcón, Enrique Manuel, *Tratado de la prueba*, Tomo I, Astrea, Buenos Aires, 2003, p. 97.

[424] Rodríguez, Gustavo Humberto – Rodríguez, María Carolina, *Derecho probatorio*, Ciencia y Derecho, Bogotá, 1997 (7ª edición), p. 23.

ritos caprichosos, sino desarrollos de procedimientos destinados al esclarecimiento de la verdad que es su norte[425].

2.2 La prueba como fijación de los hechos

El volumen de la verdad es demasiado grande para ubicarlo entre los objetivos de un litigio, tradicionalmente centrado a una lucha entre pretensiones, egoísta en sus exposiciones, acotado en sus posibilidades, y demasiado volátil a sostener la realidad sin que cada parte quiera darle un color preferente.

Además, como la verdad no puede ser un "objeto" al ser antes que ello, una "cualidad", los hechos que se afirman, y las negaciones que se proponen, trabajan justamente en esa dimensión de lo versátil.

Cuando se afirma que la verdad no es posible se justifica diciendo que al juez se le proporcionan *juicios verdaderos*, esto es, que concuerden con la realidad.

Ese conocimiento de la realidad es lo que Carnelutti define como "fijación de los hechos".

> En el lenguaje común –dice Carnelutti-, *prueba* se usa como *comprobación de la verdad de una proposición*; solo se habla de prueba a propósito de alguna cosa que ha sido afirmada y cuya exactitud se trata de comprobar; no pertenece a la prueba el procedimiento mediante el cual se descubre una verdad no afirmada sino, por el contrario, aquel mediante el cual se demuestra o se halla una verdad afirmada [...] En rigor, pues, la *prueba* debe diferenciarse del *procedimiento empleado* para la verificación de la proposición (afirmada) [...] En este sentido, justo es reconocer que el objeto de la prueba no son los hechos sino las afirmaciones, las cuales no se conocen pero se comprueban, mientras que aquellos no se comprueban, sino que se conocen...Por eso, hay una obligación primera para el Juez: la *obligación de no poner en la sentencia hechos discutidos que no hayan sido fijados mediante alguno de los procesos queridos por la ley*[426].

Con esta tendencia se concreta la idea de una sola versión para la verdad. Carnelutti elimina el mito de la verdad formal, para centrarla en los hechos que con la prueba se determinan. No se refiere al tipo de circunstancias que deben probarse, ni a la apreciación que sobre ellas se ha de realizar, porque estas cuestiones dependen del sistema legal imperante. Con esta regla, el objeto de la prueba persigue la seguridad de encontrar en los relatos y afirmaciones una verdad única que permita llegar a la sentencia componiendo la litis con justicia y razón.

Es evidente que la línea doctrinaria apunta a confirmar que el "juez debe fallar según lo alegado y probado por las partes", y conforme a ello, a la prueba no le interesa demostrar la verdad de los hechos controvertidos sino "determinar o fijar formalmente los hechos mediante determinados procedimientos".

Localizada esta función en la dinámica del debido proceso, surge rápidamente una conclusión irritante. La fijación de los hechos supondría tanto como afirmar que la verdad del proceso sería aquella que el Juez establece y que luego constituye con la sentencia.

---

[425] CS, 18 de setiembre de 1957, "Colalillo, Domingo c. España y Río de la Plata Cía. de Seguros", Fallos, 238:550.

[426] Carnelutti, *La prueba civil*, cit., p. 72.

> Con agudeza había observado Sentís Melendo[427] que la denominada *prueba legal* puede ser una institución distinta, pero nunca afirmar que sea ella *probatoria* propiamente dicho. Si el juez ha de dar a un elemento del proceso, aunque aparezca como probatorio, un valor fijo, determinado, indiscutible, estaremos ante un fenómeno de construcción de la sentencia, de elaboración de la premisa menor del silogismo, pero no estaremos ante un fenómeno probatorio; podrá ser un *sucedáneo de prueba*, pero jamás una prueba; y si el juez puede contemplar los elementos probatorios sin sujeción a ninguna regla de lógica, entonces tampoco estaremos ante un fenómeno de valoración, sino de prescindencia de ella.

De manera que la diferencia entre los sistemas de adquisición probatoria pueden cambiar las reglas para la determinación de los hechos, alterando inmediatamente el curso racional de la verdad que se pretende encontrar. La prueba sería el medio para verificar una verdad transformada por la propia inestabilidad de las reglas jurídicas.

> En la actualidad, y a pesar de las críticas que Carnelutti recibió, son muchos los autores que basan el objeto de la prueba en la determinación de los hechos. Una de las obras de Montero Aroca[428]afirma que la actividad probatoria no es investigadora, sino verificadora de las afirmaciones de hecho de las partes, confiándose a éstas la determinación de los elementos que deben utilizarse dentro de los previstos legalmente. Esa determinación es una carga, pero también es un derecho de las partes. La posición se integra al sostener que, la prueba como actividad procesal, tiende a alcanzar la certeza del juzgador respecto de los datos aportados por las partes, certeza que en unos casos se derivará del convencimiento razonado del mismo juez y en otros de las normas legales que fijarán los hechos.

2.3 La prueba como actividad destinada a la certidumbre judicial

Esta teoría no se detiene en saber si la verdad es o no un fin del proceso, porque se preocupa más en resolver la seguridad en el tramo final de la actividad probatoria. Se habla aquí de la importancia de "convencer probando", o de persuadir sobre la verdad de las afirmaciones (*confirmación*, en sentido lato). La finalidad de las partes sería, únicamente, lograr la convicción del juez.

> Jaime Guasp[429], inspirador –entre otros- de este tendencia, sostiene que la consideración de la prueba como aquel conjunto de operaciones que tratan de obtener la convicción psicológica del juzgador respecto a un dato procesal determinado, no solamente proporciona una primera idea general sobre el concepto de prueba, sino que permite que nos adentremos con paso relativamente firme en el problema de la naturaleza jurídica de esta institución.
>
> Furno[430], criticando a Carnelutti, había dicho que si el Estado no tiene interés en que se planteen los juicios, y menos aun que la pacificación del conflicto se consiga a través del proceso, porque el interés superior está en que la desavenencia se elimine de modo y conforme al derecho, el Estado (y por el Estado, sus órganos), cuando la controversia se lleve ante la autoridad judicial, no tiene por qué conocer de la situación preprocesal de hecho sino en la parte que sea indispensable y suficiente para los fines de la decisión definitiva de fondo. Entra, pues, en juego un criterio elemental de economía, de aplicación universal: el principio del mínimo medio. Ahora bien, en la economía procesal, el medio

---

[427] Sentís Melendo, Santiago, *La prueba. Los grandes temas del derecho probatorio*, Ejea, Buenos Aires, 1990, ps. 28 y ss.

[428] Montero Aroca, Juan, *La prueba en el proceso civil*, Cívitas, Madrid, 1996, p. 73.

[429] Guasp, Jaime, *Estudios jurídicos*, edición al cuidado de Pedro Aragoneses, Cívitas, Madrid, 1996, p. 321.

[430] Furno, Carlo, *Teoría de la prueba legal*, traducción de Sergio González Collado, Obregón y Heredia, México, 1983, p. 65.

> está representado por la certidumbre histórica. El juez necesita solamente la *cantidad suficiente* de certidumbre histórica que le permita descubrir la voluntad legal concreta aplicable al caso litigioso. Este concepto puede expresarse sintéticamente con la fórmula: *verdad suficiente.*

La doctrina se puede dividir en dos direcciones: un camino indica que al juez se lo debe persuadir para que se convenza con la prueba arrimada; y otro, se conforma con alcanzar certeza suficiente en el ánimo del juzgador.

De todos modos ambos senderos van unidos, porque se encuentran al tiempo de la valoración. La sentencia que se obtenga determinará los derechos de las partes después de haber logrado suficiente convicción sobre ellos. Certeza sería igual a convicción.

La verdad queda relegada porque en la dinámica del proceso aparece como más trascendente la argumentación desarrollada, donde la versión de los hechos tiene como fin, persuadir al magistrado de las razones que se invocan y defienden. Es una cuestión retórica que, como dice Taruffo[431], agota completamente el campo del razonamiento jurídico.

En los hechos, la sentencia se convierte en una justificación de la verdad encontrada, aunque ésta no sea cierta; pero como ha logrado inclinar la balanza de la justicia hacia un lado, es suficiente para garantir la finalidad del proceso, y afianzar la seguridad jurídica.

> En un contexto metodológico de este tipo –dice Taruffo-, que parte de una exasperada extensión aplicada al proceso, el problema del juicio de hecho en el proceso asume una formulación peculiar. El elemento más importante está representado por las narraciones (*stories*) de los hechos del caso que los abogados presentan al juez. Estas narraciones son las referidas a las formas, es decir, a la claridad, la coherencia, la completud, la concordancia con el sentido común. Esto se explica en la medida en que la finalidad de estas *stories* es la de persuadir al juez: en efecto, tiene razón el abogado que persuade al juez para que adopte su *story* como fundamento de la decisión. Por ello, los aspectos más relevantes del proceso son los referidos a las tácticas persuasivas con las que los defensores intentan atraer hacia sus posiciones la decisión final del juez influenciando o condicionando su adhesión a una u otra *story*[432].
>
> La razón por la que el problema de la verdad de los hechos resulta irrelevante en un contexto como éste es muy clara y se remonta a la característica peculiar de la retórica como arte de la persuasión.

Adoptar esta teoría como útil a los fines de resolver la actividad probatoria amoldada a las reglas actuales del debido proceso, es por demás riesgoso.

Es cierto que las versiones deben relatar desde una perspectiva propia los hechos tal como sucedieron. Se puede ocultar lo desfavorable, pero no se puede cambiar la circunstancia para darle un significado apropiado a la pretensión propuesta. Con esta mirada, la versión traduce una parte de la verdad: aquella que conviene exponer.

Pero no se pueden eludir otros contingentes ya señalados en los principios generales: uno es el *lenguaje jurídico*, que determina significados confusos al sentimiento y percepción del hombre común. Hay una dimensión del discurso que pone en la narración adaptaciones lingüistas propias del mundo jurídico (v.gr.: la exposición

---

[431] Taruffo, La prueba de los hechos, cit., p. 136.

[432] Ibídem, p. 137.

de una demanda afirma hechos que pueden ser negados, produciendo una confusión entre la realidad y sus efectos. Si afirmo que conducía atento al tránsito y no obstante se produce una colisión entre automotores; el relato de quien sostenga la atención, podrá diferir respecto del que diga o sostenga la culpa, a pesar de referirse ambos al mismo hecho).

El segundo problema está en que *los medios* para llevar al juez a que adopte una línea argumental, padece de las propias limitaciones del sistema, de manera que una sentencia puede sostener que no logró la convicción necesaria y rechazar la pretensión por falta de prueba; o aducir que los hechos probados no son esenciales ni trascendentes para persuadirlo sobre la verdad de lo afirmado; o bien, aceptar una versión y darla como probada sobre la base de ficciones procesales como la rebeldía, la convalidación de actos irregulares, la admisión tácita de traslados no contestados, etc. En suma, el realismo del proceso se difumina totalmente y hasta se podría sostener sin equívocos que, con esta línea, se consagra la imposibilidad de lograr del proceso conocimientos verdaderos.

> Ferrer Beltrán[433] dice que puede ocurrir que una proposición sobre un hecho relevante para una causa judicial disponga en el proceso de elementos de juicio suficientes a su favor y que, en cambio, sea falsa. Por supuesto, también puede suceder que la misma proposición sea verdadera. Y, por otro lado, puede ocurrir que una proposición verdadera sobre un hecho relevante para una causa judicial no disponga de elementos de juicio suficientes a su favor o bien que sí disponga de ellos.

El tercer obstáculo se encuentra en las proyecciones de la *prueba legal*, en el sentido de producir razonamientos impuestos por aplicación de presunciones legales o judiciales que tiene suficiente fuerza prescriptiva para determinar una consecuencia de derecho (v.gr.: no se puede discutir sobre la paternidad del hijo habido en el matrimonio).

No obstante, no todo es desechable, porque la teoría sirve para dejar centrado que el objeto de la prueba son los hechos afirmados por las partes que resultando controvertidos en sus versiones, necesitan encontrar la verdad para aplicar a ella los efectos jurídicos correspondientes.

En este territorio, la relación entre prueba y verdad se confunde con el resultado. Mientras que, en la consideración de las reglas a establecer en la etapa probatoria, la verdad que nos interesa encontrar se posiciona como actividad oportuna de las partes y, ocasionalmente, del juez.

Por eso, el método de debate no se discute, pero queda latente hasta donde las partes están compelidas a decir la verdad en sus narrativas, punto que veremos más adelante.

2.4 Síntesis de las tendencias

Si fuera posible recapitular cada tendencia, se podrán encontrar utilidades en ellas como despojos inmediatos. Es evidente que en todas persiste la confusión sobre el destino de la verdad; unos entienden que no tiene sentido buscarla cuando el proceso trabaja sobre versiones que, por la sistemática, se han de confirmar o descartar. Otros,

---

[433] Ferrer Beltrán, ob. cit., p. 48.

aun afirmando la necesidad de laborar con verdades como un fin tuitivo de la justicia, aceptan que ella tiene explicaciones poco científicas, para culminar en sentencias que se justifican por la certidumbre alcanzada.

> Debe observarse –dice Taruffo- que la verdad de los hechos puede considerarse como una condición necesaria de justicia bajo cualquier definición jurídica de la justicia de la decisión. Además, no es siquiera incompatible con la teoría según la cual el proceso sirve únicamente para resolver conflictos: si no se acepta como válida cualquier solución del conflicto, y se piensa, en cambio, que debe ser resuelto sobre la base de algún criterio de justicia, entonces se presenta de nuevo la necesidad de reconocer que la determinación verdadera de los hechos es necesaria de cualquier solución justa de un conflicto. Desde este punto de vista se puede decir que el principio de verdad de los hechos no identifica una ideología específica del proceso y, en cambio, representa una suerte de dato constante que resurge en todas las ideologías que conciben algún tipo de decisión justa como finalidad del proceso[434].

Si nosotros pretendemos marcar hipótesis que orienten reglas en la etapa probatoria, solamente podremos referirnos a la actividad de las partes y a la función judicial, porque el problema de los medios se traza únicamente respecto a la disponibilidad (al no poder aplicarse las pruebas ilegítimamente adquiridas; o las viciadas por cuestiones conexas; etc.), y el aspecto de la valoración concilia mejor con el capítulo de la fundamentación de las resoluciones judiciales.

De este modo, determinar si la verdad es un objetivo parece ineludible porque de ello dependen las reglas y principios a bosquejar para el debido proceso. Con distinto enfoque se podrá afirmar que, siendo el proceso en sí mismo un conjunto de reglas que disponen un método para el debate; como juego que es tiene fórmulas que parten de ser conocidas y aceptadas por las partes, de manera que cambiarlas por fines puristas, puede resultar un contrasentido y hasta inconstitucional por naturaleza.

Sin embargo, no es ésta última nuestra opinión.

Vamos a reconocer que el planteo dialéctico se presenta sinuoso al tolerar que los hechos se presenten como versiones adaptadas de la realidad vertida; también podemos admitir que hay principios inocultables que sostienen tradicionalmente la legalidad del sistema (aporte de los hechos por las partes; congruencia del juez con ellos al tiempo de valorar y pronunciar sentencia; imparcialidad del juzgador; control de la prueba por ambas partes; etc.); del mismo modo, se asiente que la persecución de la verdad absoluta tiene límites mensurados con principios propios de la llamada prueba legal (v.gr.: las presunciones *juris et de jure*; imposibilidad de practicar ciertas pruebas en determinados procesos; etc.); y también se consiente que, a veces, la actividad probatoria tiene plenas dificultades para asumir iguales condiciones generales: por ejemplo, en el proceso penal es el fiscal quien debe investigar y probar porque el procesado tiene un argumento de resistencia suficiente con la presunción de inocencia; mientras que en los procesos sociales (v.gr.: cuestiones de estado, familia, laborales, etc.) podría comulgarse con la idea fuerza de un deber de colaboración de todos los operadores jurídicos en lograr la resolución justa sobre la base de hechos probados que sean auténtico reflejo de lo ocurrido en el conflicto.

En fin, entre tantas situaciones no se descarta también la influencia de la conducta de las partes, que con sus propias actitudes pueden eludir que sea la verdad un

---

[434] Taruffo, La prueba de los hechos, cit., p. 138.

fin del proceso. Simplemente con admitir o reconocer un hecho afirmado por la contraria, se evita la prueba, y se aplica un justificativo para la apreciación (darle un precio a ese acto voluntario) que tendrá en la sentencia.

> En el fondo del planteo no deja de ser cierta la advertencia que formula Ferrer Beltrán, cuando dice que la distinción entre "ser verdadero" y "ser tenido por verdadero", permite dar cuenta de los problemas que llevaron a la distinción entre verdad material y verdad formal, sin presentar los inconvenientes que suscita esta última y, especialmente, sin multiplicar las nociones de verdad. Además, se pone el acento en que no se trata de que "existan" distintas verdades, sino más bien de la diferencia entre la verdad de una proposición, que no es dependiente de ningún sujeto que la exprese, y la actitud mental de un sujeto, en este caso, el juez respecto de la verdad de la proposición[435].

Superadas estas consignas sostenidas por paradigmas afianzados y sin rebatir, pareciera que luce cierta hipocresía en la lucha por conseguir la verdad, pero sin poner esfuerzo en la técnica para alcanzarla: "*Quiero que el juez haga justicia y determine la verdad de los hechos, siempre y cuando no hostigue con su pretensión las reglas inalterables del discurso y el método*".

Ahora bien, con todos estos problemas *ab initio,* es posible que tratar de verificar un objetivo para el debido proceso como es el derecho a la verdad, tenga primero que responder a otros interrogantes: ¿cómo imponer la verdad si el proceso comienza con retaceos provocados por la disponibilidad de los hechos? ¿porqué sostener que solamente algunos hechos deben probarse, si se pretende saber todo lo ocurrido, para poder dictar sobre ello una sentencia justa? ¿porqué establecer que el esfuerzo probatorio depende solo de quien afirma, cuando el debate necesita de coincidencias?.

Para todo ello es necesario encontrar respuestas previas a dos consignas:

1) ¿Existe un deber de decir verdad en el proceso?
2) Si existe, ¿cuáles son los hechos que se deben probar? Para saber en definitiva, cuál es la actividad que disponen partes y jueces, aplicando para el objetivo, principios y reglas que delimitan un nuevo sentido y encuadre al debido proceso.

3. La verdad en el proceso, en realidad es la verdad de los hechos

Verdadero punto nervioso constituye la veracidad en el proceso dado que, si es deber de las partes obrar con la verdad en cada postura o afirmación procesal, pues eso significa actuar de buena fe; a *contrario sensu,* todo ocultamiento o toda mendacidad importaría una afrenta al principio de la conducta recta y honesta, y con ello, una violación al principio de moralidad.

> Según Furno[436], las cuestiones principales de este tema son dos: la primera se refiere a la "verdad"; la segunda al "deber". Decir la verdad. Bien. Pero ¿qué verdad?. Establecer un deber. Bien. Pero ¿qué deber?. Ambas cuestiones se han presentado en la mente de numerosos escritores, y la rica literatura que sobre el tema se ha formado, rápida y recientemente, ofrece tal cosecha de observaciones que produce múltiples facetas.

---

[435] Ferrer Beltrán, ob. cit., p. 48.

[436] Furno, ob. cit., p. 67.

El nudo de la cuestión se concentra en este sencillo interrogante: ¿existe el deber de decir verdad en el proceso? A partir de las respuestas que se obtengan, fácilmente se entenderá que éste es un tema que no admite posiciones intermedias porque tampoco hay verdades a medias o mentiras parciales.

Toda la problemática relaciona tantos frentes de ataque como inquietudes le merezcan al estudioso. Precisamente, como la verdad se une a la moral en un parentesco próximo, el deber de veracidad se puede atender como una aspecto de la política procesal, de filosofía jurídica, de derecho y deberes procesales, etc.

Procuraremos alcanzar algunas conclusiones de aplicación estrictamente procesal, adelantando desde ya que, a nuestro entender, el deber de veracidad está atrapado en el principio de moralidad y desplazado como punto de encuentro para generar consecuencias imputables, toda vez que, desde la publicización del proceso y la desnaturalización del instituto del perjurio, ha perdido interés su consideración para atender ahora, concretamente, a la conducta cumplida en el proceso.

En el capítulo siguiente veremos cómo se desarrolla el derecho a la verdad en la jurisprudencia de la Corte IDH, para opinar si ella condiciona un contenido especial para el debido proceso.

3.1 Historia breve de la verdad en la prueba

En materia probatoria, la exigencia de decir verdad fue severa y en las fórmulas de juramento, se daban a conocer las consecuencias según la clase de personas y según fuera su religión o estado.

> La Ley XIX, título II, Partida 3, decía: "Los cristianos así juraban: Vos me jurades, por Dios padre, que fizo el cielo e la tierra, e todas las otras cosas que en ellos son, e por Jesú Christo, su fijo, que nació de la Virgen Gloriosa Santa María, e por el Espíritu Santo, que son tres personas e un verdadero Dios, e por todos los Santos Evangelios que cuentan las palabras e los fechos de Nuestro Señor Jesú Christo diga que jura por aquella Cruz..."
>
> "Los judíos debían prestarlo en la sinagoga poniendo la mano sobre la Tora en que fazen la oración y esta forma: Juras tu Fulam judío, por aquel Dios que es todopoderoso sobre todos e que creo el cielo y la tierra e todas las otras cosas. E que dizo no jures por el mio nome en vano. E por aquel Dios que fizo Adam el primero ome, el le puso en el parayso e la mando que non comiese de aquella fruta, que el le vedó, e porque comio della, ben responder Juro e de si, devele decir, que si falta a la verdad –en nondice en aquella razón, lo que jura que vengan sobre él todas las llagas que vinieron sobre los de Egypto e todas las maldiciones de la Ley que son puestas contra los que desprecian los mandamentos de Dios. E todo esto deve responder de una vez, amen, sin refrecta ninguna así como diximos en la ley antes desta".

También las Leyes de Partida requerían que en la demanda se introdujera un párrafo que dijera: "Juro lo necesario..." por el que se entendía prestado el juramento de calumnia, aquí conocido como juramento de "mancuadra".

> José de Vicente y Caravantes[437]agrega que "llamóse este juramento de calumnia, porque calumnia en las causas civiles no es otra cosa que vejar o molestar a otro con pleitos infundados o fraudulentos, y en los criminales, con la imputación de delitos supuestos, pues la palabra calumnia viene de calvendo o cavilando y significa fraude e inutilidad en los

[437] De Vicente y Caravantes, José, *Tratado histórico, crítico y filosófico de la Ley de Enjuiciamiento Civil española*, tomo II, Gaspar y Roig, Madrid, 1856, p. 166.

> pleitos, como nota Cayo en la Ley si Calvitur, 233, al Princ.. Dig. De V.S. llamóse en España juramento de la mancuadra, esto es, de la mano cuadrada por prestarse sobre cinco artículos; así como la mano que es cuadrada o acabada, dice la Ley 23, tít. II Part. 3, ha en sí cinco dedos".

La promesa versaba sobre cinco puntos: 1º) la creencia de encontrarse asistido de derecho; 2º) que cada afirmación sería expresión concreta de verdad; 3º) que no se utilizarían en el proceso falsas prueba ni excepciones maliciosas; 4º) que no se valdría de actitudes de soborno, promesa o garantía hacia el juez para ganar el pleito; 5º) que la demanda no perderá en términos maliciosos en perjuicio de su contrario.

La misma exigencia reposaba en el demandado, pero si éste se negaba a cumplirlo, se le daba por perdido el pleito.

> Agrega Caravantes, que podía solicitarse en el curso del proceso, respecto de un acto procesal específico, pero si las partes no pedían el juramento no se anulaba por su defecto en el proceso. Y en la práctica rara vez se pedía ni se prestaba con la solemnidad referida, entendiéndose hecho en virtud de la cláusula que se ponía en la demanda: juro lo necesario[438].

La Ley de Enjuiciamiento española nada dijo respecto de la obligación de decir verdad en el proceso; tampoco se refirió a la prestación de juramento como requisito introductorio a la instancia judicial.

Sin embargo, la práctica llevó a dejar subsistentes las disposiciones de las Leyes de Partidas, interpretación que puede afirmarse en la reformulación que se le da al juramento para ciertos actos jurídicos que debían cumplirse en el proceso.

Del mismo modo, como se mantuvo la costumbre de sostener la fórmula de prestar declaración en la prueba de confesión, el juramento, como medio de prueba tendiente a provocar la verdad real en el proceso, se consideró presente a pesar de la omisión legal.

> Couture[439], entiende que el origen de nuestros antecedentes está en la Real Cédula de Aranjuez, de 1794 que, al instituir el Tribunal de Consulado y dar las bases del procedimiento civil y comercial, consignó que era deber actuar en el proceso "a estilo llano, verdad sabida y buena fe guardada". Agrega más adelante que, "cuando se inicia la codificación americana a mediados del siglo XIX, el legislador se encuentra con todos estos textos. Podría decirse que no existido una sola fuente de la codificación de nuestros países que se hubiera consignado en forma expresa un deber jurídico y moral de decir verdad. Pero se da aquí el fenómeno realmente curioso de que ni uno solo de los textos americanos que nos son familiares, ni tampoco los dos diplomas clásicos españoles de 1855 y de 1881, contienen un precepto que establezca expresamente el deber de decir verdad".

A fines del siglo XIX, el Código de Procedimiento Alemán (1877) regla un expreso deber de veracidad, que se incorpora al Código de Procedimientos Civil en octubre de 1933.

Por entonces, el Código Austríaco había llegado a convulsionar el ambiente de morigeración que iba ganando la época. El art. 178 dispone: "*Cada una de las partes debe, en sus propias exposiciones, alegar íntegra y detalladamente todas las circunstancias necesarias para fundar, en el caso concreto, sus pretensiones, con arreglo a la verdad; ofrecer los medios de prueba idóneos de sus alegaciones;*

---

[438] Ibídem, p. 170.

[439] Couture, Eduardo J., *Estudios de derecho procesal,* Tomo III, Depalma, Buenos Aires, 1979, p. 87.

pronunciarse con claridad sobre las observaciones y pruebas ofrecidas por el adversario; exponer los resultados de las pruebas recogidas y pronunciarse con claridad sobre las observaciones de su adversario"

> Grossmann[440] sostiene que la influencia de esta disposición se hizo sentir en otros códigos europeos como el húngaro de 1911; los Códigos Cantonales Suizos; el yugoslavo de 1929; la nueva ley procesal polaca de 1930; el Código Procesal Soviético de 1923; etc.

Las instituciones nacionales, en cambio, mantuvieron los principios comentados en la ley de enjuiciamiento Civil española, si bien los Proyectos de Lascano y García tomaban partido sancionando el deber de veracidad como disposición a cumplir.

> El proyecto del Instituto de Altos Estudios de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de La Plata (1935), decía en el art. 25: "Es deber de las partes, sea que interpongan personalmente o por medio de mandatario o representante legal...2) Proceder de buena fe en el proceso, expresando al Juez de los hechos conforme a la verdad". El Proyecto García, en su art. 14 dispuso: "Es deber de las partes, sea que intervengan personalmente o por medio de mandatario o representante legal...2) Proceder de buena fe en el proceso, expresando al Juez de los hechos conforme a la verdad"[441].

La sanción del Código Italiano en 1940 ofreció una novedad revolucionaria. La figura inerte del juez cobraba vida y fuerza propia para dirigir el proceso e investigar la verdad real procurando que las partes, en el debate de sus respectivas afirmaciones, conservaran el buen comportamiento y se respetaran sobre la base del principio de lealtad y probidad. La moralidad procesal desplazaba el deber de veracidad o, al menos, no lo exigía como obligación.

Nuestro país, con la ley 14.237 y las dictadas sucesivamente siguieron esta tendencia, que es la que rige actualmente con modernizaciones provenientes de la doctrina y de reformas en los códigos de fondo.

3.2 La obligación de decir verdad sin texto que obligue

Si la sola mención del deber de decir verdad no basta para lograr el objetivo, puede colegirse que se piensa más en la sanción que en lo preventivo, con lo cual la política procesal de moralidad se enfrenta con el corte inquisitivo que se consigue con las penas.

Sin embargo, parece razonable pensar que la deducción es muy estricta, sobre todo si la relacionamos con la consagración del deber de veracidad sin encontrarse expresamente dispuesto.

Veamos por qué.

Casi todos los ordenamientos procesales que reglaron el principio de certeza (como veracidad) bajo un aspecto punitivo, se encontraron con que, a partir del advenimiento de una nueva perspectiva en el derecho procesal, que desplazaba el centro de gravitación de las partes hacia el juez, se modificaba seriamente la función de éste si se le conservaban los principios represivos.

---

[440] Grossmann, Kaethe, *El deber de veracidad de las partes litigantes en los juicios civiles*, Jurisprudencia Argentina, 71 sección doctrina.

[441] Cfr. Gozaíni, Osvaldo A., *Derecho Procesal Civil,* tomo I Volumen 1, Ediar, Buenos Aires, 1992, p. 144.

Si ahora el juez era director, instructor y efectivo enlace de justicia con la realidad, aquellos desvíos operados en el devenir procedimental sólo podrían desarrollarse actuando temeraria o maliciosamente, es decir, obrando con artería, dolo, artificio, engaño, etc. En síntesis: *el problema estaba en la mentira y no en el deber de veracidad.*

Sin embargo, los códigos no variaron su cuadro de situación. Advirtieron el problema, pero temieron que, de no subsanarse expresamente la obligación de conducirse con verdad, y de reprimir su ocultación, tácitamente receptarían la mentira en el pleito.

Nada más errado; y ello así lo sintió el codificador italiano de 1940, que sabiamente deslindó los aspectos lógicos de la obligación de sus connotaciones prácticas.

> Al respecto decía Carnelutti[442]: "La moderna concepción del proceso civil elimina todo obstáculo contra el reconocimiento de la obligación: puesto que el proceso se sigue en interés público y por esto tiende a un resultado de justicia; por lo que la parte sirve al proceso y no el proceso a la parte, no existe la más remota razón para sustraer la acción de la parte a aquellos preceptos que el interés público reclama; el llamado principio dispositivo es una directriz de conveniencia y nada más, de manera que, según la conveniencia, puede ser limitado; la parte no se contrapone en absoluto al testigo en el sentido de no ser también ella un instrumento del proceso, por lo que en principio no hay razón alguna para que se pueda imponer al testigo, y no a la parte, la obligación de decir verdad. En cambio, desde el punto de vista de la conveniencia, la cuestión es muy delicada; en efecto, si es verdad que también la parte, lo mismo que el testigo, es un instrumento del proceso, es, sin embargo, un instrumento que opera de un modo enteramente diverso; las ventajas que el proceso obtiene de ellas dependen, sobre todo, de su iniciativa y, por lo tanto, de su libertad; cualquier límite señalado a ésta compromete su rendimiento; además, la acción de la parte se desarrolla por medio de la contradicción, que es una forma de lucha, no se puede, sino de un modo relativo, desterrar la fuerza y la astucia; en suma, cuanto más se atan las manos a las partes, tanto más, junto con el peligro del engaño o de la mentira, se desvanece también el beneficio de su acción. Esto quiere decir que la solución del problema debe ser una solución de proporción...".
>
> "El derecho positivo italiano adopta una solución de este tipo siguiendo una directriz general que se manifiesta aun fuera de los límites del proceso; tal directriz se funda en la distinción entre engaño y mentira, a la que se adapta ya el derecho contractual. El engaño es mentira agravada por la realización de actos encaminados a determinar su credibilidad y, por lo tanto, a crear las pruebas idóneas para hacer admitir su verdad; lo que los romanos, a propósito del dolo, llamaban la "*machinatio*" y, los franceses, a propósito de la estafa, la "*mise en scène*"
>
> Ideas que reitera en su famoso estudio *"Contra el proceso fraudulento*"[443], donde destacó que "bajo este aspecto, para el buen fin del proceso es necesaria la igualdad de las partes, incluso desde el punto de vista de la fuerza o de la bellaquería; de ahí que a veces a un litigante galeote, en interés mismo de la justicia, mejor que un clérigo, se le contrapone un marinero".

Ha sido evidente que el principio de publicización del proceso consiguió poner frenos a ciertos arrebatos que conspiraban contra el orden ético del proceso. De todas maneras, es riesgoso confundir la ética del proceso con el principio de moralidad, pues

---

[442] Carnelutti, Francesco, *Sistema de derecho procesal civil*, traducción de Niceto Alcalá Zamora y Castillo y Santiago Sentís Melendo, Tomo I, Uteha Argentina, Buenos Aires, 1944, p. 123.

[443] Carnelutti, Francesco, *Contra el proceso fraudulento*, en "*Estudios de Derecho Procesal*", Tomo II, Ejea, Buenos Aires, 1952.

ambos coinciden en un imperativo de conducta (leal, recta y honesta), pero la primera escapa a la vigilia judicial en tanto se ampara en una exigencia del fuero íntimo: la moral y el derecho se debaten en componentes de volición que sólo se controlan cuando se encuentra el acto externo de provocación a la buena fe.

De modo tal que, cuando la exteriorización de la conducta se advierte en el proceso, el control jurisdiccional pone en acción el principio de moralidad y le exige a las partes comportarse con lealtad y probidad.

En este sentido, la obligación no tiene necesariamente que aludir a que las partes deben decir la verdad, o que no han de mentir; ni han de generar sospechas, etc.; todo ello limita la libertad y, en cierta forma, condiciona la voluntad de obrar.

Asimismo, el principio de moralidad preside el conjunto de actos procesales, y es bien cierto que desde el engaño doloso hasta la simple mendacidad, o desde el artificio al ocultamiento de un hecho conocido, existen varios grados de mentira, y, en el análisis de ella, en la trascendencia que revista o en la magnitud y proporción de su desatino, el Juez podrá sancionar el comportamiento, sin necesidad de contar con una regla precisa y específica que complique los entendimientos de la verdad o de la mentira.

> Un buen ejemplo de este funcionamiento se constata en el derecho inglés, donde bajo la denominación abstracta referente al *Contempt of court* previene el deber de veracidad, a través de la interpretación constante de sus instituciones, que ven una falta de respeto hacia el juzgado[444].

3.3 Alcance del deber de veracidad

El material que nutre el proceso se compone de hechos y de derecho sobre los que las partes afirman sus respectivas postulaciones.

> Con relación a los primeros -dice Peyrano[445]-, subsiste la polémica para determinar si, en oportunidad de invocarse las circunstancias fácticas, éstas deben complementar una acabada descripción del suceso, sin quitar ni recortar motivos que empeoren o dificulten la situación del exponente.
>
> Grossmann participa de la opinión por la cual debe sancionarse la ocultación de hechos cuyo conocimiento resulta indispensable para la claridad y dilucidación de la litis. A su criterio, el silencio debe considerarse como contrario a la verdad; tanto él como la declaración incompleta, o ambigua, agravan el deber en comentario. Esta veracidad –agrega- "se exige no solamente con respecto a los hechos controvertidos, sino igualmente a los hechos indiscutidos que el juez debe aceptar, en general, sin previo examen alguno", estableciendo solo una restricción: "La exigencia de la veracidad, con inclusión de los hechos no discutidos, deja intacto el derecho del litigante de abstenerse de la impugnación de las alegaciones hechas por la parte contraria, sea que fueran verídicos o no. La parte no es obligada a declarar, pudiéndose hacer condenar en rebeldía, si lo prefiere a la intervención activa en el juicio"[446].

---

[444] Montarcé Lastra, Antonio, "*Efectos jurídicos del perjurio*", Jurisprudencia Argentina 945-II, 735; también: "Reflexiones acerca de la obligación de decir verdad durante el proceso y sobre la naturaleza jurídica del juramento", La Ley, 44-1046.

[445] Peyrano, Jorge Walter, *El proceso civil*, Astrea, Buenos Aires, 1979, p. 177.

[446] Grossmann, Kaethe, *El deber de veracidad de las partes litigantes en los juicios civiles*, cit., p. 71 sección doctrina.

La extensión a todos los hechos importa aceptar que deban relatarse hasta los más mínimos o inverosímiles, pues, en definitiva, le corresponderá al juez decidir la importancia o trascendencia que tiene el suceso para decidir la causa.

En cuanto al derecho, la cuestión es más delicada, y ello se advierte en las diferencias que establecen las distintas legislaciones a la hora de atenderlo.

Por ejemplo, en los Códigos Alemán y Austríaco, la veracidad se requiere sólo con respecto a los hechos; mientras que los Ordenamientos Sueco, Ruso y Dinamarqués hacen extensiva a los argumentos jurídicos.

> Grossmann interpreta que, no obstante la limitación a la veracidad de los hechos en ciertas normas nacionales, el deber de veracidad comprende toda la declaración procesal, sea que concierna a los hechos, a los argumentos jurídicos o a la rendición de la prueba[447].
>
> Peyrano, entre los autores argentinos, coincide con estas apreciaciones, reservando en la alegación del derecho la preeminencia del principio *iura novit curia*[448].

En nuestro parecer, no existe un deber de veracidad en el derecho, cuanto más se puede exigir certeza. Mientras que para la presentación de los hechos priva el criterio de la verdad.

La argumentación equívoca tiene su contracara en la apariencia, la simulación, el fraude o el dolo, y confirma un abuso procesal que se desenvuelve con singularidades propias.

La exposición fáctica, concisa y reticente, puede generar en ambigüedad o en una presentación defectuosa por oscuridad, sin perjuicio de otros vicios formales a tenor de los recaudos solicitados en el art. 330 del Código Procesal.

Directamente, la demanda falaz determina estafa procesal, y en ello, insistimos, más que conseguir la verdad –que a veces se constituye en un estado ideal- al código procesal le interesa prevenir la mentira y el engaño.

Con el derecho, la condición difiere según las invocadas sean normas procesales o materiales. Es decir, que se amparen en la pretensión procesal o en la situación material.

En la primera, el interesado puede invocar el camino de fundamentación, aunque sea provocado o voluntario el error, pues al Juez le corresponde decidir el trámite a desarrollar y las pruebas a producir.

En cambio, en la afirmación del derecho material no pueden invocarse argumentos que induzcan a error o sean desleales o pretendan una finalidad distinta a la que verdaderamente obtendrían presentando el caso jurídico en los términos de su real configuración.

3.4 Sujetos obligados a decir verdad

---

[447] Ibídem, p. 72.

[448] Peyrano, ob. cit., p. 178.

En una dimensión diversa a la anterior, que se atiende desde un vértice objetivo, cabe responder en el plano del subjetivismo, ¿a quién se le exige acatar el deber de veracidad?.

Casi de inmediato se respondería que: todo los sujetos del proceso, sean partes, terceros o representantes, están obligados a pronunciarse con veracidad.

Sin embargo, la respuesta sería ideal o, al menos, quedaría en una expresión de deseos.

Apreciando el problema con una visión puramente conceptual y teórica, no nos quedan dudas que el mentado "deber", ha de ser plenamente satisfecho por todos quienes concurren al proceso. Pero las calidades procesales no son las mismas; varían en los sujetos del proceso los deberes, obligaciones y cargas y, en estas correspondencias, el principio debe conjugarse.

Con los auxiliares de la justicia y con los que participan llamados a cumplir una carga de asistencia (testigos, peritos, intérpretes, etc.), el problema se resuelve sin hesitación alguna: su deber es de fidelidad al conocimiento obtenido, de modo que han de declarar con la plena verdad, esto es, sin ocultamientos ni reservas.

> Si varios declarantes afirman un mismo suceso que pasó por sus sentidos, ello permite atribuirles veracidad, máxime cuando aducen el acontecimiento esencial como directamente conocido. De ahí que la aceptación del dicho de un testigo tiene que ser menos rigurosa que su examen para desecharlo. Esto ocurre porque, en definitiva, el juez está apoyado en la construcción jurídica de que los testigos no pueden mentir, tanto por existir una punición legal por falso testimonio (art. 275, Cód. Penal y 449, Cód. Procesal), la que les fue impuesta al declarar y al jurar decir la verdad (art. 440, Cód. Procesal), cuanto porque el método de interrogación judicial libre y de oficio por el juez (art. 442, Cód. cit.), pone de resalto el sistema posible para indagar la mendacidad en que pudiere incurrir el testigo, o su falta de comprensión de los hechos.

A ellos les corresponde aplicar sin reparo alguno el ejemplo del juramento, para que "diga la verdad, toda la verdad y nada más que la verdad". Pueden existir ciertas excepciones cuando existen justas causas de reserva como, si la declaración lo implica personalmente, corriese el riesgo de someterlo a proceso judicial, suponga una declaración contra sí mismo, o esté amparado por el secreto profesional.

Este tipo de colaboradores de la justicia tiene una *obligación* de asistencia y un *deber* de decir verdad.

Inversamente, las partes debaten en el proceso contradictorio bajo ciertas reglas (*fair play*) que les permiten reservas y ocultamientos.

A ellos no se les exige decir verdad, sino mantener un comportamiento basado en el principio de moralidad.

No empece a ello ciertas pruebas del proceso civil que recuerdan institutos de consabida inutilidad. En este sentido la prueba de confesión pervive con una fórmula de juramento de decir verdad que tiene poco de cierto y mucho de ficción, operando verdaderamente como disuasorio de la mentira, en la sanción que produce la inasistencia o la no declaración.

> Couture lo explicaba como un estado de libertad donde se puede elegir entre la verdad y la mentira; la ley supone que cuando un litigante declara en juicio algo contrario a su interés, es porque el crepúsculo de la verdad ha sido más fuerte que las tentaciones del interés. En la prueba de confesión mediante silencio del absolvente o mediante evasivas al contestar el

> pliego de posiciones, el litigante se halla en el mismo estado de libertad para desembarazarse de la carga procesal encarando las declaraciones y diciendo la verdad. Si huye de la respuesta, lo menos que hay que suponer, lógica y psicológicamente hablando, es que la verdad habría sido adversa al interés[449].

Las partes, en estos casos, respaldan sus convicciones en el proceso y sus obligaciones con la veracidad en compromisos con un *deber* de colaboración, una *carga* procesal o una *obligación* de carácter sustantivo cuando el imperativo a cumplir consiste en una disposición de ese contenido (V.gr.: si al contestar la demanda se responde dolosamente -con la intención de perjudicar los intereses del peticionante-, existirá responsabilidad objetiva –civil- por el daño ocasionado).

En lo expuesto, debe mencionarse que los principios de lealtad, probidad y buena fe coronan las actitudes que postergan en lo inmediato el deber de veracidad.

Una compleja situación se ofrece con los abogados o representantes legales, a quienes se les impone hipotéticamente resolver si sus deberes de cooperación y honestidad hacia la jurisdicción han de ser cubiertos cuando ellos se oponen a los intereses de sus clientes.

En general la situación se presentan como un postulado deontológico, proclamando el deber de veracidad de los abogados.

> Por una parte -dice Grossmann-, se ha sostenido que el deber de veracidad del abogado sería reducido en comparación con el de la parte, dado que su mandato lo obligaría a defender incondicional-mente los intereses de su representado. En el procedimiento existe solamente un derecho a la justa resolución no a la favorable decisión. Conforme a eso, la tarea del representante profesional se debe limitar necesariamente al apoyo de la parte en la obtención de una sentencia justificada. Es cierto que no debe actuar en contra de los intereses de la parte. Pero cuando el fomento de la causa no fuere compatible con el deber de veracidad deberá rechazar el mandato, y cuando conociere esta situación posteriormente, renunciar al mandato ya aceptado. Del mismo modo tendrá que proceder cuando surgiere un serio conflicto entre su deber de discreción profesional y el deber de veracidad. Por otra parte sería erróneo opinar que el deber de veracidad del abogado sería más extenso que el del litigante interesado. A los dos les está impuesta la obligación de manifestarse en absoluta armonía con la verdad, así no hay caso para una ampliación del deber profesional. Por supuesto, este último está consagrado por las sanciones disciplinarias de los reglamentos profesionales, establecidos en la casi totalidad de leyes nacionales para infracciones al deber profesional. Pero la existencia de sanciones especiales, a veces en casos donde la contravención de la parte no trae aparejadas consecuencias nocivas, no se infiere de una ampliación del deber sino del hecho que las infracciones de letrados requieren un castigo austero en virtud del mantenimiento del honor y de la disciplina profesional. Llegamos por tanto a la conclusión que en su esencia el deber de veracidad de las partes, sus letrados y otros representantes es absolutamente idéntico.

A nuestro criterio, el abogado debe servir en primer lugar a sus principios éticos y a los que conforman una serie de postulados elementales de la conducta profesional.

> Para Bellavista[450] parece cierto confirmar que el abogado, si bien destinado a tutelar los intereses de su cliente, no debe ocultar al juez lo necesario para una justa composición de la litis, aun cuando con este proceder no satisfaga los designios desleales de su patrocinado. Pero ésta afirmación sería estimada para un abogado que asista a una parte civil, pues el defensor de un encartado en una causa penal juega con otros intereses, en donde la duda de la justicia se privilegia para obtener una decisión favorable (*in dubio pro reo*).

---

[449] Couture, *Estudios de derecho procesal*, cit., p. 89.

[450] Bellavista, ob. cit., p. 34.

Cuando el cliente lo someta a consideraciones que lo enfrenten con aquellos ideales, podrá limitar o abandonar el patrocinio sin que ello signifique alterara el legítimo ejercicio de una defensa, pues en la medida del interés general encontrará la razón de sus decisiones.

> Es profunda la reflexión que medita Lega[451] en este aspecto cuando afirma que la ética profesional es fruto de una obra diuturna de autocontrol y autolimitación que proviene de los mejores profesionales del grupo y que es asumida por la generalidad de los miembros del mismo como una norma moral.

4. La obligación de lealtad y probidad no es regla del debido proceso

A tono con lo expuesto en el anterior punto, queda reiterado que la obligación de las partes es indicar los hechos del proceso con verdad, y que su voluntaria alteración importa una violación al principio de buena fe procesal.

Una lectura distinta puede contraer riesgos que no siempre se quieren correr. El primero es convertir al proceso en lo que no es, porque si se aplican reglas de cortesía y honestidad exigible a las partes, habría que cambiar sortilegios ambivalentes como establece la escritura, que convierte las afirmaciones volcadas en el papel en lo único que se puede atender, porque de otro modo, "no está en el mundo". Así las cosas, mientras las partes luchan entre sí con lealtad, probidad y buena fe, en concreto lo hacen en un juego sofista donde la realidad es distante y la confianza de la gente prácticamente nula.

Otro riesgo es transformar al magistrado en un árbitro del espejismo de lealtad y un represor de la infidelidad con las reglas. Establecido este criterio, habrá que eludir numerosas posibilidades de defensa que pueden verse como excesos en su ejercicio (v.gr.: recusación sin causa, desconocimiento de la firma que es propia, recursos insistentes, planteos insustanciales, y muchas etc.).

La diatriba se observa, inclusive, en la opinión de la doctrina.

> Oteiza[452], por ejemplo, sostiene en el relatorio presentado en octubre de 1998 en la Universidad de Tulane (New Orleans), que el principio de moralidad incluye el deber de evitar situaciones de abuso procesal porque, con ellas se vulnera el derecho que tiene toda persona al debido proceso. Inclusive, interpreta que la Corte Interamericana de Derechos Humanos (OC 9/87) sostiene que el principio queda inmerso dentro de las condiciones que deben cumplirse para asegurar la adecuada defensa de aquellos cuyos derechos u obligaciones están bajo la consideración judicial.
>
> Ramos Méndez[453] en el mismo simposio, dijo que "en el proceso, que encarna la lucha por el derecho, se reflejan las mismas tensiones que en el resto de la sociedad. Lo razonable es asumirlas. Los verdaderos protagonistas del litigio son los ciudadanos, no los Tribunales. Dejémoslos desahogarse a sus anchas. No estrechemos innecesariamente el marco de las garantías procesales" .

---

[451] Lega, Carlos, *Deontología de la profesión de abogado*, Cívitas, Madrid, 1983, p. 77.

[452] Oteiza, Eduardo D., *Abuso de los derechos procesales en América Latina*, en "Abuso dos direitos processuais", obra coordinada por José Carlos Barbosa Moreira, Forense, Río de Janeiro, 2000.

[453] Ramos Méndez, Francisco, *Abuso de los derechos procesales en América Latina*, en "Abuso dos direitos processuais", obra coordinada por José Carlos Barbosa Moreira, Forense, Río de Janeiro, 2000.

La ambivalencia es manifiesta: en un extremo se posiciona como regla del debido proceso; y en otro como un deber de conducta formal sin demasiadas exigencias.

Nosotros creemos que el principio de buena fe en el proceso puede ser entendido como un *hecho* (creencia de obrar con derecho) o como un *principio* (lealtad y probidad hacia el juez y su contraparte), teniendo explicaciones diferentes.

En lo sustancial, el primer aspecto se releva como *buena fe subjetiva*, y consiste en la convicción honesta de obrar con razón y sin dañar un interés ajeno tutelado por el derecho. Mientras que el segundo se relaciona con la *buena fe objetiva*, que se visualiza en las conductas, como comportamiento de fidelidad.

> Esto así previsto se sitúa en el mismo plano que el *uso de la ley*, es decir, como cita De los Mozos[454], adquiere función de norma dispositiva, de ahí su naturaleza objetiva que no se halla basada en la voluntad de las partes, sino en la adecuación de esa voluntad al principio que inspira y fundamenta el vínculo negocial .

Llevado al proceso civil, estas tendencias muestran que la conducta de las partes puede leerse también en dos sentidos. Por un lado habrá que custodiar el desempeño en base a una regla de conducta inspirada por la buena fe, que supone esperar que los litigantes se desempeñen con lealtad y probidad. Este aspecto no tiene presupuestos ni condiciones, porque es un principio amplio que, en el terreno procesal, podríamos denominar como *principio de moralidad*.

Por otro sendero transita la interpretación de los comportamientos, para advertir si la creencia de actuar asistido de razón, es sincera y sin intenciones malignas o dolosas. Estas acciones obligan al Juez a estudiar las conductas y derivar sanciones cuando entiende que con aquéllas se incurre en desatinos, como son las acciones temerarias (actuar a sabiendas de la propia sinrazón) o maliciosas (conductas obstruccionistas del orden regular del proceso). Aquí se expresa como una facultad jurisdiccional, o poder disciplinario del Juez.

Este dualismo se refleja en los códigos latinoamericanos y se expande como tendencia dominante, donde el principio de moralidad del proceso establece un deber genérico que obliga a los sujetos procesales a cumplir con las reglas de conducta derivadas del principio de buena fe; y sancionando las acciones abusivas de esa regla, tornando así la creación de un nuevo principio procesal que sería la proscripción del *abuso procesal*.

5. El objeto del proceso y los hechos

A esta altura proponer otra vez el interrogante a despejar sobre ¿cuáles son los hechos del proceso?, surge baladí; pero la identificación del objeto procesal, no es tan simple como a primera vista aparece, y menos aun cuando pretendemos que ello se sustancie sobre la verdad absoluta.

¿Cuál es la decisión que se busca del juez? No tiene respuestas coincidentes en el plano teórico, al punto que la ciencia le ha dedicado extrema preocupación y una desconcertante plétora de opiniones sobre la esencia de este tan importante fenómeno.

---

[454] De los Mozos, José Luis, *El principio de la buena fe*, Bosch, Barcelona, 1965, p. 233.

Algunos han afirmado que la tarea esencial del juez es definir la suerte de las pretensiones deducidas en el pleito, porque mediante ellas las partes dan a conocer sus intereses y posiciones respectivas, acotando el campo donde se habrá de actuar y sin posibilidad jurisdiccional para que se modifique el esquema predispuesto.

Sin embargo, la pretensión es un deseo personal. Se formaliza en la demanda, se explica desde una visión particular, se quiere demostrar con medios probatorios dirigidos por un interés individual y se fundamenta en hechos que se relatan adaptados a la perspectiva del litigante.

> Carnelutti[455], recuerda que el móvil en que se funda la búsqueda de los hechos como carga de parte, es, naturalmente, el interés en litis. Por lo demás –agrega, es ésta un arma de dos filos: lo mismo que puede inducir a las partes a narrar los hechos verdaderos que le son favorables, puede inducirla también a callar los que le sean contrarios, o peor aún, a inventar hechos falsos. El remedio contra este peligro es justamente el contradictorio.

El objeto litigioso debe ser neutral, indiferente a las versiones acondicionadas por las partes, aunque propenso a quedar persuadido sobre la verdad de una u otra posición. Por eso los hechos se necesitarán conocer e interpretar para llegar a una sentencia justa.

Pero si las circunstancias de facto no se presentan con la verdad para dar lugar a una constitución de versiones, probablemente el propósito del litigio se integre con equívocos liminares que pueden llevar a dictar sentencia sobre un juego de ficciones; mientras que de instalar la obligación de decir verdad en los hechos, y posibilitar la investigación de la justificaciones de conducta sobre esas condiciones relatadas, permitiría al juez actuar con mayor verosimilitud y eficacia.

El deber de decir verdad en las afirmaciones aun no se ha resuelto adecuadamente, pues los hechos dominan un espacio donde existen numerosas incertidumbres. Inclusive, quienes sugieren que esto no es importante, porque la función jurisdiccional consiste en aplicar el derecho invocado como propio, no pueden eludir el compromiso de subsumir los hechos en la norma, de modo tal que, una vez más, la verdad es un compromiso con la certidumbre y la seguridad jurídica.

5.1 Los hechos en la demanda

Los hechos afirmados y controvertidos se deben probar. Es ésta una regla propia del principio de la carga de la prueba, y un elemento común del sistema procesal.

Hay dos teorías acerca de cómo se deben expresar los hechos que fundamentan la pretensión, que dependen en realidad, de la exigencia que se tenga respecto al objeto procesal. Es decir, mientras la *teoría de la sustanciación* pretende que la demanda contenga una exposición detallada de los hechos que se vinculan con el derecho que se afirma existente; la *teoría de la individualización* sostiene que solamente se debe indicar la relación jurídica que individualiza la acción (compraventa, locación, etc.) para que sea el juez quien aplique el derecho consecuente.

---

[455] Carnelutti, *Sistema…,* tomo I, cit., p. 166.

> Afirma Alsina[456] que el mejor sistema es el primero, porque le permite al magistrado calificar la acción de acuerdo con lo que surge de los hechos expuestos, con prescindencia de la calificación que de ellas hagan las partes. Sostiene también que, la exposición de los hechos debe limitarse a lo necesario para la calificación de la acción, excluyéndose todos aquellos que no tuvieran vinculación con ella, pero cuidando de no omitir los que tuvieran alguna relación aunque sea indirecta o que de cualquier manera pudieran influir en la resolución final. Cuando se pida el reconocimiento de la obligación de abonar una indemnización, bastará que se expongan los hechos en que la pretensión se funda; pero, si además se pide el pago de la indemnización, habrá que exponer los hechos que puedan influir en la determinación de su monto

En esta senda se plantea el deber de exponer toda la verdad, o la posibilidad antes anunciada de recortar los hechos a la enunciación de los convenientes.

> Con relación a los primeros -dice Peyrano[457]-, subsiste la polémica para determinar si, en oportunidad de invocarse las circunstancias fácticas, éstas deben complementar una acabada descripción del suceso, sin quitar ni recortar motivos que empeoren o dificulten la situación del exponente. Grossmann participa de la opinión por la cual debe sancionarse la ocultación de hechos cuyo conocimiento resulta indispensable para la claridad y dilucidación de la litis. A su criterio, el silencio debe considerarse como contrario a la verdad; tanto él como la declaración incompleta, o ambigua, agravan el deber en comentario. Esta veracidad –agrega- "se exige no solamente con respecto a los hechos controvertidos, sino igualmente a los hechos indiscutidos que el juez debe aceptar, en general, sin previo examen alguno", estableciendo solo una restricción: "La exigencia de la veracidad, con inclusión de los hechos no discutidos, deja intacto el derecho del litigante de abstenerse de la impugnación de las alegaciones hechas por la parte contraria, sea que fueran verídicos o no. La parte no es obligada a declarar, pudiéndose hacer condenar en rebeldía, si lo prefiere a la intervención activa en el juicio"[458].

Ante la duda sobre que camino seguir, la conducta de las partes se podrá colegir como un *deber* de colaboración, una *carga* procesal o una *obligación* de carácter sustantivo cuando el imperativo a cumplir consiste en una disposición de ese contenido. En lo expuesto, debe mencionarse que los principios de lealtad, probidad y buena fe coronan las actitudes que postergan en lo inmediato el deber de veracidad.

Una compleja situación se ofrece con los abogados o representantes legales, a quienes se les impone hipotéticamente resolver si sus deberes de cooperación y honestidad hacia la jurisdicción han de ser cubiertos cuando ellos se oponen a los intereses de sus clientes. En general la situación se presentan como un postulado deontológico, proclamando el deber de veracidad de los abogados.

5.2 Los tipos de hechos

Todo este prolegómeno viene a cuento por el problema de identificar los hechos a que nos estamos refiriendo. Ocurre que los hechos procesales no son iguales a los hechos comunes. Tampoco se relacionan con los hechos jurídicos, porque cada uno tiene una repercusión e importancia diferente.

---

[456] Alsina, Hugo, *Tratado teórico práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial*, Tomo III –Juicio ordinario, Ediar, Buenos Aires, 1964, p. 144.

[457] Peyrano, *El proceso civil*, cit., p. 87.

[458] Ob. cit., p. 73.

La distancia se profundiza cuando se pretende encontrar una clasificación de ellos tomados desde los que el código procesal menciona.

Por ejemplo, la afirmación de cómo ocurrieron las cosas que se demandan, tiene importancia para fijar la competencia; estos *hechos conocidos* son determinantes para saber la causa de recusación por enemistad, odio o resentimiento; si esos *hechos* son *reconocidos* habrá que hacer lugar a la recusación con causa; sin olvidar que estas causales obligan a la *exactitud de los hechos*, para lograr esclarecer la verdad de los *hechos controvertidos.*

También se mencionan *hechos ficticios o irreales* para definir la conducta temeraria o maliciosa. Hay *hechos urgentes* que facilitan la presentación del gestor procesal.

En el juego sofista que el sistema procesal propone, existe una presunción de verdad sobre los *hechos lícitos* a que la demanda se refiera, cuando la parte debidamente notificada no responde adecuadamente. O bien, cuando no contesta la demanda, agregándose aquí un reconocimiento sobre los *hechos pertinentes.*

Siguiendo el orden de aparición en el código, la prueba en la rebeldía –aunque contingente- obliga al esclarecimiento de la verdad sobre los *hechos.*

Así mencionados, sin ningún otro aditamento, se enuncian en el beneficio de litigar sin gastos que solamente indica los *hechos expresados* y la falsedad de los mismos que llevan a una multa procesal por violentar el principio de actuar con lealtad y buena fe.

La sentencia se debe pronunciar sobre los *hechos reales y probados* y haciendo mérito sobre los *hechos controvertidos, modificativos* y *extintivos.*

También hay *hechos nuevos y nuevos hechos.* Existen *hechos* en los incidentes y *hechos controvertidos* en el recurso de reposición que pueden tomar el trámite de los incidentes.

Tangencialmente, en la etapa probatoria, se encuentran *hechos que no fueron objeto de prueba* en la confesión, los que se pueden replantear con el recurso de apelación.

Hay *hechos anteriores* y *posteriores* que se ponen como extensión y límites para la potestad jurisdiccional.

Otros *hechos* se tienen por *ciertos* cuando no se responden en forma asertiva; y existen otros que se deben fundar, explicados claramente al tiempo de redactar la demanda.

Los hechos *que no se invocan en la demanda* y después se agregan en las contestaciones pueden ampliar la prueba documental del actor.

Como regla o pauta común, el objeto de la prueba son los *hechos controvertidos*, siempre que no estén *admitidos* o *reconocidos*, en cuyo caso los que sean *pertinentes* y *lícitos* quedarán fuera de la obligación a verificar.

Los hechos deben ser expuestos con *claridad.* Para encontrar como objeto de la audiencia preliminar a los *hechos conducentes*, en los cuales no hay conformidad entre las partes; los *hechos articulados* que sean *conducentes* se fijarán a los fines

probatorios, de manera que, tal como reza el art. 364, la prueba únicamente versará sobre los *hechos articulados.*

Algunos más se presentan con un marco de inseguridad respecto a su categoría, como la referencia a los *hechos* que están en contraposición al *hecho nuevo.*

Luego, en cada medio de prueba, tiene repercusiones distintas. En la prueba informativa son objeto de la misma los *hechos concretos, claramente individualizados y controvertidos*; deben ser *hechos* que surjan de la documentación, y que se han de responder como *hechos ajustados* a lo que se requiere en el medio probatorio.

En la prueba de confesión, se habla de *hechos* donde se haya intervenido personalmente, o realizado en nombre de sus mandantes, para poder deponer en nombre de una persona jurídica representada. Aquí se encuentra, una vez más, la mención a los *hechos anteriores*. Las consecuencias sobre la *ignorancia de los hechos* que debiera conocer por la calidad invocada al representar, son un efecto de la absolución de posiciones.

Otra vez están los *hechos* que se tienen por *ciertos* cuando en la prueba de confesión prestada por el Estado no se satisface en tiempo o con plenitud respecto a lo solicitado.

Hay *hechos personales* sobre los que debe contestar en la prueba de posiciones.

Suceden *hechos que no se pueden probar* por expresa disposición legal, o por estar prohibidos su investigación.

Se clasifican algunos (en la prueba confesional) como hechos impeditivos, modificativos y extintivos.

En la prueba pericial se indican *hechos* que deben *explicarse*; mientras que en la testimonial se enuncian los *hechos gravitantes.*

La prueba pericial asume que el objeto son los *hechos controvertidos* que necesitan *explicarse* por tener quien lo haga, conocimientos especiales en alguna ciencia, arte, industria o actividad técnica especializada.

También encontramos *hechos a reconstruir* en el reconocimiento judicial.

En la prueba pendiente de producción suele dividirse el espacio entre *hechos esenciales* y *no esenciales*, para poder clausurar la etapa y permitir una agregación extemporánea.

En el arbitraje se repiten algunos conceptos, surgiendo otra vez *hechos posteriores* a la sentencia o laudo; y las demás menciones indicadas.

Hay *hechos confesados*, *hechos consolidados* que no se pueden controvertir (en los interdictos); *hechos* que se acreditan con las constancias médicas en la declaración de demencia; hay *hechos determinados* para acreditar la enemistad manifiesta con el amigable componedor, y finalmente se castiga la *ocultación de hechos* en el juicio de desalojo.

En fin, la profusión de adjetivos que toman los hechos en general obliga a tener que aclarar cuales son, de todos ellos, los que deben ser expresados con la verdad, teniendo en cuenta que son estos a los que queremos apuntar el objeto de este comentario.

Dado que la variedad de los hechos ajenos y anteriores al proceso, como los vinculados y contemporáneos al mismo, son de múltiples expresiones, suelen clasificarse por su incidencia en:

a) *Hechos constitutivos* (o formativos de la relación jurídica procesal);

b) *Hechos modificativos* (o que incitan una transformación de la realidad de acuerdo con el relato que se haga al contestar la demanda);

c) *Hechos extintivos* (o cancelatorios de la situación jurídica).

5. 3 Los hechos y la prueba

El proceso civil se rige en nuestro sistema por el principio dispositivo, según el cual, la instancia se inicia y desarrolla a pedido de parte (*nemo iudex sine actore);* es el actor, en principio, quien aporta los hechos y ofrece la prueba para demostrarlos; también, le corresponde al demandado resistir la versión que trae el demandante, afirmando otros hechos, modificando los expuestos con una versión distinta, u oponiendo excepciones que impidan, obstaculicen o extingan la procedencia de la pretensión, provocando en cada actitud un efecto singular.

Estos hechos que enunciamos en el punto anterior son *constitutivos* porqué la causa de pedir la presenta el actor, aunque son también constitutivas las razones que tiene el demandado para oponerse; son hechos *modificativos* los que dan una versión diferente a la que se afirma en la demanda; son *extintivos* los que cancelan inmediatamente la procedencia del reclamo (v.gr.: el pago documentado); y son *impeditivos* aquellos que alegan una causa jurídica que posterga el comienzo de la etapa probatoria por faltarle un elemento necesario para la debida integración del proceso (v.gr.: falta de legitimación; nulidades; excepciones; etc.).

Sin embargo estos hechos no son los que determinan el objeto probatorio, toda vez que en la mentalidad del legislador continúa la idea de ver al litigio como una lucha entre partes con derechos contrapuestos, de tal forma que sólo los hechos donde exista esa contradicción deben ser probados, pues los que no se alegan, se admiten o reconocen, estarán fuera de la necesidad probatoria porqué respecto a ellos no hay controversia.

Además, hay hechos que por sus características quedan exentos de prueba, los que dependen de la discrecionalidad judicial que los puede nomenclar como *hechos impertinentes, inoficiosos o inconducentes*. Lo mismo sucede con los hechos cuya prueba está prohibida por la ley (v.gr.: indagación de la maternidad cuando tenga por objeto atribuir el hijo a una mujer casada; prueba de testigos cuando se impugna el contenido de un documento que se dio en blanco, etc.); o que se presumen conocidos por su *notoriedad* o *habitualidad* del suceso; o por ser simplemente *hechos normales*.

Con tal precisión los hechos se clasifican en:

a) *Hechos alegados* que son neutros en relación con el objeto de la prueba, porque se refieren a la simple enunciación de circunstancias, sin que ninguno tenga más explicación que el suceso ocurrido. Son importantes para el sistema escriturario porque el hecho que no se escribe y describe, no está en el proceso y, por eso, queda fuera de

toda posibilidad de confirmación o negación. Se relacionan con *los hechos articulados; hechos relatados; hechos expuestos; hechos concretos e individualizados; hechos explicados*, que se enunciaron al comenzar el trabajo.

b) *Hechos afirmados* son los que obtienen en el relato una versión determinada. Se vinculan con aquellos que el código indica como *hechos exactos, hechos verdaderos, hechos reales, hechos fundados, hechos explicados claramente*, entre otros. Hay en esta categoría una zona gris con los llamados *hechos negativos,* que son en realidad hechos que se afirman a partir de una negación (v.gr.: no le presté el dinero reclamado; no tengo la cosa cuya restitución persigue, etc.), y que por lo implícito que contienen, deben ser probados por quien los expone.

c) *Hechos controvertidos* o afirmados por una parte y negados por la otra; son los que más veces se enuncian en el código, demostrando claramente que son el objeto principal de la prueba.

d) *Hechos conducentes* o necesarios para la solución de la diversidad de problemas que el conflicto judicial debe resolver. No basta con el carácter controversial del hecho para que deba probarse, es necesario que se complemente con la conducencia o utilidad probatoria. La conducencia se relaciona con otros hechos enumerados como *necesarios, esenciales, superfluos, gravitantes,* o *trascendentes.*

e) *Hechos pertinentes* que se vinculan con la necesidad probatoria y con la posibilidad de quedar admitidos o reconocidos. Su antónimo, el *hecho impertinente* no es objeto de prueba, porque está prohibido por la ley, o por interpretarse que es formalmente improcedente (arts. 414, 442). Se ligan con los *hechos que no afectan la moral, la libertad personal de los litigantes o de terceros, o que no estén expresamente prohibidos para el caso* (art. 378); también con los *hechos* que deben probar el *presupuesto* que funda la aplicación de un derecho determinado (art. 377 párrafo segundo) .

f) *Hechos lícitos* e *ilícitos.* Esta es una división poco referida en el código, pero de suprema importancia para la prueba porque el art. 356 inciso 1º solamente involucra en la posibilidad de tener por reconocidos, los hechos *pertinentes* y *lícitos* que no se contesten expresa y categóricamente, o directamente se omitan con el silencio, o bajo respuestas evasivas o con una negativa meramente general.

g) Consecuencia de las actitudes del demandado son los *hechos admitidos* o *reconocidos.* La presencia efectiva de un contradictor expone claramente la voluntad del acto, por eso, puede decirse que un *hecho está reconocido* cuando quien contesta la demanda no niega todos y cada uno de los argumentos del actor. Mientras que la incomparecencia necesita esclarecer los efectos subsiguientes, según el proceso continúe en ausencia o rebeldía, a petición del interesado. Sin embargo, tanto el *reconocimiento* como la *admisión* son actos propios del derecho antes que de los hechos.

5.4 Los hechos y la prueba en los procesos por audiencias

Prácticamente todo el conjunto de normas y principios que se han desarrollado esquemáticamente, discurren y se aplican al procedimiento escriturario. De igual modo, se explanan pensando en el principio dispositivo según el cual *iudex debet iudicare secundum allegata et probata partium (*debe el juez fallar según lo alegado y probado por las partes).

Es un encuadre rígido que establece los hechos con un criterio de posesión, donde cada parte debe verificar, confirmar o demostrar (según los criterios de política procesal que se establezcan para la prueba) los hechos que manifiesta como suyos.

Cada uno tiene su versión, su propia lectura y una singular interpretación sobre los efectos que piden y reclaman al juez como derivados de esa subsunción de hechos en el derecho.

En efecto, la cuestión pareciera centrar en las potestades judiciales que se tienen para interpretar los hechos que las partes alegan sin poder ampliarse el cuadro de circunstancias a otros que, por aplicación de principios y presupuestos preadquiridos, quedarían fuera del ámbito litigioso.

En síntesis, el principio dispositivo afirmaría la soberanía de las partes sobre los hechos, y las potestades judiciales se implementarían, únicamente, para que el Juez resuelva el derecho aplicable.

Sin embargo, esta relación convierte al proceso es una lucha entre partes donde el deber jurisdiccional es aplicar la ley (*juris – dictio*), estableciendo un vencedor y un derrotado. Prácticamente, volver a esta consigna que, en pocas líneas reproduce la máxima: dadme los hechos que aplicaré el derecho (*narra mihi factum, dabo tibi ius*), es un contrasentido con el avance hacia un proceso público, en el que las potestades judiciales no pueden quedar postergadas por las alegaciones interesadas de las partes.

"No cabe duda –dice Guasp[459]- que en último término el complejo material de decisión reunido en un proceso es reductible, en cuanto a los elementos que lo componen, a uno de los grupos fundamentales apuntados: es decir, que en esencia está formado por hechos y normas de derecho objetivo. Pero sería erróneo creer que este esquema no contiene sino dos tipos invariables y de fácil identificación y aislamiento. Tal error (el de creer que no existen sino normas jurídicas *puras* y hechos *puros*) es, además, uno de los que han ejercido más nefasto influjo no sólo en la doctrina jurídica sino en la misma evolución jurisprudencial".

"Ya parece excesivamente simplista reducir el mecanismo racional de los principales actos procesales a un silogismo integrado *tan sólo* por dos premisas y la comparación únicamente puede admitirse a condición de que se haga inmediatamente la salvedad de que cada una de estas premisas pueda estar a su vez integrada por otras figuras lógicas análogas. La <<cuestión de hecho>> comprende a su vez dos problemas: el de si la ley basándose en una categoría de hechos garantiza un determinado bien; y el de si un hecho determinado, considerado abstractamente, entra en la categoría prevista por la ley. La <<cuestión de hecho>> consiste en declarar si existen las circunstancias sobre cuya base el juez debe, conforme a la ley, considerar existentes ciertos hechos concretos...".

Mucho menos si el análisis proviene de una sustancial modificación en el esquema procedimental federal, que ha desplazado el desarrollo tradicional de los hechos controvertidos, alegados y conducentes, para dar paso a los *hechos fijados en la audiencia preliminar* que inicia la etapa probatoria del actual proceso por audiencias.

---

[459] Guasp, *Derecho Procesal Civil*, tomo II, cit., ps. 122 y ss.

No se trata, claro está, de sostener que el objeto probatorio no sean los hechos controvertidos; sino de afirmar que éstos hechos pueden seleccionarse por el juez para acotarlos a los que interesan para alcanzar la verdad y poder dictar una sentencia útil y efectiva.

Por eso, el principio dispositivo que prescribe la inactividad del juez se aplica solamente al material de hecho y es, por tanto, de la mayor importancia rehusar incluir en este apartado figuras que lógicamente no encajan en él.

Han sido muchos los esfuerzos de la doctrina para ahuyentar tradicionales errores de interpretación que observan en la potestad jurisdiccional debidamente aplicada, un caso evidente de autoritarismo judicial. Pareciera, con ello, no comprenderse que hay cuestiones que no necesitan estar alegadas y controvertidas para poder apreciarse por máximas de experiencia, o por reglas derivadas de usos y costumbres, o ejecutables de acuerdo con tradiciones sociales.

El juez que busca la verdad no comete arbitrariedad alguna, porque en la persecución de la eficacia y, en definitiva, la seguridad jurídica, podrá distinguir entre "hechos" y "afirmaciones", para llegar a la conclusión de que solamente los primeros se prueban y los segundos se deducen o interpretan de acuerdo con las constancias de la causa y lo que el mismo magistrado debe procurarse.

Dice Guasp[460] que, lo que hemos de hacer, por tanto, es centrar el estudio sobre cada uno de estos elementos y ver a cual de ellos cabe aplicar el nombre de <<hecho>>, tomando esta noción en su sentido general –no estrictamente jurídico- pero depurada de todas las imprecisiones que el mismo sentido general le atribuye. En tal sentido, resulta de sumo interés recoger la distinción de Danz entre hecho y afirmación jurídica. No hay que olvidar que Danz se propone en su estudio afirmar conclusiones relacionadas con nuestra tesis (Guasp) y emplea conceptos que nosotros también estamos en la precisión de utilizar".

Partiendo de esta idea, la definición que de <<hecho>> pudiera darse habría de aludir por modo forzoso al concepto de acatamiento, o de lo que no solamente es existente sino que existe en realidad", pero esto sería equivocado. "Si quisiéramos hallar la esencia íntima de la realidad en que el hecho consiste, tendríamos acaso que buscarla en la idea de que el hecho es un acaecimiento que tiene dimensiones concretas en el tiempo y en el espacio. La realidad espacio – temporal es una de las notas esenciales del concepto. Una ulterior afirmación de ésta para dejar depurada plenamente la noción, obligaría a tales disgresiones, propias más bien de la Filosofía o de la Teoría General del Derecho..." .

Tampoco se altera la regla de la carga probatoria, tan afincada en el principio de bilateralidad y contradicción, porque la prueba se adquiere en beneficio y detrimento de ambas partes, sin importar quien la aporta ni quien reporta su aplicación.

6. La actividad probatoria y sus nuevas reglas

Lógicamente, a esta altura de la exposición, se deben ir alcanzando conclusiones parciales: ya se sostuvo que el proceso no puede trabajar sobre ficciones, en cuyo caso, si el objetivo es alcanzar la verdad, los medios disponibles para conseguirla deben privilegiar el principio de la libertad.

> Gráficamente dice Sentís Melendo[461] que, si la prueba es verificación, y creo que difícilmente se pueda discutir, ¿quién puede verificar sin sentirse en absoluta libertad para hacerlo? Si lo que se verifica son afirmaciones, ¿quién puede formularlas sin gozar de esa libertad que al Juez le es necesaria para verificarlas? Es posible que hayan de practicarse averiguaciones y también para eso necesitará el ciudadano o la autoridad, toda la libertad. Ya hemos dicho que se prueba haciendo uso de fuentes con determinados medios ¿puede, entonces, limitarse la verdad?

---

[460] Ibídem, p. 124.

[461] Sentís Melendo, *La prueba…,* cit., p. 32.

Asimismo, también se afirmó que los hechos deben ser auténticos y aunque sean producto de una narrativa ingeniosa, donde las circunstancias se relaten y argumenten desde una perspectiva favorable, no podrán ser irreales o ficticios porque, de hacerlo, se violaría manifiestamente el principio de buena fe en el proceso, llevando esa conducta a consecuencias desfavorables por el propio accionar artero y desleal.

Inmediatamente, entonces, comienza a advertirse que todo el problema probatorio radica en la actividad, antes que en los medios, y sin demasiada implicancia en la apreciación que, en definitiva, resulta un tema propio de la fundamentación de las sentencias.

Al sostener que la prueba es actividad, y sin que esta calificación suponga decir que la prueba es un mero procedimiento de fijación normal de los hechos controvertidos, el análisis se circunscribe a las afirmaciones y negaciones, básicamente presentados como hechos controvertidos y conducentes.

Estos hechos son verdaderos, si la base fáctica no fue deformada por las alegaciones de partes, debiendo ser objeto y finalidad de la prueba, producir una confirmación de los dichos para producir en el ánimo del juzgador una certeza, no lógica ni matemática, sino psicológica sobre la existencia o inexistencia de los hechos afirmados. Esto es, desde una visión objetiva, lo que sucede en la práctica: El juez debe fallar *beyond any reasonable doubt* (más allá de toda duda razonable).

Con este juego dialéctico, a las partes les corresponde asumir la demostración de los presupuestos de hecho contenidos en la norma sustancial fundante de sus respectivas pretensiones (carga probatoria), sin perjuicio de la iniciativa personal que el director del proceso decida, ante la insuficiencia, y en vista de arribar a la verdad.

> Explican De la Oliva y Fernández[462] que el enjuiciamiento final a que tiende el desarrollo normal del proceso suele exigir una reconstrucción de hechos o, para decirlo en términos clásicos, un *juicio de hecho*, sobre el cual se proyectan las normas aplicables, determinando así el pronunciamiento definitivo del órgano jurisdiccional sobre el objeto u objetos del proceso. Las normas se *aplican* a unos hechos o éstos se *subsumen* en unas normas deduciéndose una consecuencia jurídica, más o menos compleja, que el tribunal asume y convierte em contenido esencial de la sentencia.
>
> Cabe asegurar que ningún juicio prescinde de aquel *juicio de hecho*, incluso si la reconstrucción de lo que se ha llamado "pequeña historia del proceso" no es posible, en el sentido de que los hechos en cuestión permanecen inciertos o dudosos.

6.1 La carga probatoria

Es ésta una de las primeras renovaciones que tiene la teoría general de la prueba para adecuar sus principios al debido proceso constitucional.

Se inspira la idea en la posibilidad de otorgar al juez impulso propio sin quedar restricto por el principio *judex debet judicare secundum allegata et probata a partibus.*

Sin necesidad de repetir el suceso histórico conocido como tránsito del procedimentalismo hacia el procesalismo, la alteración del precepto tradicional que impone probar a quien afirma, nace cuando el juez asume la dirección material del

---

[462] De la Oliva, Andrés – Fernández, Miguel Angel, *Derecho Procesal Civil*, tomo II, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1994, p. 244.

proceso, dejando al principio dispositivo (el proceso es cosa de y entre partes) como un baluarte entre los presupuestos de la acción pero sin implicancias en la conducción del litigio. Esta idea ha progresado notoriamente en el mundo, desplazando prácticamente por completo la idea del juez desinteresado e indiferente.

> Decía el profesor de París, Roger Perrot, en oportunidad del Congreso Internacional de Derecho Procesal celebrado en Wurzbürg (Alemania) en 1983, que el rol activo del juez contemporáneo, enfrenta a aquel otro, neutro y pasivo que aguardaba que los litigantes le aportaran todo el material probatorio. Este magistrado es hoy una imagen caduca, y, si bien el órgano judicial no puede establecer mas allá de las pretensiones de las partes, el juez moderno está llamado, sin embargo, a desempeñar un incanjeable papel en la búsqueda de prueba, en la medida que es su deber descubrir la verdad (o hacer todo lo posible para descubrirla).

No debe interpretarse la función, como una obligación probatoria a cargo del juez, todo lo contrario; se trata, tan solo, de orientar la funcionalidad de la prueba en la dimensión del objetivo que se persigue. Esto significa que, si la verdad es el norte, todos deben encaminarse hacia allí, postergando la visión individualista que pensaba que el camino era solo para las partes, porque el Juez no tenía que recorrer sendero alguno al no tener un deber al respecto.

En suma, la personalización de la prueba se abandona por la solidaridad que proviene del principio de publicización, que privilegia la colaboración de las partes en la búsqueda de una solución real -no formal- del conflicto que los enfrenta.

> Cappelletti examina esta característica y señala lo siguiente: "La abolición, aun total del poder monopolístico de las partes respecto de las pruebas, es un aspecto -quizás el más importante- de la sustracción a las partes del poder de dirección "formal" del proceso. Este no es ya cosa de las partes, como era típicamente el lento proceso común y el proceso "liberal" del siglo XIX. Les queda a las partes (normalmente) privadas, el poder exclusivo de elegir entre pedir o no la tutela jurisdiccional de un (pretendido) derecho suyo; les queda a ellas el poder exclusivo de determinar los límites esenciales de la acción -límites subjetivos (personal), objetivos (petitum), causales (causa petendi)- y por consiguiente los límites esenciales de la decisión y del fallo. El Juez no puede, en principio, ni obrar de oficio, ni sobrepasar aquellos límites queridos y determinados por las partes privadas. Subsiste, por consiguiente, en sustancia, para el proceso civil su núcleo o, si se prefiere, su objeto privado. Pero sobre este núcleo, dejado a la exclusiva potencia de disposición del sujeto (normalmente) privado, se construye una "cáscara", una envoltura -un proceder-, que está en cambio sustraído a aquella potencia de disposición; una vez instaurado un proceso civil, el modo, el ritmo, el impulso del proceso mismo son separados de la disponibilidad, inmediata o mediata de las partes, y por consiguiente también de las maniobras dilatorias y retardatarias de alguna de las partes, regulados en cambio por la ley misma con normas absolutas, o bien -y más a menudo- por el Juez con poderes discrecionales, en el ejercicio de los cuales él podrá y deber tener en cuenta las concretas exigencias del caso, en un espíritu no de vejación, sino de activa colaboración con las partes"[463].

6.2 Manifestaciones jurisprudenciales de la variación en la carga probatoria

La perspectiva que se abre no es novedosa si se atiende la evolución jurisprudencial, inclusive, la que diseña nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación, desde el ya señalado caso "*Colalillo*".

---

[463] Cappelleti, Mauro, *La oralidad y las pruebas en el proceso civil*, Ejea, Buenos Aires, 1972, p. 256.

> En efecto, se ha dicho que las reglas atinentes a la carga de la prueba deben ser apreciadas en función de la índole y características del asunto sometido a la decisión del órgano jurisdiccional, principio éste que se encuentra en relación con la necesidad de dar primacía --por sobre la interpretación de las normas procesales-- a la verdad jurídica objetiva, de modo que su esclarecimiento no se vea perturbado por un excesivo rigor formal (CS, 20 de agosto de 1996, "*Baiadera, Víctor F.*", La Ley, 1996-E, 679 [39.152-S]).

Tras la afirmación, no se esconde que la distribución del deber de probar tiene repliegues fundamentados en el tipo de procesos, porque como se adelantó, una cosa es la carga de la prueba en los procesos sociales y otra diferente en los de tipo inquisitivo. No obstante, hay situaciones que muestran una tendencia hacia la generalización de las circunstancias, porque no se ve la razón por la cual quien alega inocencia no quiera demostrarlo, amparándose en el estado de inocencia; como tampoco tendría sentido obligar al demandado a probar si por su propia conducta puede tener resultados aleccionadores que le vuelvan en contra sus actos (v.gr.: art. 163 inciso 5º, CPCC).

> Por tanto, la lectura se concreta a lo siguiente: "las disposiciones relativas a la carga de la prueba deben apreciarse según la índole y características propias de la controversia, dándole primacía a la verdad jurídica objetiva por sobre la interpretación de las normas procesales, pues lo contrario importaría incurrir en un excesivo rigor formal" (CS, 6 de febrero de 2001, "*Galli de Mazzucchi, Luisa V. c. Correa, Miguel A. y otro*", La Ley, 2001-C, 959 - DJ, 2001-2-596).

Pero, exponer la *verdad jurídica objetiva*, tiene al mismo tiempo un cierto contrasentido. Si venimos afirmando la existencia de solo una verdad, ¿cómo es factible sostener que haya una verdad jurídica y que sea ésta objetiva?

En realidad, el adjetivo se pone como una cualidad de la verdad adquirida en el proceso, asumido como la verdad discernida de los hechos; mientras que a nuestro entender sería incorrecto plantearlo como "objetivo", porque dichas alegaciones son apreciadas "subjetivamente", y se expresan como valoración de la prueba en la sentencia.

> La solidaridad probatoria tiene otras proyecciones manifiestas. Por ejemplo, no cabe imponer al peticionante del resarcimiento por violación de una caja de seguridad la prueba inequívoca sobre la veracidad del contenido que ha sido sustraído, pues sobre él recaería una carga cuyo cumplimiento sería virtualmente imposible, dada la ausencia de exteriorización que se sigue respecto de los objetos ingresados al lugar, con grave menoscabo de su defensa en juicio (del voto en disidencia del doctor Boggiano. La mayoría declaró inadmisible el recurso) (CS, 15 de febrero de 2000, "*García, Héctor O. y otro c. Banco de Quilmes*", La Ley, 2000-E, 231, con nota de Roberto A. Vázquez Ferreyra - DJ, 2000-2-1160).

Las pruebas leviores, diabólicas o de práctica imposible, demuestran que la carga de la prueba no cumple por sí sola una función en la actividad y sus resultados. Cuando las presunciones traen argumentos de prueba, la inversión del "onus probandi" o la colaboración en la persecución de la verdad resulta necesaria e ineludible.

Obsérvese que el deber de colaboración no supone obligar al demandado a afectar su derecho de defensa, en la medida que la ocultación de hechos es un acto de deslealtad procesal que condiciona la obtención de la verdad.

> En tal sentido se ha dicho que, el incumplimiento del deber de informar y de colaborar en el proceso, incurrido por el cirujano y el anestesista que confeccionaron una historia clínica que contiene severas irregularidades, permite trasladar la carga de la prueba hacia ellos, correspondiéndoles acreditar de manera fehaciente que no medió culpa apta para generar responsabilidad de su parte. En el caso, la mayoría del tribunal consideró inadmisible el

> recurso extraordinario por aplicación del art. 280 del Código Procesal (del voto en disidencia de los doctores Fayt y Vázquez) (CS, 10 de mayo de 1999, "*R., A. c. Porcella, Hugo y otros*", RCyS, 2000-496 - JA, 1999-IV-581).

Otras veces, es evidente la dificultad fáctica -no imposibilidad- que existe para acreditar el dolo o la grave negligencia en los términos de la doctrina de la real malicia, habida cuenta de que para lograr ello se debería tener acceso a los archivos del periodista u órgano de prensa demandado, a las constancias relativas a entrevistas, investigaciones previas, conferencias, correspondencia, etc., encontrándose el actor en muchos casos con el valladar que significa el mantenimiento de las fuentes de información.

> Ante tal estado de cosas, debe buscarse un adecuado equilibrio, que sin restar efectos a la doctrina de la real malicia como útil herramienta para contribuir al sostenimiento de una prensa libre, tampoco deja indefenso al individuo frente a una injusta agresión periodística, extremo éste que se logra colocando también en cabeza del órgano de prensa la carga de aportar solidariamente la prueba de signo contrario indicada, máxime ponderando que es dicho medio quien, precisamente, está en mejores condiciones profesionales, técnicas y fácticas de hacerlo (del voto en disidencia del doctor Vázquez) (CS, 27 de diciembre de 1996, "*Ramos, Juan J. c LR3 Radio Belgrano y otros*", La Ley, 1998-B, 299, con nota de María Angélica Gelli - DJ, 1998-1-643).

Igual sucede con otras disposiciones sustanciales que cambian normativamente la regla de probar.

Asimismo, hay supuestos donde la carga probatoria no reconoce ni distingue obligados individuales. Por ejemplo en materia de simulación, la prueba de indicios o presunciones la tienen ambas partes. A quien la invoca le incumbe demostrarla y la parte demandada tiene que colaborar con su aporte probatoria para acreditar la efectiva realidad del acto, sin que con ello se derogue de un modo absoluto el principio general de que la prueba debe ser proporcionada por quien alega el hecho.

Igual sucede con la posesión de estado, o en materias particulares se afirma que, si bien la carga de probar la carencia de medios económicos y la imposibilidad de obtener los necesarios para afrontar los gastos del proceso recae sobre quien solicita el beneficio de litigar sin gastos, es imprescindible que su contraria acredite la inexactitud de los dichos invocados en sustento de la pretensión, aportando lo necesario para justificar los hechos positivos que revelen la existencia de otros recursos pues, de lo contrario, si se exigiera la demostración fehaciente de que no es cierta la pobreza del solicitante, se desconocería el régimen del "*onus probandi*" y se impondría la prueba de un hecho negativo[464].

En definitiva, la jurisprudencia consolida la orientación que elastiza la tensión de la carga de probar por quien afirma, instalando un nuevo criterio en la valoración de las conductas sostenidas en la etapa de pura actividad verificatoria.

¿Son reglas nuevas en el debido proceso?

Quizás no, en sentido puro y técnico. Pero no se descarta que ello incide al tiempo de medir los resultados, lo que significa que la prueba no es una operación matemática, sino un juego de persuasiones donde el fin es alcanzar suficiente certeza

---

[464] CNCiv., Sala A, 8 de agosto de 1994, "*Piana, Catalina C. c. Cesarini, Luis A.*", La Ley, 1995-E, 569, J. Agrup., caso 10.618.

sobre hechos verdaderos; por eso, la reticencia de una parte no puede ser convalidada con la indiferencia de quien juzga.

Hace algun tiempo la Corte nacional concreta esta idea diciendo que […]:

> La actitud procesal asumida por la defensa no es causa suficiente para excusar a la indiferencia de los magistrados respecto de la estricta observancia de los principios que rigen la carga de la prueba ni tampoco de la objetiva verdad de los hechos, cuando una prueba aparece en la causa y es declarada por los jueces de grado como de decisiva relevancia para la justa decisión del litigio (del voto en disidencia de los doctores Fayt, Belluscio, Petracchi y Bossert) (CS, 16 de febrero de 1999, "*San Martín Aguiar, Julio C. y otro*", La Ley, 1999-C, 137 - DJ, 1999-2-518).

6.3 La carga de la prueba en la jurisprudencia de la Corte IDH

La Corte IDH estableció desde los primeros casos contenciosos un criterio particular sobre las obligaciones emergentes de la carga probatoria. Si bien es cierto, ellos se relacionaron con expedientes sobre desaparición forzada de personas, también lo es que marcaron un camino sobre la necesidad de investigar y saber la verdad en los casos planteados.

En "*Velásquez Rodríguez*"[465], determinó algunos criterios de valoración de las pruebas aplicables. Aunque reconoció que ni la Convención ni el Estatuto de la Corte o su Reglamento trataban esta materia, usó estándares del derecho internacional que permitían valorar libremente las pruebas, sin suministrar una rígida determinación del *quantum* de prueba necesario para fundar un fallo a dictar.

Dijo esto con el entendimiento que, para un tribunal internacional, los criterios de valoración de la prueba son menos formales que en los sistemas legales internos. En cuanto al requerimiento de prueba, esos mismos sistemas reconocen gradaciones diferentes que dependen de la naturaleza, carácter y gravedad del litigio.

La Corte –sostuvo- no puede ignorar la gravedad especial que tiene la atribución a un Estado Parte en la Convención del cargo de haber ejecutado o tolerado en su territorio una práctica de desapariciones. Ello obliga a aplicar una valoración de la prueba que tenga en cuenta este extremo y que, sin perjuicio de lo ya dicho, sea capaz de crear la convicción de la verdad de los hechos alegados.

> En el considerando 130, se agregó que: "La práctica de los tribunales internacionales e internos demuestra que la prueba directa, ya sea testimonial o documental, no es la única que puede legítimamente considerarse para fundar la sentencia. La prueba circunstancial, los indicios y las presunciones, pueden utilizarse, siempre que de ellos puedan inferirse conclusiones consistentes sobre los hechos".
>
> Esta corriente fue seguida en varios casos más, donde se ha sostenido que "en los procesos sobre violaciones de los derechos humanos, la defensa del Estado no puede descansar sobre la imposibilidad del demandante de allegar pruebas que, en muchos casos, no pueden obtenerse sin la cooperación del Estado" (Caso *Velásquez Rodríguez*, Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C nº 4, párr. 135; Caso *Godínez Cruz*, Sentencia de 20 de enero de 1989. Serie C nº 5, párr. 141).

En materia de pruebas, y aun sin definir el objetivo que ella lleva para los procesos internacionales, sostuvo que tratándose de obtención y valoración necesarias

---

[465] *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras,* sentencia del 29 de Julio de 1988, ya citada.

para la decisión de los casos que conoce puede, en determinadas circunstancias, utilizar tanto las pruebas circunstanciales como los indicios o las presunciones como base de sus pronunciamientos, cuando de aquéllas puedan lograrse complementos sólidos que manifiesten el acto denunciado[466].

Pero estos procesos tan trascendentes por la magnitud del tipo investigado (desaparición forzada de personas), han orientado hacia un deber del Estado de investigar por todos los medios y por todos los funcionarios encargados de velar por el respeto y cumplimiento de los derechos humanos. El deber de investigar lleva a otro derecho, el de saber qué pasó con las víctimas y cuál es la verdad acerca de los hechos ocurridos.

De ellos nos ocupamos en el capítulo siguiente.

> En el libro "*Derecho Procesal Transnacional*" [467] observamos que el criterio antes reseñado, demuestra un cambio significativo en el concepto arraigado de obtención de prueba por parte del interesado, girando el concepto hacia una visión solidarista donde el Estado debe comprometer su colaboración procesal para investigar los hechos. Esta correspondencia, no obstante, no supone modificar sustancialmente el emplazamiento de la parte, en sentido procesal; ni refleja un contrasentido del principio constitucional que admite el silencio como toda respuesta cuando de la producción de pruebas se declara contra sí mismo.
>
> A lo que se tiende es a lograr que del Estado provenga suficiente colaboración para llegar a la verdad, y con ello, a corregir el déficit apuntado en la escasa protección de los derechos del hombre. El deber de investigar subsiste aun ante situaciones abstractas, como cuando se dice que "*el deber de investigar hechos de desaparición de personas subsiste mientras se mantenga la incertidumbre sobre la suerte final de la persona desaparecida; incluso si en el supuesto de que circunstancias legítimas del orden jurídico no permitieran aplicar las sanciones correspondientes a los individualmente responsables de delitos de esa naturaleza, el derecho de los familiares de las víctimas a conocer cuál fue el destino de ésta y, en su caso, donde se encuentran sus restos representa una justa expectativa que el Estado debe satisfacer con los medios a su alcance"*.

7. El derecho a probar como manifestación del debido proceso

La actividad probatoria es formal y reglada, lo que no significa que los límites impuestos puedan socavar el derecho a defenderse a través de los esfuerzos verificatorios que se intenten y promuevan.

Básicamente el derecho consiste en admitir todas las pruebas que sean lícitas y pertinentes, y en poder practicarlas. Se trata de hilvanar la propuesta con la producción, y en materia penal se hace extensivo a criterios abiertos que actúan como complementos de la prueba, como los indicios y las presunciones.

> Pico i Junoy[468] estudia el principio y sostiene que, el derecho a la prueba es aquél que posee el litigante consistente en la utilización de los medios probatorios necesarios para formar la convicción del órgano jurisdiccional acerca de lo discutido en el proceso [...]. El carácter subjetivo del derecho a la prueba se manifiesta en que su ejercicio requiere la

---

[466] *Caso Gangaram Panday*, Sentencia del 21 de enero de 1994, Serie C Nº 16, párr. 134.

[467] Gozaíni, Osvaldo A., *Derecho Procesal Transnacional. Los procedimientos en la Comisión y ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Tirant lo Blanch, México, 2014, ps. 189 y ss.

[468] Pico i Junoy, Joan, *El derecho a la prueba en el proceso civil*, Bosch, Barcelona, 1996, ps. 145 y ss.

> voluntad de una de las partes, pues éstas son las que tienen el poder de proponer el medio probatorio que pretenden sea admitido, practicado y valorado judicialmente. En consecuencia, el derecho a la prueba implica, en primer lugar, el derecho a que se admita toda aquella prueba que, propuesta por alguna de las partes, respete los límites inherentes a la actividad probatoria y los debidos a los requisitos legales de proposición. En segundo lugar, supone que el medio probatorio sea practicado, pues, en caso contrario, estaremos en presencia de una denegación tácita del mencionado derecho...[...] Por último, debemos destacar que el derecho a la prueba puede, en ocasiones, alcanzar a las diligencias para mejor proveer...En consecuencia, el derecho a la prueba no supone, *a priori*, un derecho a la realización de las diligencias que, para mejor proveer, soliciten las partes [...] En último término, el derecho a la prueba conlleva que el medio probatorio admitido y practicado sea valorado por el órgano jurisdiccional (valoración motivada que tiene lugar en la sentencia) ya que, en caso contrario, se le estaría sustrayendo toda su virtualidad y eficacia.

Por eso, cuando uno refiere al derecho fundamental (constitucional) a la prueba, realiza un esfuerzo de síntesis en lo que significa ofrecer, probar, persuadir y obtener un resultado por la tarea de convencer probando.

Significa tanto como advertir que la búsqueda de la verdad que permita dictar una sentencia ajustada a hechos ciertos debe celebrarse en el interés común de todos los operadores jurídicos y no, solamente, como el producto de satisfacción entre litigantes enfrentados.

Por tanto, la garantía opera como salvaguarda del derecho de defensa, al establecer principios de naturaleza superior a las simplemente adjetivas o rituales, como son las de impedir que se apliquen en la sentencia hechos que no están probados, o que se valoren hechos inexistentes, o en su caso, que se consideren pruebas ilegítimas o que no hayan tenido control bastante o suficiente de la parte contra quien se oponen.

En consecuencia, el derecho constitucional a la prueba es un derecho que transita por una avenida de doble mano: por una vía, acompaña el interés del Estado, representado en el juez, para lograr certeza suficiente y sentenciar sin dudas razonables; por otra, recorre el interés de las partes para que la actividad probatoria responda a consignas invariables: libertad de la prueba; control de las partes; producción específica; y apreciación oportuna y fundamentada.

> Para Morello[469], la posibilidad de desembocar en el deseado *acertamento* de la verdad de los hechos conducentes (hechos alegados por las partes o para algunos integrados por la contribución activa del juez), se ha de manejar (o debe estar en flexible disposición del litigante) un procedimiento que facilite o concurra al logro de esa "verdad". Son factores necesarios u oportunos para la eficacia de tal mecanismo, entre otros que se predican a esos propósitos y representan líneas de tendencias: a) la reducción de las reglas de exclusión de los medios de prueba; b) la introducción de instrumentos que aseguren la adquisición de la prueba; c) la extensión del poder de iniciativa instructoria del Juez; d) la adopción de un método eficaz para la asunción y práctica de la prueba, y e) el criterio de libre valoración de la prueba.

A veces esta tendencia se armoniza con el derecho a ser oído, permitiendo a la parte, o en su caso al imputado, que puedan ejercer el inviolable derecho de defensa mediante una adecuada participación en el proceso que le asegure primordialmente la oportunidad de ser escuchado y de ofrecer y producir pruebas. Es el mismo respeto de la

---

[469] Morello, Augusto Mario, *La prueba. Tendencias modernas*, Platense-Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1991, ps. 89 y ss.

garantía de la defensa en juicio que se reclama para la observancia de las formas sustanciales del proceso penal relativas a la acusación, defensa, prueba y sentencia.

> En efecto, las garantías del debido proceso y la defensa en juicio exigen que la acusación describa con precisión la conducta imputada, a los efectos de que el procesado pueda ejercer en plenitud su derecho de ser oído y producir prueba en su descargo, así como también el de hacer valer todos los medios conducentes a su defensa (CS, 1 de septiembre de 1992, "*González, Hilario R.*", La Ley, 1993-B, 49 - DJ, 1993-2-422).
>
> La garantía constitucional de la defensa en juicio requiere que se otorgue a los interesados ocasión adecuada para su audiencia y prueba en la forma y con las solemnidades dispuestas por las leyes procesales y ello no acontece cuando el sentenciante se aparta de los términos de la relación procesal, accediendo a una pretensión no formulada por las partes con quebrantamiento del debido proceso que no puede cohonestarse con la interpretación de normas de derecho común que realiza el pronunciamiento apelado que, por tanto, debe dejarse sin efecto (CS, 20 de marzo de 1979, "*González, Silvano A. c. C. A. P.*", La Ley, 1979-D, 615 [35.289-S]).
>
> Asimismo, se afirma que no es posible aprovechar las pruebas obtenidos con desconocimiento de garantías constitucionales, principio que no permitiría reconocer en el proceso prueba adquirida en virtud de un allanamiento ilegal, pues ello importaría una violación a las garantías del debido proceso y de la defensa en juicio, que exigen que todo habitante sea sometido a juicio en el marco de reglas objetivas que permitan descubrir la verdad, partiendo del estado de inocencia, de modo tal que sólo se reprima a quien sea culpable, es decir, aquél a quien la acción punible le pueda ser atribuido tanto objetiva como subjetivamente (CS, 4 de octubre de 1988, "*Gordon, Aníbal y otro*", La Ley, 1989-B, 447, con nota de Alejandro D. Carrió).
>
> Por tanto, debe dejarse sin efecto la sentencia que rechazó la demanda de daños y perjuicios, dado que la interpretación de la prueba realizada por el a quo se limita a un análisis aislado de los diversos elementos de juicio obrantes en la causa, pero no los integra ni los armoniza debidamente en su conjunto, circunstancia que lo lleva a desvirtuar la eficacia que, según las reglas de la sana crítica, corresponde a los distintos medios probatorios. Ello así, pues no obstante referirse los agravios de la apelante a cuestiones de hecho y prueba, tal circunstancia no resulta óbice decisivo para habilitar la apelación extraordinaria cuando median razones de entidad suficiente para demostrar la existencia de un menoscabo al derecho de defensa en juicio que autorizan a descalificar lo resuelto(CS, 13 de febrero de 1986, "*Grocci de Regía, María C. c. Jurado, Oscar A. y otros*", La Ley, 1986-D, 415 - DJ, 986- 2-792).

En suma, la idea que aflora de estos conceptos se concreta al sostener que, el proceso no debe conducirse en términos estrictamente formales con menoscabo del valor, justicia y garantía de la defensa en juicio y por ello, no debe desentenderse a la verdad jurídica objetiva de los hechos que de alguna manera aparecen en la causa como decisiva relevancia para la pronta decisión del litigio.

De alguna manera, esta tendencia consolida la buena doctrina que explica la Corte IDH cuando instala en el campo de la prueba, la obligación de no privar a las partes (y a su descendencia directa e indirecta) el derecho a saber la verdad.

8. Las principios del debido proceso en la prueba

En tren de conclusiones pueden encontrarse nuevas reglas en la actividad probatoria que se vinculan con el emplazamiento actual del debido proceso. La orientación general que se establece no significa ni debe llevar a confundir los principios con las reglas comunes del proceso contradictorio. En el plano de las ideas, lo

perseguido es bosquejar una plataforma común de ambiciones, en las que básicamente, se potencia el sentido de *los deberes* antes que *los derechos.*

En otros términos, no se desconoce el valor que tiene para el derecho de defensa en juicio, ampararse en la cómoda posición de obligar a la prueba a una sola de las partes. Pero afirmar esto como consigna, supone tanto como ratificar que la carga probatoria es también un límite para encontrar la verdad, y que al proceso no le interesa descubrirla.

Además, como la actividad probatoria exige resultados, dejar que el esfuerzo sea llevado por uno solo, no es equilibrar la balanza porque ésta tiene con el *onus probandi* un contrapeso considerable.

En consecuencia, el conocimiento judicial tiene que trabajar sobre hechos afirmados que sean veraces; con ellos se podrá llegar a la certidumbre necesaria para resolver el conflicto, *mas allá de toda duda razonable*.

Entonces, la carga probatoria no es una exigencia de actividad destinada a la parte que demanda o pretende, sino una consecuencia dirigida al juez para apreciar la falta de prueba sobre los hechos afirmados y negados.

> Sin pretender sacar de contexto la afirmación de Montero Aroca[470] (quien piensa distinto a lo que aquí se sostiene), dice el profesor de Valencia que, con sólo este principio para el tribunal es indiferente quién ha probado los hechos alegados. La alegación por el demandante de los hechos que fundamentan la pretensión (hechos constitutivos) sí es manifestación del principio dispositivo, y que también lo es la alegación por el demandado de los hechos excluyentes, mientras que todos los demás hechos (impeditivos y extintivos), que no conforman la pretensión ni la excluyen, ha de ser, sí, alegados por las partes, pero para que el Juez los tenga en cuenta no es preciso distinguir cuál de ellos los ha alegado. Pues bien, el principio de adquisición procesal supone que, estando los hechos bien alegados, cualesquiera hechos, y estando probados, el tribunal ha de partir de ellos en la sentencia, sin referencia a cual de las partes los ha probado.

¿Dónde están las diferencias en las reglas?

a) Los *hechos alegados* son los que se llevan al proceso por las partes y en torno de los que se suscita el ámbito contingente de la controversia. Estos hechos pueden resultar versiones de una mismo caso adaptados a la posición jurídica de quien los afirma; pero no pueden estar distorsionados ni cambiados: son hechos veraces, auténticos, con la singularidad que no expresan todo lo que pudieran decir.

De estos hechos se han de deducir los efectos jurídicos respectivos, que conforman la pretensión de la parte (v.gr.: quien aduce la culpa del otro en un accidente de tránsito, persigue una reparación indemnizatoria; para ello tendrá que probar la relación causal entre el hecho y la persona, y una vez practicado, procurar que se apliquen las consecuencias *de iure*). Estos hechos existen, y a cada parte le corresponde probar lo que afirmó como ocurrido.

La disponibilidad de los medios de prueba pone en tela de juicio este axioma, porqué si quien alega la existencia de un contrato que la otra parte niega, siendo que es ésta quien posee el instrumento material que lo consigna, bastaría con negar y dejar que el otro pruebe, para tornar de imposible producción y hallazgo la verdad contenida en y por el documento.

---

[470] Montero Aroca, *La prueba en el proceso civil,* cit., p. 67 y ss.

El problema está en saber si al contrario se lo puede forzar a producir prueba en su contra, siendo que entre las reglas del debido proceso aparece la bilateralidad del contradictorio y la controversia en igualdad de reglas y condiciones, como uno de los paradigmas que sostienen la máxima fundamental.

No obstante, si el fin de la prueba es alcanzar convicción y certidumbre sobre la verdad de los hechos planteados, la dicotomía entre quien afirma una existencia que el otro desconoce no puede ser resuelto sobre una ficción legal. Recuérdese que –como decía Carnelutti- el procedimiento mediante el cual se descubre una verdad no afirmada, no corresponde al concepto de prueba, porque la actividad en sí misma es una verificación de ambas partes[471].

Puede suceder que el deber se considere respecto a dos tipos o modelos; por ejemplo, si nos referimos a la investigación propia del proceso penal, la actividad es más de averiguación o de búsqueda; mientras que en los procesos privados, particularmente los civiles y comerciales, se puede hablar de confirmación, corroboración, o simplemente de demostrar la verdad o falsedad de las alegaciones hechas en el proceso. En el primer supuesto, el deber de colaborar tiene matices que eliminan la fortaleza del deber compartido de probar, porque existen otros principios que entronizan sobre ello, el principio de inocencia y la garantía de libertad que tiene el imputado; en su caso, la duda probatoria tiene para él una consecuencia diversa, pero nunca lo obligará a probar en su contra. En cambio, en materia civil, la certeza (que otros como Calamandrei prefieren señalar como verosimilitud) es un objetivo para sentenciar; y la verdad, no es un estándar sino la propia finalidad del litigio.

Ahora bien, si trasladamos una u otra teoría al terreno de los procesos constitucionales, la cuestión es distinta, porque en estos se trabaja sobre la interpretación de hechos manifiestos, o actos lesivos de derechos constitucionales, o privación de garantías fundamentales, donde la actividad jurisdiccional debe ser distinta a la que tenga la actividad de las partes en conflicto. Hay un deber de custodia de la Constitución y de todo lo convencional, de manera que hay principios superiores, donde en primer lugar aparece el derecho a la verdad.

b) La *distribución de la carga de la prueba*, a los fines de establecer reglas o criterios de apreciación para un debido proceso, no tienen más utilidad que analizarla al tiempo de apreciar la actividad probatoria. Esto lleva al espacio propio de la valoración para dictar sentencia, que es cuando, sin que signifique una sanción contra el renuente y un premio para el diligente, el juez advierte que puede dictar sentencia considerando únicamente los hechos probados.

Por eso, la falta de prueba sin resultar una pena contra quien no pudo demostrar o confirmar una versión, tiene un efecto perjudicial para quien debió actuar interesado para acreditar lo que dijo; pero, al mismo tiempo, como no es una penalización por la falta de actividad, se debe resolver la causa o motivos por los cuales no se pudo concretar la verificación necesaria. Obran en la especie, los principios de negligencia y caducidad de la prueba para quien se desinteresa de la producción oportuna; o bien,

---

[471] Carnelutti, *La prueba…,* cit., p. 112.

desde el polo opuesto, la acción de presunciones, indicios o principios de prueba, que favorecen a quien se ve frustrado por su contraria para lograr el medio que persigue.

El temperamento que guía al juez es la búsqueda racional de la verdad con los medios aportados por las partes; y si ellos estuvieron disponibles y no sufrían, en principio, obstáculos para su producción, la ausencia de ellos en el proceso actúa en contra de quien no los trajo.

Mientras que el caso contrario, esto es, cuando la prueba es de difícil obtención; o si depende del aporte del adversario; o cuando son de reproducción imposible, es obvio que se invierte la regla, y no se pueden aplicar las consecuencias previstas para la falta de prueba.

> Por ejemplo, existe apartamiento manifiesto de los hechos probados cuando se indica que, incurre en notorio rigorismo formal que impidió la posibilidad de acceder a la verdad objetiva a la decisión que dio por perdido el derecho a ofrecer prueba a la actora en virtud de que su escrito fue presentado 7 minutos después de vencido el plazo de gracia, sobre la base de defensas no opuestas por la contraria y destacando la falta de demostración de la fuerza mayor eximente, omitiendo tener en cuenta que la demandante había ofrecido prueba para acreditarla y que no se produjo porque el juez de 1ª instancia la creyó innecesaria (CS, 1 de julio de 1980, "*Asociación de Modelos Argentinos c. Agencia de Publicidad Lintas, S. A.*", Fallos, 302:674).
>
> Corresponde dejar sin efecto la sentencia si las apreciaciones del a quo referidas al pago de los salarios caídos no se basan en un análisis suficiente del problema planteado, habida cuenta que al modificarse la calificación del encuadre normativo de la baja dispuesta y acordarse el pago de la indemnización legal, no se expresó causa jurídica suficiente que, en tales circunstancias y sin prueba concreta de los perjuicios, sustentara sin más el pago de sueldos por funciones no desempeñadas. No altera el sentido de lo expuesto el hecho de que sólo se haya acordado el pago del 50% de los haberes pues la ausencia de demostración concreta del daño sufrido, en cuanto importa la falta de un presupuesto para hacer efectiva la responsabilidad civil de la demandada, priva de fundamento válido a lo resuelto y no suple la carencia de un extremo necesario para hacer viable la pretensión en análisis (CS, Fallos, 303:305).
>
> La falta de prueba sobre los ingresos de la víctima no lleva por sí sola a la reducción indemnizatoria, toda vez que la ley no ha atendido a la compensación de las ganancias frustradas para el fallecido, sino que ha querido otorgar una reparación proporcionada a la pérdida sufrida, extendiéndola a "lo que fuere necesario para la subsistencia de la viuda e hijos del muerto", sin que resulten admisibles criterios matemáticos para graduar el monto de los perjuicios para este concepto (CS, 20 de octubre de 1992, "*Coria, Amelia y otros c. Empresa Ferrocarriles Argentinos*", La Ley, 1993-C, 389 - DJ, 1993-2-758).
>
> No cabe imponer al peticionante del resarcimiento por violación de una caja de seguridad la prueba inequívoca sobre la veracidad del contenido que ha sido sustraído, pues sobre él recaería una carga cuyo cumplimiento sería virtualmente imposible, dada la ausencia de exteriorización que se sigue respecto de los objetos ingresados al lugar, con grave menoscabo de su defensa en juicio (del voto en disidencia del doctor Boggiano. La mayoría declaró inadmisible el recurso) (CS, 15 de febrero de 2000, "*García, Héctor O. y otro c. Banco de Quilmes*", La Ley, 2000-E, 231, con nota de Roberto A. Vázquez Ferreyra - DJ, 2000-2-1160).
>
> La doctrina de la real malicia no exime al medio periodístico de producir los elementos de juicio necesarios para acreditar la improcedencia de la demanda. Así, sin llegar al extremo de la prueba de la veracidad de lo divulgado, de su fin lícito o de la falta de conciencia acerca de la falsedad de la noticia, le incumbe la demostración de que actuó responsablemente y con diligencia en la obtención de la misma (del voto del doctor Vázquez, integrante de la mayoría) (CS, 17 de febrero de 1996, "*Gesualdi, Dora M. c.*

Cooperativa Periodistas Independientes Ltda. y otros", La Ley, 1997-B, 753 - DJ, 1997-1-971).

Sintéticamente, no se resuelve con una supuesta inversión de la carga de la prueba, la disponibilidad de las medidas necesarias para demostrar una posición determinada, porque no es una imposición de principio alguno que se demuestre o compruebe un hecho que resulta imposible, difícil o ignorado, o simplemente sin alegación en los autos; en realidad, el centro de gravedad del tema está en la apreciación de esos hechos ante la actividad posible de las partes.

Insistimos, no es la carga de la prueba un resultado matemático, sino un elemento de ponderación a la hora de juzgar. Cualquier interpretación contraria que confronte y ponga en juego el valor de lo probado contra la ausencia de prueba, conspira con una regla procesal necesaria para configurar el debido proceso.

De lo expuesto se colige que, manteniendo el principio de bilateralidad y contradicción, la prueba no se instala en el terreno de la batalla por la razón, en la medida que *todos* están interesados en adquirir y verificar los mejores exponentes de sus respectivas pretensiones, donde anida también el deber del Juez por alcanzar certeza fallando sobre la verdad de los hechos.

c) Sin embargo, puede ocurrir que los hechos planteados sean *inciertos*, y que aun los alegados no cuenten con suficiente actividad de conformación para adquirir la certidumbre necesaria para fallar.

La *falta de prueba* no puede obligar al juez a sustituir la apatía de las partes produciendo él mismo aquellas que, propuestas, han quedado sin concreción por el propio desinterés o la negligencia de quienes debían instar su obtención.

Lo que no priva al tribunal de ordenar la realización de *diligencias necesarias para esclarecer la verdad de los hechos controvertidos, respetando el derecho de defensa de las partes* (art. 36 inciso 4º, CPCC), tal como se explicó en el capítulo relacionado con la *Independencia judicial.*

Si reiteramos que el fin de la prueba es lograr convicción y certeza laborando sobre hechos reales y auténticos, el juez puede interrogarse qué hacer cuando no puede encontrar la verdad con los elementos que tiene. Las respuestas pueden variar, es cierto, pero en la dimensión de un proceso justo es evidente que cada circunstancia se debe ponderar en particular, asumiendo como regla del debido proceso, la necesidad de ser razonable en sus decisiones, evitando caer en actitudes estériles que se motivan únicamente en las ficciones irritantes de la ley procesal.

Hay veces donde la función de esclarecimiento que se le asigna al magistrado no significa darle un poder exacerbado por el cual pueda, entre otras cosas, modificar el contenido de las pretensiones. Pero ello no puede llevar al desatino de creer que la calificación jurídica (en definitiva, la aplicación correcta sostenida en el *iura curia novit*) es invariable y delineada por el principio de congruencia. Esto queda fuera de discusión.

Sí interesa ver que pasa cuando ese marco jurídico depende de la prueba a producir y la misma no se concreta adecuadamente. La respuesta más simple es sentenciar en contra de quien tenía la carga de probar, y hacerlo responsable de su

propia inacción; pero si admitimos que el deber de probar es compartido, tal pronunciamiento puede resultar un exceso.

Hay diferencias que se deben explicar en la dimensión de un proceso debido: la primera orientación viene impuesta por cierto tipo de hechos que el juez no puede eludir ni tenerlos como inexistentes por la sola decisión de las partes de no haberlos alegado.

Por ejemplo, la declaración indagatoria en materia penal permite inquirir sobre cosas y lugares que no afectarán la presunción de inocencia, aun cuando puedan llevar a investigar sobre hechos no planteados por la defensa; en materia civil, sucede algo similar, cuando en el texto de las declaraciones aparece un testigo no propuesto, puede llamárselo a declarar aun sin intervención de las partes (art. 452, CPCC).

> El problema que denuncia Cappelletti, cuando analiza la cuestión, se relaciona con los hechos que tienen una consecuencia *ipso jure* por la inactividad de una de las partes. Por ejemplo, si se demanda por un crédito que está prescripto; y el demandado no lo alega, el proceso debe seguir porque no siempre la ley resuelve con claridad las consecuencias del obrar de las partes. En muchas de estas situaciones, la verdad queda oscurecida por la acción de aquellos que no presten atención a sus derechos.
>
> En un ordenamiento procesal de coloración acentuadamente individualística, la tendencia será la de considerar también la alegación de los hechos como cosa privada de las partes; y la categoría de los hechos operantes de pleno derecho será desconocida o insignificante: si la parte, que sin embargo ha pagado su deuda, no se constituye en juicio o, aun constituyéndose, descuida hacer valer aquel "hecho extintivo", quiere decir (o se supone que quiere decir) que no lo quiere hacer valer, y también esto entra en el libre juego de la disponibilidad de los particulares. Diversa podrá ser, en cambio, la respuesta del juez de un ordenamiento procesal de coloración autoritaria, el cual, celoso de la naturaleza genuinamente publicística de la propia función jurisdiccional, se niegue a acoger la demanda del acreedor pagado, en cuanto dirigida a desnaturalizar aquella función, o a hacer de ella un uso indebido. Y diversa, sobre todo, será la respuesta del juez de un ordenamiento de acentuada inspiración social, o acaso socialística, el cual será llevado a ver, también en los derechos individuales, un fondo o una coloración y función sociales, que no debe depender de las ocasionales o arbitrarias actividades, o de la inercia o la ignorancia, o en suma, del sujeto privado[472].

La segunda razón viene de la propia evidencia de la necesidad probatoria, cuando por este medio se puede conseguir la certeza necesaria, pero que no llega al proceso por impedimentos propios del sistema (v.gr.: oportunidad del ofrecimiento y la producción), o de la actividad del que la oferta (v.gr.: prueba pericial que se pierde por no anticipar oportunamente los gastos requeridos), o bien, por la oposición que la otra parte le interpone (v.gr.: no acompañar prueba documental en su poder).

> La jurisprudencia es abundante en esta materia. Por ejemplo, se ha dicho que la sentencia apelada en tanto importa ignorar totalmente la existencia de un juicio sucesorio donde se dictó la declaratoria de herederos que invoca el recurrente por la única razón de haber sido ofrecido como prueba en forma extemporánea, aparece como una desviación del recto sentido de hacer justicia atendiendo a la verdad objetiva de los hechos relevantes de la causa, e importa un exceso ritual que impide la necesaria adecuación que el magistrado debe lograr entre las previsiones del derecho y las circunstancias reales del caso, requisito de una decisión jurisdiccional jurídicamente valiosa. Por ello, cabe concluir que la sentencia recurrida carece de fundamentos idóneos para sustentarla, lo que autoriza la concesión del recurso extraordinario. (En disidencia con estos fundamentos los doctores Gabrielli y Guastavino consideran improcedente el recurso por tratarse de una cuestión de derecho común y procesal con fundamentos de igual naturaleza que le acuerdan suficiente

[472] Cappelletti, *La oralidad y las pruebas*…, cit., p. 233.

> validez como acto jurisdiccional y el apelante es responsable de su propia actitud en el pleito en cuanto al modo de trabarse la relación procesal y de su prosecución, pudiendo reputarse, sin arbitrariedad, tardío el intento posterior de probar que existió declaratoria) (CS, 23 de diciembre de 1980 "*Oilher, Juan C. c. Arenillas, Oscar N.",* La Ley, 1981-C, 68).
>
> Corresponde dejar sin efecto la sentencia que -omitiendo considerar que dentro del sobre de reserva de la documental se encontraba el acta de nacimiento que acreditaba el vínculo de filiación invocado- rechazó el reclamo indemnizatorio por falta de prueba de la relación de parentesco con la víctima del accidente. Ello así, pues tal resolución supone interpretar el proceso como un conjunto de formas desprovistas de sentido y una renuncia consciente a la verdad jurídica objetiva en orden a un hecho decisivo para la solución del litigio, lo cual configura un exceso ritual manifiesto incompatible con el adecuado servicio de justicia que garantiza el art. 18 de la Constitución Nacional (CS, Fallos, 305:944).

En cada una de estas situaciones se ha de preferir el valor de la verdad por sobre las formas que la eluden, teniendo en cuenta la máxima que apunta a sostener que es más importante la acción del tribunal preocupado por adquirir certeza y evitar el error ante la falta de prueba, que aquél que deja de hacer lo que bien puede actuar, amparado en una regla sofista que reduce el fin de proceso a un diagrama mecánico y apartado de la realidad donde está inserto.

d) Ahora bien, la prueba dispuesta de oficio, la que se adquiere por remisión de actuaciones donde la prueba se produjo sin intervención de la parte contra quien se pretende oponerlas, la que se cumple sin dar intervención a la contraria, entre otras posibilidades de celebración sin dar oportunidad o derecho de audiencia, son pruebas irregulares en el sentido que marca el principio general en materia de nulidades (*todas son convalidables si no media impugnación oportuna*).

El *control de la actividad probatoria* se agrega como un requisito en el debido proceso, y ha dado lugar desde hace mucho tiempo, a motivos propios para rechazar la validez de las sentencias que se fundamentan en pruebas autoadquiridas o logradas con intervención de solo una de las partes.

El principio exige que se haga efectiva la publicidad de la prueba y que ella se realice con suficiente información y control de las partes. Por eso, las medidas para mejor proveer deben realizarse con esta consigna.

> Para Devis Echandía[473], este principio rechaza la prueba secreta practicada a espaldas de las partes o de una de ellas y el conocimiento privado del Juez sobre hechos que no constan en el proceso ni gozan de notoriedad general, e implica el deber de colaboración de las partes con el Juez en la etapa investigativa del proceso. Es tan importante, que debe negársele valor a la prueba practicada con su desconocimiento, como sería la que no fue previamente decretada en el procedimiento escrito, e inclusive, el dictamen de peritos oportunamente ordenado, o al menos simultáneamente en el oral, pero que no fue puesto en conocimiento de las partes para que éstas ejercitaran su derecho de solicitar aclaraciones o ampliaciones.
>
> Igualmente preciso es Kielmanovich[474] al decir que el derecho de defensa en juicio no es pues una estéril garantía que se agota en un puro ejercicio de contradicción a la pretensión invocando defensas o excepciones, o que se acuerda para la impugnación de los actos

---

[473] Devis Echandía, Hernando, *Teoría General de la prueba judicial*, Tomo I, ABC (5ª), Bogotá, 1995, p. 144.

[474] Kielmanovich, Jorge L., *Teoría de la prueba y medios probatorios*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1996, p. 184.

> procesales, sino que se extiende naturalmente a la materia de la prueba, particularmente por la dramática incidencia que los hechos y su acendrada comprobación tienen para la existencia de los derechos sustantivos y la efectividad de los procedimientos judiciales.

e) El tramo final de las consignas se radica en la *apreciación de la prueba*, que contemplado en la línea argumental desenvuelta, constituye el nudo gordiano de la cuestión.

Es evidente que el análisis de la prueba es complejo y requiere de una exhaustividad que aquí está ausente, aunque se apoyen ciertas tendencias o se compartan posiciones o ideales que refuerzan nuestra idea sobre cómo debe ser el debido proceso.

Una de las polémicas tradicionales de esta materia tan estudiada y mejor expuesta por los científicos del derecho procesal, se refiere a la naturaleza jurídica de las normas sobre pruebas civiles, para deducir de ellas el *carácter sustancial* y, en consecuencia, el valor implícito que de las reglas deriva (v.gr.: se tiene por probada la culpa si hay reconocimiento expreso o tácito; se tiene por probado un hecho si el contrario lo admite; si han confesión no hay necesidad de prueba, etc.); o en su caso, advertir si el *carácter* es *procesal*, y los medios actúan con fines claros que pueden ir desde la verdad plena, la verosimilitud de los hechos, la certeza o la más completa convicción, necesarias todas ellas para juzgar con seguridad.

> Observa Cappelletti que en ésta concepción lo que se quiere no es confiar al Juez una decisión discrecional *caso por caso*, sino más bien elaborar criterios de solución *problemas por problemas*. Tales criterios, a su vez, podrán ser sistematizados, graduados entre sí, relacionados con criterios superiores; lo que importa, sin embargo, es que siempre se trate de criterios los cuales no hagan derivar la solución del problema de abstractas premisas conceptuales y formales –naturaleza procesal, naturaleza sustancial, y similares- sino de la conciencia de la función práctica del derecho y de la necesidad de encontrar, por consiguiente, soluciones correspondientes y adecuadas a tal función[475].

La importancia del distingo no es baladí, toda vez que juega en el ámbito de las facultades o poderes del juez para discernir resultados probatorios. Las fórmulas tan conocidas de apreciar la prueba libremente, o seguir las indicaciones ya establecidas por una norma legal, tienen igual entidad y marcan un camino del cual la jurisdicción no se puede apartar, salvo que quiera correr el riesgo de poner en crisis algunos paradigmas jurídicos.

La valoración judicial se trasunta en la libertad que debe tener para resolver sobre las pruebas producidas en el proceso; es ésta una condición del razonamiento; pero hay otras libertades que dejan de ser tales cuando se imponen como deducciones lógicas basadas en cuestiones jurídicas que orbitan en la dimensión del orden público.

Por ejemplo, el juez está en libertad de apreciar el valor probatorio de una pericia; pero no puede deducir de ella un resultado diferente al que la ciencia dispone sin ninguna posibilidad de duda.

> El juez tiene libertad para valorar los medios de prueba específicos que hayan sido aportados al proceso; esa libertad para determinar los hechos probados del caso, sí está limitada por las reglas de la racionalidad y la lógica, como lo aprueba la jurisprudencia. De este modo –dice Ferrer Beltrán-, la determinación de los hechos probados realizada contra

---

[475] Cappelletti, *La oralidad y las pruebas*…, cit., p. 240.

> las reglas de la lógica o, en general de la racionalidad, supondría una infracción a la ley: para ello basta interpretar las reglas que establecen la libre valoración de la prueba de forma que ordenen la valoración mediante la utilidad de la racionalidad general[476].

La jurisprudencia reproduce muchas de estas conclusiones, las que si bien no se integran como reglas particulares del debido proceso, sirven en cambio para fomentar un sistema integrado de actividades donde la verdad sea el norte, en lugar de un símbolo inerte de la justicia.

> Así se ha dicho que, el sistema de valoración de la prueba que receptó el Código Procesal Penal de la Nación es el de la libre convicción o sana crítica racional, y consiste en que la ley no impone normas generales para acreditar algunos hechos delictuosos ni determina abstractamente el valor de las pruebas, dando al juzgador libertad para admitir toda prueba que estime útil para el esclarecimiento de la verdad (CNCasación Penal, Sala I, 11 de marzo de 1997, "*Santa Cruz Cuellar, Antonio*", La Ley, 1997-F, 392 - DJ, 1998-1-269).
>
> También se afirma que, la apreciación o valoración de la prueba debe efectuarla el juez conforme a las reglas de la sana crítica, sistema de valoración adoptado por el Código Procesal Penal de la Nación en el art. 398, que establece plena libertad de convencimiento, pero exige que las conclusiones a que se arribe en la sentencia sean el fruto racional de las pruebas siendo el único límite infranqueable el respeto a las normas que gobiernan la correlación del pensamiento humano, esto es, las leyes de la lógica --principios de identidad, tercero excluido, contradicción y razón suficiente--, de la psicología y de la experiencia común (CNCasación Penal, Sala III, 28 de febrero de 1997, "*K., J.",* La Ley, 1998-F, 845 [40.971-S]).
>
> Asimismo se observa que, el juez tiene libertad para apreciar un hecho según su criterio personal, salvo que en una situación concreta las leyes de fondo o de forma le impongan reglas de valoración, o sea que mientras no exista restricción legal, el juez debe examinar la prueba de acuerdo con el principio de las libres convicciones (C. Fed. Córdoba, Sala A, 25 de marzo de 1985, "*Bonvillani, César y otro c. Empresa Ferrocarriles Argentinos*", LLC, 985-770).
>
> En el procedimiento laboral la valoración de la prueba se funda en el particular sistema de la apreciación en conciencia, excluyente de la vigencia del otro instituido para el enjuiciamiento civil, siendo en virtud del primero que los jueces del fuero gozan de una soberanía axiológica que impide la casación en tanto no se acredite el absurdo o la falta total de discernimiento y la conciencia jurídica que la ley exige al juzgador, perfilando una mayor libertad en la facultad de seleccionar y dar jerarquía a los elementos que componen la prueba (SC Buenos Aires, 23 de septiembre de 2005, "*Barreto, Porfirio F. c. Intela, S. A.*", Ac. y Sentencias, 2005-862).

9. Conclusiones

En las nuevas reglas del debido proceso se advierte una clara tendencia a eliminar los sofismas procesales; a evitar que las solemnidades dejen paso a ficciones y que ellas sirvan para consagrar más desconfianza de la gente en el sistema previsto para resolver los conflictos que ellos padecen.

Por eso la búsqueda de la verdad, antes que una finalidad filosófica o purista, tiene implícitamente comprometido el deber de las partes para presentar los hechos acordes con la realidad sufrida. Se va aceptar que puedan existir versiones adaptadas a una visión propia del suceso, pero se sancionará al temerario que sabiendo de su sin razón, oculta la verdad sustituyéndola por hechos alegados sin bases auténticas.

---

[476] Ferrer Beltrán, ob. cit., p. 90.

El entorno del debate serán los hechos alegados y controvertidos, pero ello no será una valla insalvable para evitar conocer otras cuestiones necesarias para resolver el fondo real del problema. No se trata de incorporar hechos no alegados, ni que torne el principio de congruencia a una concepción propia de las cosas; simplemente es el permiso que se le otorga al juez para buscar la verdad y adquirir la certeza necesaria para sentenciar sin riesgos.

¿Dónde están las reglas probatorias del debido proceso?, pues, en realidad, en lugar de reglas son consignas que afincan en el aspecto racional del debido proceso (antes que en el aspecto puramente formal), es decir, en la posibilidad de ofrecer un marco saludable de certidumbre para llegar con los medios apropiados a verificar las afirmaciones y negaciones de los litigantes.

Evitar que las ficciones jurídicas determinen una verdad jurídica que el común de la gente no entiende ni interpreta. De este modo, no se podrá polarizar entre quienes defienden las reglas y garantías como si ellas fueran paradigmas de la justicia, y los que apuntan a aumentar los poderes del juez sin ponerle límites a la discrecionalidad.

Los primeros aventuran soluciones desde el plano normativo, creyendo que siguen siendo intangibles los preceptos constitucionales que fueron pensados en abstracto y como voluntad divina del Pueblo; los otros, describiendo la necesidad del poder de decisión para fomentar un aumento de la confianza en los jueces pero sin ofrecer un punto de inflexión que haga las veces de control al abuso y al eventual autoritarismo.

Entonces, el debido proceso llega al justo medio: no es el litigio un conflicto armado entre partes que luchan con las armas que cada uno inviste y se llaman: *derechos,* donde triunfará, probablemente, el que tenga más fuerza aunque tenga menos razón. En realidad, es lógico pensar que en un continente que ha dado muestras suficientes de confianza en los jueces, y que los vuelve fiscales de la Administración y órganos del control de constitucionalidad, no se pude disminuir sus poderes en los conflictos jurisdiccionales, sean ellos de naturaleza pública o privada.

El límite que se traza es la razonabilidad (aspecto normativo del debido proceso), y la obligación de motivar las resoluciones judiciales. También se agregan otros contenidos, porque aunque excedan lo correspondiente al debido proceso, es verdad que un juez con más poderes, es un magistrado que tiene mayores responsabilidades y que debe responder por ellas, individualmente, y no a través del Estado.

CAPÍTULO XI

EL DERECHO A LA VERDAD

Sumario: 1. La verdad como fin del proceso: *1.1 La prueba en el proceso transnacional; 1.2 El deber de investigar;* 2. El acopio de pruebas como deber general para saber qué pasó: *2.1 Fuentes de prueba; 2.2 Esencia de la prueba en la Opinión Consultiva 16*; 3. Carga de la prueba en el derecho a la verdad: *3.1 El deber probatorio ante la Corte IDH; 3.2 Deber de probar del Estado*; 4. La apreciación de la prueba y sus efectos en el derecho interno; 5. Conclusiones; 6. La verdad no es un objetivo del debido proceso; 7. Resumen final.

1. La verdad como fin del proceso

La prueba en el proceso que se desenvuelve en los organismos de protección transnacional de los Derechos Humanos, descubre un derecho diferente a la certidumbre que conforma un proceso civil, o a la imposibilidad de condenar en el proceso penal cuando hay dudas razonables. En la misión de este modelo especial de jurisdicción hay un deber implícito de saber lo que ocurrió y develar la verdad.

No se trata de tener por ciertos los hechos que se relatan, sino de discernir cuanto de verdad revelan y pueden ser testimonios de una violación que se debe evitar en el futuro. Para esto es necesario tener como objetivo de la prueba: el *derecho a la prueba y la obtención de la verdad.*

La prueba tiene la misma importancia en los procedimientos ante la Comisión y la Corte IDH, pero la primera sostiene que la obtención de la verdad es un derecho autónomo, que primero se consideró como un deber de descubrimiento de la verdad, como si fuese un tipo de respuesta a los famillares de las víctimas que contaban con el derecho a conocer la suerte de sus seres queridos, y que después se derivó de la obligación que tienen los Estados de brindar a las víctimas o sus familiares un recurso sencillo y rápido que los ampare contra violaciones de los derechos fundamentales, conforme al artículo 25 del Pacto[477].

---

[477] Véase Caso 10.580, Informe nº 10/95, Ecuador, *Manuel Bolaños*, 12 de setiembre de 1995. La Comisión abordó el tema del derecho a la verdad por primera vez en 1995, con motivo del caso de la desaparición de Manuel Bolaños, en Ecuador. Se denunció que miembros del Cuerpo de Infantería de Marina del Ecuador habían puesto bajo custodia al señor Bolaños para examinar sus documentos de identificación y que nunca volvió a saberse de él. Tras la desaparición del señor Bolaños, su familia interpuso recursos de habeas corpus ante los tribunales competentes. Este recurso fue rechazado. Casi dos años después de la desaparición del señor Bolaños, sus familiares recibieron información de que había fallecido mientras se encontraba bajo custodia de la Infantería de Marina y que se había iniciado una investigación en torno a su muerte. Sin embargo, el gobierno nunca determinó la responsabilidad de quienes, según las denuncias, torturaron y ultimaron al señor Bolaños. La Comisión constató numerosas infracciones en el caso, entre ellas la violación del derecho de los familiares a conocer la verdad acerca de lo ocurrido al señor Bolaños, de las circunstancias de su detención y fallecimiento y de la ubicación de sus restos. La Comisión señaló que este derecho surge de la obligación que tiene el estado de usar todos los medios a su alcance para investigar seriamente las violaciones cometidas en su jurisdicción a fin de identificar a los responsable (Id. en "Análisis", Sección II, párr. 45, citando la sentencia en el caso

La interpretación de este derecho ha evolucionado y actualmente se considera, por lo menos por parte de la Comisión, que el derecho a la verdad pertenece, además de las víctimas y sus familiares, a la sociedad en general. Conforme a esta concepción, el derecho a la verdad se basa no solo en el artículo 25, sino también en los artículos 1.1, 8 y 13 de la Convención[478].

> El informe realizado por la Comisión sobre un grupo de casos de Chile en 1998 constituyó la primera ocasión en que consideró el artículo 13 dentro del marco del derecho a la verdad, así como la primera vez que el organismo reconoció que este derecho pertenece a los miembros de la sociedad en general, así como a las familias de las víctimas de violaciones de derechos humanos[479]. En este grupo de casos, los peticionarios sostuvieron que la constante aplicación de la ley de amnistía en Chile violaba los derechos de las víctimas de la represión durante el régimen de Pinochet. Conforme a la ley, se perdonaban los crímenes cometidos entre 1973 y 1978, impidiéndose la investigación y sanción de los delitos y acordándose impunidad a sus responsables. La Comisión consideró que el Estado había violado, entre otros, el derecho de las familias de las víctimas y de la sociedad a conocer la verdad acerca de lo ocurrido en Chile. También observó que esta obligación surge de los artículos 1(1), 8, 25 y 13 de la Convención. Además, la Comisión manifestó que cuando se dictan amnistías, los Estados deben adoptar las medidas necesarias para establecer los hechos e identificar a los responsables.
>
> También se dijo que […] "toda sociedad tiene el derecho inalienable de conocer la verdad de lo ocurrido, así como las razones y circunstancias en las que aberrantes delitos llegaron a cometerse, a fin de evitar que esos hechos vuelvan a ocurrir en el futuro"[480]. Además, señaló que "la interpretación que ha hecho la Corte en el caso Castillo Páez […] sobre las obligaciones genéricas del artículo 1.1, permiten concluir que el 'derecho a la verdad' surge como una consecuencia básica e indispensable para todo Estado parte"[481].

La dimensión del derecho fue progresivamente aumentando, de lo individual a lo familiar y de este a lo colectivo. El cartabón del artículo 13 de la CADH previsto para la

---

Velásquez Rodríguez, del 29 de Julio de 1988, párr. 166). La Comisión señaló que, en virtud de que los tribunales se abstuvieron inicialmente de investigar la desaparición del señor Bolaños, el estado no informó a los familiares acerca de la muerte del señor Bolaños o de la ubicación de sus restos y de la demora en dar comienzo a la investigación que finalmente se llevó a cabo, el estado había violado el derecho de la familia a la justicia y al conocimiento de la verdad.

[478] En algunos casos, la Comisión no ha invocado el artículo 13 dentro del marco de casos sobre el derecho a la verdad. Véase, por ejemplo Caso 10.258, Informe nº 1/97, Ecuador, *Manuel García Franco*, 12 de marzo de 1997; Caso 10.606, Informe Nº 11/98, *Samuel de la Cruz Gómez*, Guatemala, 7 de abril de 1998; Caso 11.275, Informe nº 140/99, Guatemala, *Francisco Guarcas Cipriano*, 21 de diciembre de 1999; Casos 10.588 (*Isabela Velásquez y Francisco Velásquez*), 10.608 (*Ronal Homero Nota y otros*), 10.796 (*Eleodoro Polanco Arévalo*), 10.856 (Adolfo René y Luis Pacheco del Cid) y 10.921 (*Nicolás Matoj y otros*), Informe nº 40/00, Guatemala, 13 de abril de 2000. Un examen de los hechos de varios casos tocantes al derecho a la verdad pareciera indicar que la para la Comisión el artículo 13 reviste suma importancia en los casos relacionados con leyes de amnistía. Esto obedece al hecho de que cuando se promulga una ley de amnistía, no queda oportunidad para la acción judicial contra los responsables de los delitos y la información es el único medio por el cual los familiares de las víctimas pueden obtener alguna forma de reparación. Además, en esos casos la información es esencial porque los miembros de la sociedad deben tener noción de los abusos que se haya cometido para vigilar y evitar su repetición en el futuro.

[479] Casos 11.505, 11.532, 11.541, 11.546, 11.549, 11.569, 11.572, 11.573, 11.583, 11.595, 11.657 y 11.705, Informe nº 25/98, Chile, *Alfonso René Chanfeau Oracye y otros*, 7 de abril de 1998.

[480] Informe nº 25/98, Chile, *Alfonso René Chanfeau Oracye y otros*, 7 de abril de 1998, citando el Informe Anual de la CIDH, 1985-86, p. 193.

[481] Ibídem, párr. 87, citando la sentencia en el caso *Castillo Paéz*, del 3 de noviembre de 1997 párr. 86.

libertad de pensamiento y expresión, se ensanchó para dar cabida como derecho a la información completa.

La Comisión ha sostenido que el Estado infringía sus deberes de brindar a la sociedad y a los familiares de la víctima la verdad acerca del alcance de las violaciones, así como la identidad de quienes las habían consumado, cuando había restricciones probatorias o defectos de comunicación[482].

1.1 La prueba en el proceso transnacional

Si el objetivo de la prueba en el proceso transnacional es la verdad, entonces tendremos que ir desentrañando el procedimiento para encontrarla; establecer los principios que la contienen; las potestades de investigación oficial y el deber de las partes de probar o colaborar con esta prístina misión.

Tener derecho a la verdad no es un presupuesto particular que pone en otro la responsabilidad de acreditarlo. Significa alcanzar un conocimiento pleno y completo de los actos que se produjeron, las personas que participaron en ellos y las circunstancias específicas de como sucedió, en particular de las violaciones perpetradas y su motivación.

> Hay autores que consideran que no existe tal subsunción del derecho a la verdad, en el derecho de acceso a la justicia emergente de los artículos 8 y 25. Sostienen que no parece que el derecho a la verdad sea un verdadero derecho humano. Un derecho que se refiere esencialmente a que cada miembro de la sociedad pueda conocer qué ocurrió en un caso de graves violaciones de los derechos humanos, es decir que se deriva del derecho a recibir información, dimensión colectiva de la libertad de expresión. Pero también argumentan que las víctimas –en sentido amplio, es decir tanto las víctimas directas supervivientes, como sus familiares– tienen el derecho a la verdad porque poseen el derecho a contar su historia, a relatar la verdad. Es decir, en virtud del derecho a la libertad de expresión, las víctimas tienen a su vez el derecho individual a expresar lo ocurrido, para que ello pueda ser conocido. Esto implicaría que tanto la dimensión colectiva como la individual de la libertad de expresión forman parte integral del derecho a la verdad[483].

Con este piso de marcha, el derecho a la verdad se aísla del deber de probar, acercándose notoriamente a la garantía que afirma el debido proceso. Jurisprudencialmente se formó con casos de *desaparición forzada de personas*, especialmente en el repetido caso *Velásquez Rodríguez* donde el Tribunal afirmó la existencia de un "derecho de los familiares de la víctima de conocer cuál fue el destino de esta y, en su caso, dónde se encuentran sus restos"[484], ampliando después al derecho de los familiares de víctimas de graves violaciones de derechos humanos a conocer la verdad enmarcándolo en el derecho de acceso a la justicia.

> Asimismo, el Tribunal ha considerado la obligación de investigar como una forma de reparación,ante la necesidad de remediar la violación del derecho a conocer la verdad en el caso concreto. De igual modo, el derecho a conocer la verdad se relaciona con la acción ordinaria interpuesta por los familiares, que se vincula con el acceso a la justicia y con el

---

[482] Caso 11.481, Informe nº 37/00, El Salvador, *Monseñor Oscar Arnulfo Romero y Galdámez*, 13 de abril de 2000.

[483] González-Salzberg, Damián A., *El derecho a la verdad en situaciones de post–conflicto bélico de carácter no internacional*, Revista Colombiana de Derecho Internacional N° 12, Bogotá, 2008, p. 454.

[484] *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, párr. 181.

> derecho a buscar y recibir información consagrado en el artículo 13 de la Convención Americana[485].
>
> Asimismo, la Corte ha considerado que los familiares de las víctimas de graves violaciones a derechos humanos y la sociedad tienen el derecho a conocer la verdad y, en particular en casos de desaparición forzada o de presunta desaparición forzada, ello implica el derecho de los familiares de la víctima de conocer cuál fue el destino de esta y, en su caso, dónde se encuentran sus restos.
>
> En distintos casos la Corte ha considerado que el derecho a la verdad "se encuentra subsumido en el derecho de la víctima o de sus familiares a obtener de los órganos competentes del Estado el esclarecimiento de los hechos violatorios y las responsabilidades correspondientes, a través de la investigación y el juzgamiento que previenen.

Pero la base casuística se relaciona con hechos flagrantes que advierten la inacción de los Estados en casos donde no se investiga suficientemente, ni se juzga o sanciona. Esto provoca impunidad y una irritante situación que obliga al desarrollo de estándares regionales que den contenido al derecho a la verdad.

En determinados supuestos el derecho a la verdad guarda relación con el derecho de acceso a la información, contemplado en el artículo IV de la Declaración Americana y el artículo 13 de la Convención Americana; pero lo cierto es que se establece en el marco de los artículos XVIII y XXIV de la Declaración Americana, así como en los artículos 8 y 25 del Pacto de San José.

Ahora bien, si el análisis e interpretación que hacen estos organismos de la CADH para razonar sobre un derecho a la verdad que se vincula de manera directa con los derechos a las garantías judiciales y protección judicial, cabe entonces verificar si se refieren a estándares todo proceso, sin distinción de materias ni especialidades, vale decir, creando un modelo para el debido proceso.

1.2 El deber de investigar

La primera misión contenida en este derecho a la verdad, que es el que nos interesa a los fines probatorios, escala en la *obligación que tiene el Estado de investigar*. Es un derecho propio de la seguridad que debe proporcionar a sus habitantes, y lleva implícita la función de condenar a los sujetos que delinquen, como de reparar las violaciones. De igual modo, ha de promover la no repetición, como la restitución de los derechos cercenados.

Bajo dichas disposiciones, el derecho a la verdad comprende una doble dimensión. En primer lugar, se reconoce el derecho de las víctimas y sus familiares a conocer la verdad con respecto a los hechos que dieron lugar a graves violaciones de los derechos humanos, así como el derecho a conocer la identidad de quienes participaron en ellos. Ello implica que el derecho a la verdad acarrea la obligación de los Estados de esclarecer, investigar, juzgar y sancionar a las personas responsables de los casos de graves violaciones de derechos humanos, así como, dependiendo de las circunstancias de cada caso, garantizar el acceso a la información sobre graves violaciones de derechos humanos que se encuentran en instalaciones y archivos estatales[486].

---

[485] *Caso Rodríguez Vera y otros (Desaparecidos del Palacio de Justicia) vs. Colombia*. *Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 14 de noviembre de 2014.

[486] CIDH, *Derecho a la verdad en América*, OEA/Ser.L/V/II.152, Doc. 2, 13 agosto 2014.

Desde el caso *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*[487] se viene, estableciendo que la obligación de investigar violaciones de Derechos Humanos, es una derivación propia de la garantía que ellos deben tener. La prevención central contenida en el artículo 1.1 de la CADH, puede ser cumplida de diferentes maneras, en función del derecho específico que el Estado deba garantizar y de las particulares necesidades de protección.

> Por ello, antes de establecer si la tarea fue cumplida cabalmente, es necesario determinar si en el contexto en que ocurrieron los hechos alegados, la obligación general de garantía imponía al Estado el deber de investigarlos efectivamente, como medio para garantizar el derecho a la libertad de expresión y a la integridad personal, y evitar que continuaran ocurriendo.
>
> La Corte también ha señalado que la satisfacción de la dimensión colectiva del derecho a la verdad exige la determinación procesal de la más completa verdad histórica posible, lo cual incluye la determinación judicial de los patrones de actuación conjunta y de todas las personas que de diversas formas participaron en dichas violaciones y sus correspondientes responsabilidades. El cumplimiento de dichas obligaciones resulta necesario para garantizar la integralidad de la construcción de la verdad y la investigación completa de las estructuras en las que se enmarcan las violaciones de derechos humanos.

La apertura del artículo 1.1 como principio se integra con las garantías judiciales del artículo 8 y están complementadas con el artículo 25 que prefiere que toda persona tenga un recurso sencillo, breve y eficaz.

Este deber de *garantizar* los derechos implica la obligación positiva de adopción, por parte del Estado, de una serie de conductas, dependiendo del derecho sustantivo específico de que se trate. En casos de muerte violenta como fue el caso *Godínez Cruz*[488] se consideró que la realización de una investigación *ex officio*, sin dilación, seria, imparcial y efectiva, era un elemento fundamental y condicionante para la protección de los derechos afectados por este tipo de situaciones.

> El Comité de Derechos Humanos, ha tenido esta interpretación en el caso *Arhuacos vs. Colombia*[489] cuando alega que […] el Estado parte tiene el deber de investigar a fondo las presuntas violaciones de derechos humanos, en particular las desapariciones forzadas de personas y las violaciones del derecho a la vida, y de encausar penalmente, juzgar y castigar a quienes sean considerados responsables de esas violaciones.

El deber de investigar es una obligación de medios y no de resultado; por eso a los fines probatorios, cuanto la Comisión tiene que analizar es la conducta asumida por el Estado. La idea fuerza es que no sea una actividad formal, sino un deber jurídico propio, que no signifique poner la investigación en manos de quienes no tienen recursos ni posibilidades.

> En virtud de lo señalado, la Comisión resalta que ninguna medida estatal que se adopte en materia de justicia puede devenir en la ausencia total de investigación de ningún caso de violaciones de derechos humanos. Igualmente, la Corte advierte que en casos de graves violaciones de derechos humanos, la obligación de investigar no puede desecharse o condicionarse por actos o disposiciones normativas internas de ninguna índole.
>
> La Comisión ha sostenido que el derecho a la verdad no puede ser coartado, entre otras formas, a través de medidas legislativas tales como la expedición de leyes de amnistía. De manera constante la Comisión IDH ha reiterado que la aplicación de leyes de amnistía que

---

[487] Sentencia de 29 de julio de 1988 (Fondo). Serie C N° 4.

[488] Corte IDH, *Caso Godínez Cruz vs. Honduras*. Sentencia del 20 de enero de 1989.

[489] Comunicación nº 612/1995, párr. 8.8.

> impiden el acceso a la justicia en casos de graves violaciones de derechos humanos genera una doble afectación. Por un lado, hace ineficaz la obligación de los Estados de respetar los derechos y libertades reconocidos en la Declaración Americana y Convención Americana, y de garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona sujeta a su jurisdicción sin discriminación de ninguna clase, tal como lo establece el artículo 1.1 de la CADH. Por otro lado, impide el acceso a información sobre los hechos y circunstancias que rodearon la violación de un derecho fundamental, y elimina la medida más efectiva para la vigencia de los derechos humanos, vale decir, el enjuiciamiento y castigo a los responsables en tanto impide poner en marcha los recursos judiciales de la jurisdicción interna[490].

Obviamente, cuando los hechos indicados ponen de relieve la omisión estatal de investigar conductas ilícitas, se produce una inversión del *onus probandi*, debiéndose demostrar las causas y razones que impidieron el cumplimiento de esa tarea propia de la función de gobierno.

> Un muy buen trabajo de investigación de Reaño Balarezo[491], argumenta que […]: "El Estado se encuentra obligado a realizar investigaciones prontas, diligentes, serias, exhaustivas, imparciales e independientes frente a toda violación de los derechos humanos que se hayan cometido dentro del ámbito de su jurisdicción. Mediante este deber de investigar, el Estado se encuentra obligado a desplegar *motu proprio* las actividades necesarias para esclarecer los hechos y las circunstancias que los rodearon, pues a fin de cuentas se trata de una obligación jurídica y no de una mera gestión de intereses particulares. En ese sentido, se configura como una obligación de medio o comportamiento que no es incumplida por el solo hecho de que la investigación no produzca un resultado satisfactorio. Así lo ha entendido la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante la Corte IDH) en el caso Velásquez Rodríguez, en donde manifestó que dicha obligación de investigar "*debe emprenderse con seriedad y no como una simple formalidad condenada de antemano a ser infructuosa, debe tener un sentido y ser asumida por el Estado como un deber jurídico propio y no como una simple gestión de intereses particulares, que dependa de la iniciativa procesal de la víctima o de sus familiares o de la aportación privada de elementos probatorios, sin que la autoridad pública busque efectivamente la verdad*".
>
> Precisando un poco más el contenido de dicha obligación, la Corte IDH ha señalado en la misma sentencia que: El deber de investigar hechos de este género subsiste mientras se mantenga la incertidumbre sobre la suerte final de la persona desaparecida. Incluso en el

---

[490] Cfr. CIDH, Informe n° 1/99, Caso 10.480, Lucio Parada Cea, Héctor Joaquín Miranda Marroquín, Fausto García Funes, Andrés Hernández Carpio, Jose Catalino Meléndez y Carlos Antonio Martínez, El Salvador, 27 de enero de 1999, párr. 150; Informe n° 136/99, Caso 10.488, Ignacio Ellacuría, S.J.; Segundo Montes, S.J.; Armando López, S.J.; Ignacio Martín Baró, S.J.; Joaquín López Y López, S.J.; Juan Ramón Moreno, S.J.; Julia Elba Ramos; Y Celina Mariceth Ramos, El Salvador, 22 de diciembre de 1999, párr. 225.

Véase, inter alia, CIDH, Informe n°. 36/96, Caso 10.843, Héctor Marcial Garay Hermosilla y otros, Chile, 15 de octubre de 1996, párr. 78; Informe ° 34/96, Caso 11.228, Caso 11.229, Caso 11.231, Caso 11.282, Juan Meneses, Ricardo Lagos Salinas, Juan Alsina Hurtos, Pedro Vergara Inostrozo, 15 de octubre de 1996, párr. 76; Informe n° 28/92, Casos 10.147, 10.181, 10.240, 10.262, 10.309 y 10.311, Argentina, 2 de octubre de 1992, párr. 41; Informe n° 29/92. Casos 10.029, 10.036 y 10.145, Uruguay, 2 de Octubre de 1992, párr. 51 Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1997, OEA/Ser.L/V/II.98, Doc. 6 rev, 13 de abril de 1998; Informe n° 136/99, Caso 10.488, Ignacio Ellacuría, S.J.; Segundo Montes, S.J.; Armando López, S.J.; Ignacio Martín Baró, S.J.; Joaquín López y López, S.J.; Juan Ramón Moreno, S.J.; Julia Elba Ramos; y Celina Mariceth Ramos, El Salvador, 22 de diciembre de 1999, párr. 200; Informe n° 25/98, Casos 11.505, 11.532, 11.541, 11.546, 11.549, 11.569, 11.572, 11.573,11.583, 11.585, 11.595, 11.652, 11.657, 11.675 y 11.705, Chile, 7 de abril de 1998, párr. 42.

[491] El trabajo de Investigación fue elaborado como parte del Diploma de Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú y fue revisado por el suscripto para ingresarlo en los materiales de estudio de la Maestría en Derecho Procesal Constitucional (www.maestriadpc.com).

> supuesto de que circunstancias legítimas del orden jurídico interno no permitieran aplicar las sanciones correspondientes a quienes sean individualmente responsables de delitos de esta naturaleza, el derecho de los familiares de la víctima de conocer cuál fue el destino de esta y, en su caso, dónde se encuentran sus restos, representa una justa expectativa que el Estado debe satisfacer con los medios a su alcance.
>
> Esta obligación del Estado de investigar es indelegable e irrenunciable, en el sentido de que es necesario que se realice ineludiblemente como medio idóneo para combatir la impunidad de la violación a los derechos humanos, pues si la misma queda impune y no se restablece a la víctima la plenitud de sus derechos vulnerados, se ha incumplido una obligación general de los Estados (el deber de garantizar su libre y pleno ejercicio a las personas sujetas a su jurisdicción), incluso esta obligación es incumplida, si se tolera que particulares actúen libre o impunemente vulnerando derechos humanos.

Además corresponde aclarar que la necesidad de investigar no debe restringirse a graves violaciones a los derechos civiles relacionadas a delitos, en razón que alcanza a procesos y procedimientos de carácter administrativo, civil o constitucional.

En casos anteriores, ante determinadas violaciones, la Corte ha dispuesto que el Estado inicie, según el caso, acciones disciplinarias, administrativas o penales, de acuerdo con su legislación interna, en relación con los responsables de las distintas irregularidades procesales e investigativas[492].

En la jurisprudencia de la Corte en el caso *Blake vs. Guatemala*[493] se estableció el derecho a la verdad con parámetros asentados en el deber de investigar y presumir la responsabilidad del Estado ante su omisión; en *Castillo Páez vs. Perú*[494] se instaura una duda formal que pone inseguridad al establecimiento como regla. No obstante, con el paso de los años y la consistencia de la jurisprudencia posterior, se puede convalidar que sea un estándar probatorio necesario para encontrar la verdad, el que el Estado haya investigado plenamente.

> También en el año 2000, la Corte IDH resolvió el caso *Bámaca Velásquez*, siendo esta la primera oportunidad en la cual se analizó en un apartado específico la posible violación del derecho a la verdad. La Comisión IDH había afirmado que la falta de esclarecimiento de la desaparición forzada de la víctima implicaba una violación al derecho a la verdad, emergente de la interpretación dinámica de los derechos a las garantías judiciales, a la protección judicial, a la libertad de expresión y del deber de respeto de los derechos humanos –arts. 8, 25, 13 y 1.1 CADH–, y que este derecho a la verdad pertenecía a los familiares de la víctima y a la sociedad en su conjunto. Si bien el tribunal no rechazó la existencia del derecho alegado, sostuvo que en el caso en cuestión el mismo se encontraba subsumido en el análisis realizado de la violación de los artículos 8 y 25, que confieren a los familiares el derecho a que la desaparición forzada de la víctima sea investigada y los responsables juzgados[495].

Lo cierto es que la verdad se posiciona como un objetivo preferente y se despoja para alcanzarla de los prolegómenos que tiene el derecho probatorio, sobre todo, en cuanto refiere a la carga de confirmar los hechos que se afirman.

Podríamos sustentar la idea de un derecho con sustento constitucional, como lo tiene España a través del artículo 24 constitucional. La propuesta es reconocer la

---

[492] Cfr. *Caso de la Masacre de las Dos Erres*, párr. 233, y *Caso Suárez Peralta vs. Ecuador*, párr. 172.

[493] Corte IDH, *Caso Blake vs. Guatemala*, sentencia del 24 de enero de 1998, Serie C N° 36, párr. 97.

[494] Corte IDH. *Caso Castillo Paez vs. Perú*. Sentencia del 3 de noviembre de 1997.

[495] Corte IDH. *Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala*. Sentencia del 22 de febrero de 2002.

existencia de un derecho que asiste a las víctimas de violaciones manifiestas de los derechos humanos y violaciones graves de las normas internacionales de derechos humanos, así como a sus familias, en el marco del sistema jurídico interno de cada Estado, de conocer la verdad sobre esas violaciones, en particular la identidad de los autores y las causas, los hechos y las circunstancias relacionados con las violaciones.

Desde hace tiempo cuando en el año 2005[496] se fomentó el estudio sobre el derecho a la verdad, se han encontrado varias facetas que la constituyen e integran:

a) Derecho a la verdad o derecho a saber como derecho colectivo;

b) Derecho a la verdad o derecho a saber como reparación;

c) Derecho a la verdad como cesación de la violación al derecho a la integridad psíquica y moral;

d) Derecho a la verdad como prevención, como memoria;

e) Derecho a la verdad o derecho a saber como obligación de medios y no de resultados;

f) Derecho a la verdad o derecho a saber como derecho al duelo;

g) Derecho a la verdad que incluye el derecho a la justicia.

> El *derecho a la verdad como derecho colectivo*, según el informe del Relator Especial Louis Joinet, destaca en su conjunto de principios el derecho a saber que asiste a las víctimas y sus familiares o personas de su entorno, ampliándolo: "El derecho de saber es también un derecho colectivo que tiene su origen en la historia para evitar que en el futuro las violaciones se reproduzcan.". Tiene dos áreas de recomendaciones a atender: las comisiones extra judiciales de investigación (generalmente denominadas Comisiones de la Verdad) y la preservación de los archivos con relación a las violaciones de los derechos humanos. A partir de la experiencia que se ha obtenido en estos años, convendría que los estados hicieran evaluaciones respecto a los resultados, obstáculos y necesidades de profundizar la cooperación internacional en esta materia.
>
> El *derecho a la verdad o derecho a saber como reparación*. Las organizaciones de víctimas han señalado la importancia de ser reparadas mediante la búsqueda y rectificación de la información falseada, ocultada, retenida o ignorada. En tal sentido, Madres y Familiares de Uruguayos Detenidos Desaparecidos expresa "La primer reparación comienza con la verdad de los hechos. Por tanto a nivel de la víctima directa, como de las demás víctimas de la desaparición forzada, el establecimiento de la verdad y su explicitación oficial está en la base de cualquier medida de reparación, además de serlo ella en sí misma."
>
> El *derecho a la verdad como cesación de la violación al derecho a la integridad psíquica* y *moral*. En el caso de la violación continuada a los derechos humanos propia de las desapariciones forzadas, diversos precedentes marcan que el ocultamiento de la información sobre la suerte y paradero de las personas secuestradas o sus restos, tienen como consecuencia la victimización de sus familiares. Así lo reconoció la Comisión de Derechos Humanos en el caso Elena Quinteros contra Uruguay como estado parte en el Pacto de Derechos Civiles y Políticos, al resolver la comunicación presentada por su madre, María del Carmen Almeida de Quinteros (Tota Quinteros).
>
> El *derecho a la verdad como prevención, como memoria*. Los informes finales de las comisiones investigadoras, los informes de las organizaciones no–gubernamentales, las investigaciones académicas y de los medios de comunicación, han contribuido a la difusión y el conocimiento sobre las graves y masivas violaciones a los derechos humanos ocurridas

[496] Resolución 2005/66 sobre "*El derecho a la verdad*" adoptada en la 59ª Sesión de la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas, el 20 de abril de 2005.

> en el pasado reciente. La comunidad internacional tiene un importante rol en la prevención futura de hechos tan atroces como los investigados en las jurisdicciones especiales para Rwanda y Yugoeslavia, o la investigación en curso sobre Darfur por la Corte Penal Internacional. Pero igualmente, los pueblos latinoamericanos están en el proceso de reconstrucción de su identidad, conjuntamente con la preservación de la memoria sobre las graves violaciones a los derechos humanos ocurridas en su historia, como parte de una historia vivida en conjunto. Están en proceso importantes investigaciones sobre la coordinación regional y es imprescindible que haya desde los estados acuerdos para la preservación de archivos y coordinación de políticas de cooperación regionales en la investigación de las graves violaciones a los derechos humanos.
>
> El *derecho a la verdad, comporta por parte del estado una obligación de medios y no de resultados*. Esta obligación subsiste para los estados, lo que hace al derecho a la verdad imprescriptible, como indica la solución amistosa en el Caso *Lapacó vs. Argentina*. Esta obligación trasciende la obligación de tutela judicial, como indica la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En ese sentido, el derecho a la verdad no condice con las declaratorias sobre verdades oficiales, cuando los hechos no han sido suficientemente develados y subsiste el derecho a la verdad de las víctimas o de sus familiares.
>
> El *derecho a la verdad como derecho al duelo*. En este punto son importantes los pronunciamientos de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en varios de los casos, en que el derecho a la verdad conlleva el derecho al duelo de los familiares y allegados a las víctimas. Este derecho no solo está afirmado para los casos de desaparición forzada, sino también para los de ejecuciones extrajudiciales, muertes en prisión, y otras graves violaciones a los derechos humanos. Insistir en el derecho al duelo es también reafirmar la integralidad de los derechos (a la vida, seguridad, integridad, salud, tradiciones) y su complejidad por las consecuencias sociales provocadas en el entorno cercano a las víctimas.
>
> El *derecho a la verdad y el derecho a la justicia* no pueden tratarse como opuestos, aun cuando pueda identificarse su autonomía normativa. En este sentido, también la jurisprudencia en el sistema interamericano es muy clara en cuanto a la obligación de los estados de investigar las violaciones a los derechos humanos, identificar a sus autores, aplicar las sanciones correspondientes y realizar las reparaciones que correspondan. Como discute Juan Méndez "Aun desde la perspectiva de que la meta principal sea decir la verdad, cuando los asesinos se aferran al silencio y a la negación, no parece evidente que el informe de una comisión de la verdad sea más efectivo que los procesos judiciales". Este derecho a la justicia, conlleva también a que se garantice la tutela judicial de todos los involucrados, lo que implica un particular cuidado en el manejo público de los archivos.

Inclusive, se debe recordar que el deber de investigar se compromete con la verdad y la seguridad jurídica, donde las condiciones dónde y cómo se practica es tan importante como para distinguir los sujetos que tenen este compromiso.

Por eso la Corte IDH en ciertos asuntos tiene en una perspectiva de género para emprender líneas de investigación específicas respecto de la violencia sexual, a fin de evitar omisiones en la recolección de prueba, tanto como para posibilitar a la víctima información sobre los avances en la investigación y proceso penal, de conformidad con la legislación interna, y en su caso, la participación adecuada durante la investigación y el juzgamiento en todas las etapas[497].

> Asimismo, la investigación debe realizarse por funcionarios capacitados en casos similares y en atención a víctimas de discriminación y violencia por razón de género. Además, deberá asegurarse que las personas encargadas de la investigación y del proceso penal, así

---

[497] *Caso Espinoza Gonzáles vs. Perú*. *Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 20 de noviembre de 2014. Serie C N° 289, párr. 277.

> como, de ser el caso, otras personas involucradas, como testigos, peritos, o familiares de la víctima, cuenten con las debidas garantías de seguridad. De igual modo, por tratarse de una violación grave de derechos humanos, ya que los actos de tortura fueron una práctica generalizada en el contexto del conflicto en el Perú, el Estado debe abstenerse de recurrir a figuras como la amnistía en beneficio de los autores, así como ninguna otra disposición análoga, la prescripción, irretroactividad de la ley penal, cosa juzgada, *ne bis in idem* o cualquier eximente similar de responsabilidad, para excusarse de esta obligación ([498]).

A lo expuesto se suma otra faceta del derecho a la verdad: *como medida de reparación.* Al ser una obligación de los Estados derivada de las garantías de justicia, el derecho a la verdad también constituye una forma de reparación en casos de violaciones de derechos humanos. En efecto, el reconocimiento de las víctimas es relevante porque significa una forma de admitir la importancia y el valor de las personas en tanto individuos, víctimas y titulares de derechos.

Asimismo, el conocimiento de las circunstancias de modo, tiempo y lugar, las motivaciones y la identificación de los perpetradores son elementos fundamentales para reparar integralmente a las víctimas de violaciones de derechos humanos[499].

En conclusión, la Corte IDH ha considerado la obligación de investigar como una parte esencial para el derecho a la verdad. Con este criterio ha establecido de manera detallada y pormenorizada los elementos que conducen al cumplimiento del derecho a la verdad como medida de reparación.

En particular, propone las siguientes medidas:

(i) "iniciar, impulsar, reabrir, dirigir, continuar y concluir, según corresponda, con la mayor diligencia las investigaciones y procesos pertinentes en un plazo razonable, con el fin de establecer toda la verdad de los hechos y determinar las responsabilidades penales que pudieran existir, y remover todos los obstáculos de facto y de iure que mantienen la impunidad total";

(ii) "abstenerse de recurrir a figuras como la amnistía en beneficio de los autores, así como ninguna otra disposición análoga, la prescripción, irretroactividad de la ley penal, cosa juzgada, *ne bis in idem* o cualquier eximente similar de responsabilidad, para excusarse de esta obligación";

(iii) "tomar en cuenta el patrón sistemático de violaciones a derechos humanos […] con el objeto de que los procesos y las investigaciones pertinentes sean conducidos en consideración de la complejidad de estos hechos y el contexto en que ocurrieron, evitando omisiones en la recolección de prueba y en el seguimiento de líneas lógicas de investigación con base en una correcta valoración de los patrones sistemáticos que dieron origen a los hechos que se investigan";

(iv) "identificar e individualizar a todos los autores materiales e intelectuales […]. La debida diligencia en la investigación implica que todas las autoridades estatales están obligadas a colaborar en la recaudación de la prueba, por lo que deberán brindar al juez, fiscal u otra autoridad judicial toda la información que requiera y abstenerse de actos que impliquen la obstrucción para la marcha del proceso investigativo";

---

[498] *Caso Espinoza Gonzáles vs. Perú*, párr. 277

[499] CIDH, *Derecho a la verdad en América*, OEA/Ser.L/V/II.152, Doc. 2, 13 agosto 2014.

(v) “asegurarse que las autoridades competentes realicen las investigaciones correspondientes ex officio, y que para tal efecto tengan a su alcance y utilicen todos los recursos logísticos y científicos necesarios para recabar y procesar las pruebas y, en particular, tengan las facultades para acceder a la documentación e información pertinentes para investigar los hechos denunciados y llevar a cabo con prontitud aquellas actuaciones y averiguaciones esenciales para esclarecer lo sucedido en el presente caso”;

(vi) “garantizar que las investigaciones […] se mantengan, en todo momento, bajo conocimiento de la jurisdicción ordinaria”;

(vii) “asegurarse que los distintos órganos del sistema de justicia involucrados en el caso cuenten con los recursos humanos, económicos, logísticos, científicos o de cualquier índole necesarios para desempeñar sus tareas de manera adecuada, independiente e imparcial”;

(viii) “asegurar el pleno acceso y capacidad de actuar de las víctimas o sus familiares en todas las etapas de la investigación y el juzgamiento de los responsables”;

(ix) “[publicar] los resultados de los procesos correspondientes”;

(x) “garantizar a los operadores de justicia, así como a la sociedad,el acceso público, técnico y sistematizado a los archivos que contengan información útil y relevante para la investigación en causas seguidas por violaciones a los derechos humanos”;

(xi) “articular mecanismos de coordinación entre los diferentes órganos e instituciones estatales con facultades de investigación, así como de seguimiento de las causas que se tramiten”;

(xii) “elaborar protocolos de actuación en la materia bajo un enfoque interdisciplinario y capacitar a los funcionarios involucrados en la investigación de graves violaciones a los derechos humanos”;

(xiii) “promover acciones pertinentes de cooperación internacional con otros Estados, a fin de facilitar la recopilación y el intercambio de información, así como otras acciones legales que correspondan”;

(xiv) “tomar en cuenta los impactos diferenciados”;

(xv) “ejecutar las órdenes de captura de los presuntos responsables que se encuentran pendientes y emitir las que sean pertinentes a efecto de enjuiciar a todos los responsables”; y

(xvi) “iniciar las acciones disciplinarias, administrativas o penales, de acuerdo con su legislación interna, de las posibles autoridades del Estado que han obstaculizado e impedido la investigación debida de los hechos, así como los responsables de las distintas irregularidades procesales”.

2. El acopio de pruebas como deber general para saber qué pasó

La denuncia pone en conocimiento de la Comisión IDH las supuestas violaciones a derechos humanos que transmite la víctima, las presuntas víctimas o sus representantes. Como el interés es que la Convención se respete y ejecute, la tarea de

comprobar la eventual comisión de conductas inconvencionales le corresponde al órgano encargado de verificar la delación.

En la tarea de investigar se adoptan las fuentes de prueba comunes, que en esta materia son principalmente documentales. Ello no obsta para que se requiera la producción de otras constancias destinadas a comprobar los hechos, a cuyo fin la Comisión realizará, con conocimiento de las partes, un examen del asunto planteado en la petición o comunicación. Si fuere necesario y conveniente, se realizará una investigación para cuyo eficaz cumplimiento solicitará, y los Estados interesados le proporcionarán, todas las facilidades necesarias (art. 48 inciso 1.d CADH).

La generación de las fuentes de prueba es una obligación que se desprende del derecho a la información que garantiza el artículo 13 (1) del Pacto de San José, sin perjuicio de otras justificaciones dogmáticas que referimos enseguida.

> El reconocimiento del acceso a la información como derecho humano constituye un importante avance que necesita ser acompañado por un régimen jurídico que contenga ciertos elementos y garantías para hacerlo efectivo. La sentencia de la Corte Interamericana en el caso *Claude Reyes y otros* señaló que […]: En lo que respecta a los hechos del presente caso, la Corte estima que el artículo 13 de la Convención, al estipular expresamente los derechos a "buscar" y a "recibir" "informaciones", protege el derecho que tiene toda persona a solicitar el acceso a la información bajo el control del Estado, con las salvedades permitidas bajo el régimen de restricciones de la Convención. Consecuentemente, dicho artículo ampara el derecho de las personas a recibir dicha información y la obligación positiva del Estado de suministrarla, de forma tal que la persona pueda tener acceso a conocer esa información o reciba una respuesta fundamentada cuando por algún motivo permitido por la Convención el Estado pueda limitar el acceso a la misma para el caso concreto.
>
> Dicha información debe ser entregada sin necesidad de acreditar un interés directo para su obtención o una afectación personal, salvo en los casos en que se aplique una legítima restricción. Su entrega a una persona puede permitir a su vez que esta circule en la sociedad de manera que pueda conocerla, acceder a ella y valorarla. De esta forma, el derecho a la libertad de pensamiento y de expresión contempla la protección del derecho de acceso a la información bajo el control del Estado, el cual también contiene de manera clara las dos dimensiones, individual y social, del derecho a la libertad de pensamiento y de expresión, las cuales deben ser garantizadas por el Estado de forma simultánea.
>
> Uno de los avances más importantes en materia de derecho de acceder a la información en poder del Estado a través de la emisión de la sentencia de la Corte en el caso Claude Reyes y otros consiste en que por primera vez un tribunal internacional reconoce el carácter fundamental de dicho derecho en su doble vertiente, como derecho individual de toda persona descrito en la palabra "buscar" y como obligación positiva del Estado para garantizar el derecho a "recibir" la información solicitada[500].

El principio esencial que subordina la actividad tuitiva es que se consigan todos los antecedentes, a menos que por una causa justificada o razonable, se lesione el derecho de defensa de quien será afectado por el uso de ese material recopilado.

> En varios casos, la Corte ha decretado la incorporación extemporánea de ciertos documentos por parte del Estado o de la Comisión, o solicitó a las partes allegar elementos probatorios como prueba para mejor resolver. En *Bámaca Velásquez vs. Guatemala* se sostuvo que, a pesar de que el Estado no hizo manifestación alguna sobre las razones que motivaron la presentación extemporánea de prueba documental y no acreditó, por tanto, las

[500] Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. Comisión IDH, *Estudio especial sobre el derecho de acceso a la información*. OEA – Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Washington, 2007, p. 31.

> circunstancias excepcionales que justificarían su aceptación por la Corte, ella estimó que eran procedentes por ser prueba útil en la medida que contienen información sobre los hechos examinados, que serán valorados como prueba circunstancial dentro del acervo probatorio, conforme al principio de la sana crítica.

De suyo, como se dijo con anterioridad, no es aplicable la presunción de inocencia, ni el descanso sobre la negativa de los hechos, ni justificar con dichos cuya prueba sea indisponible para el denunciante si el Estado no colabora en la producción.

Esto es una clara diferencia con el derecho penal interno recordado desde las primeras sentencias de la Corte IDH. En efecto, se afirma que […]

> En los procesos sobre violaciones de derechos humanos la defensa del Estado no puede descansar sobre la imposibilidad del demandante de allegar pruebas que, en muchos casos, no pueden obtenerse sin la cooperación del Estado. Es el Estado quien tiene el control de los medios para aclarar hechos ocurridos dentro de su territorio. La Comisión, aunque tiene facultades para realizar investigaciones, en la práctica depende, para poder efectuarlas dentro de la jurisdicción del Estado, de la cooperación y de los medios que le proporcione el Gobierno ([501]).
>
> Del mismo modo, en el caso *Aloeboetoe* la Corte eximió a la Comisión de demostrar mediante prueba documental la filiación e identidad de varias personas, pues la falta de dichos documentos se debía a negligencia estatal: "[...] Suriname no puede exigir entonces que se pruebe la filiación y la identidad de las personas mediante elementos que no suministra a todos sus habitantes en aquella región. Por otra parte, Surinamee no ha ofrecido en este litigio suplir su inacción aportando otras pruebas sobre la identidad y la filiación de las víctimas y sus sucesores" ([502]).

2.1 Fuentes de prueba

La denuncia puede agregar prueba, e inclusive, teniendo en cuenta que la participación de la víctima o de sus representantes se puede aceptar como parte interesada, no es inapropiado que se ofrezcan *datos probatorios*.

Llamamos así a la fuente que se proporciona para ser verificada. El único requisito es la utilidad y pertinencia, así como la localización, propósito que se persigue con su producción y la necesidad de contarlo con urgencia si hubiera posibilidades de pérdida o extravío.

> La Convención dispone que, con el fin de comprobar los hechos, la Comisión realice con conocimiento de las partes, un examen del asunto planteado en la petición o comunicación. Sin embargo, al analizar esta materia, hay que comenzar por señalar que la Convención no contempla una fase probatoria distinta y separada del procedimiento contradictorio; en principio, ese es el momento para ofrecer evidencia o para solicitar la práctica de diligencias probatorias. Por otra parte, sin perjuicio de subrayar que este es un sistema eminentemente inquisitorial, en el que a la Comisión le corresponde un papel preponderante, tampoco hay reglas suficientemente precisas en lo que concierne a los medios probatorios de que se pueden valer las partes, sus formalidades, la evaluación de la evidencia recibida por la Comisión, o la identificación de la parte a quien corresponde el peso de la prueba. Todos estos aspectos han sido abordados, con mucha flexibilidad, por el Reglamento de la Comisión y por la práctica de la misma, sin perjuicio de algunos criterios adicionales aportados por la jurisprudencia de la Corte[503].

---

[501] *Caso Velásquez Rodríguez*, supra 63, párrafos 135–136; Caso *Godínez Cruz*, supra 63, párr. 141/142.

[502] Corte IDH. *Caso Aloeboetoe y otros vs. Suriname*. Sentencia del 4 de diciembre de 1991.

[503] Faúndez Ledesma, ob. cit., p. 282.

Precisamente, como la etapa de prueba es formal y reglada, lo que no significa que los límites impuestos puedan socavar el derecho a defenderse, se ha encontrado necesario vincular la prueba con el derecho de defensa en juicio, para desde allí referir a la constitucionalidad propia de la prueba que se desenvuelve en la etapa preliminar ante la Comisión IDH.

En este punto es donde parece estar la fuente que permita tener el derecho a la verdad como integrante del debido proceso. El comienzo de esta conclusion parte de entender que se pueden admitir todas las pruebas legales, regulares y obtenidas sin violaciones al derecho de defensa.

Para ello, producción probatoria se relaciona con vías de obtención, a sabiendas que en ciertas cuestiones se pueden utilizar criterios flexibles de complemento como son las presunciones e indicios.

De alguna manera, esta tendencia consolida la buena doctrina que explica la Corte IDH cuando instala en el campo de la prueba, la obligación de no privar a las partes (y a su descendencia directa e indirecta) el derecho a saber la verdad (cfr. *Casos Niños de la Calle* y *Barrios Altos*), que es una proyección inmediata del carácter fundamental del derecho a la prueba.

2.2 Esencia de la prueba en la Opinión Consultiva 16

Se desprende de la jurisprudencia que llega de la Corte IDH que la noción y esencia de la prueba se integra en el campo del debido proceso. Este, en la OC-16 quedó definido con estos términos […]

> "Es preciso que un justiciable pueda hacer valer sus derechos y defender sus intereses en forma efectiva y en condiciones de igualdad con otros justiciables. Al efecto, es útil recordar que el proceso es un medio para asegurar, en la mayor medida posible, la solución justa de una controversia. A ese fin atiende el conjunto de actos de diversas características generalmente reunidos bajo el concepto de debido proceso legal"[504].

En otras oportunidades, la Corte manifestó que la existencia de verdaderas garantías judiciales requiere que en este se observen todos los requisitos que "sirvan para proteger, asegurar o hacer valer la titularidad o el ejercicio de un derecho"[505], es decir, las "condiciones que deben cumplirse para asegurar la adecuada defensa de aquellos cuyos derechos u obligaciones están bajo consideración judicial"[506].

Sergio García Ramírez, en la citada Opinión Consultiva OC–16 señaló que […]

> "Lo que conocemos como el 'debido proceso penal', columna vertebral de la persecución del delito, es el resultado de esta larga marcha, alimentada por la ley, la jurisprudencia –entre ella, la progresiva jurisprudencia norteamericana– y la doctrina. Esto ha ocurrido en el plano nacional, pero también en el orden internacional. Los desarrollos de los primeros años se han visto superados por nuevos desenvolvimientos, y seguramente los años por venir traerán novedades en la permanente evolución del debido proceso dentro de la concepción democrática de la justicia penal […]. Los derechos y garantías que integran el debido proceso –jamás una realidad agotada, sino un sistema dinámico, en constante

[504] OC– 16, párr. 117.

[505] OC– 8/87, párr. 25.

[506] OC– 9/87, párr. 28.

formación– son piezas necesarias de este; si desaparecen o menguan, no hay debido proceso. Por ende, se trata de partes indispensables de un conjunto; cada una es indispensable para que este exista y subsista. No es posible sostener que hay debido proceso cuando el juicio no se desarrolla ante un tribunal competente, independiente e imparcial, o el inculpado desconoce los cargos que se le hacen, o no existe la posibilidad de presentar pruebas y formular alegatos, o está excluido el control por parte de un órgano superior".

"La ausencia o el desconocimiento de esos derechos destruyen el debido proceso y no pueden ser subsanados con la pretensión de acreditar que a pesar de no existir garantías de enjuiciamiento debido ha sido justa la sentencia que dicta el tribunal al cabo de un procedimiento penal irregular. Considerar que es suficiente con lograr un resultado supuestamente justo, es decir, una sentencia conforme a la conducta realizada por el sujeto, para que se convalide la forma de obtenerla, equivale a recuperar la idea de que 'el fin justifica los medios' y la licitud del resultado depura la ilicitud del procedimiento. Hoy día se ha invertido la fórmula: 'la legitimidad de los medios justifica el fin alcanzado'; en otros términos, solo es posible arribar a una sentencia justa, que acredite la justicia de una sociedad democrática, cuando han sido lícitos los medios (procesales) utilizados para dictarla.

"Si para determinar la necesidad o pertinencia de un derecho en el curso del proceso –con el propósito de determinar si su ejercicio es indispensable o dispensable– se acudiese al examen y a la demostración de sus efectos sobre la sentencia, caso por caso, se incurriría en una peligrosa relativización de los derechos y garantías, que haría retroceder el desarrollo de la justicia penal. Con este concepto sería posible –y además inevitable– someter al mismo examen todos los derechos: habría que ponderar casuísticamente hasta qué punto influyen en una sentencia la falta de defensor, la ignorancia sobre los cargos, la detención irregular, la aplicación de torturas, el desconocimiento de los medios procesales de control, y así sucesivamente. La consecuencia sería la destrucción del concepto mismo de debido proceso, con todas las consecuencias que de ello derivarían.

"Al emitir ese voto examiné (dice García Ramírez) las consecuencias que pudiera acarrear el vicio grave del procedimiento sobre el proceso en su conjunto y la sentencia que se dicta en este. Al respecto, dije que la violación del proceso "trae consigo las consecuencias que necesariamente produce una conducta ilícita de esas características: nulidad y responsabilidad. Esto no significa impunidad, porque es posible disponer la reposición del procedimiento a fin de que se desarrolle de manera regular. Esta posibilidad es ampliamente conocida en el derecho procesal y no requiere mayores consideraciones"[507].

En la sentencia correspondiente al Caso *Kawas Fernández vs. Honduras*, emitida por la Corte IDH el 3 de abril de 2009, el tribunal adopta el criterio del derecho a la prueba, consolidado en sus precedentes, y afirma que la prueba es un deber del Estado que tiene que investigar los hechos donde una víctima pierde la vida. Cuando ello no sucede se viola el debido proceso, sin que sean justificantes los errores, extravíos, demoras e insuficiencias de la investigación practicada.

Se renueva el derecho a la verdad, y cuando se trata sobre violaciones a derechos humanos, es contundente al afirmar que el Estado debe analizar con el mayor cuidado las pruebas disponibles para establecer la existencia de cierta conducta activa u omisiva (atribuible a agentes del Estado o a terceros cuyo comportamiento es imputable al este) y el nexo existente entre aquella y el resultado violatorio de derechos humanos. En esas pruebas se sustentará la decisión judicial.

---

[507] Voto razonado de Sergio García Ramírez en OC/16: *El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal*. Opinión Consultiva OC–16/99 del 1 de octubre de 1999. Serie A N° 16.

Es verdad que la Corte Interamericana, habida cuenta de su competencia material y de la misión que le incumbe para la protección de los derechos humanos, no debe sujetarse mecánicamente a los criterios de admisión y valoración de pruebas que prevalecen en el orden penal interno; toda vez que no tiene a su cargo una función punitiva, pero puede y suele aceptar y analizar con mayor libertad los medios de convicción que se le allegan o que ordena *motu proprio*.

Ahora bien, sostiene García Ramírez [508] que lo anterior no implica que se relativice o reduzca la exigencia probatoria que constituirá –con el correspondiente razonamiento lógico y jurídico– el fundamento de las afirmaciones sobre hechos violatorios de derechos fundamentales, responsabilidad internacional del Estado y consecuencias jurídicas derivadas de aquellos y de esta. La propia Corte –tribunal de Derecho– se refiere constantemente a las reglas de sana crítica que conducen sus apreciaciones en materia probatoria.

Por ello repite que […]

> "A este respecto no difiere de la que tiene cualquier juzgador que enfrenta la enorme responsabilidad de analizar hechos, no siempre evidentes ni suficientemente acreditados a través de pruebas concluyentes, y adoptar graves determinaciones a partir del material probatorio disponible, adecuadamente valorado. El juzgador se ve en la necesidad de afrontar dudas que naturalmente surgen en el curso del examen que realiza. La solución de estos dilemas reside en la prueba: solo así se remonta la duda. Cuando hablo de prueba, me refiero, por supuesto, a medios de convicción –empleo deliberadamente esta palabra: convicción– suficientes para persuadir al juzgador que emite una condena: "prueba suficiente". No digo condena penal; digo, simplemente, condena que se explica en virtud de la comprobación –"convincente"– de ciertos hechos ilícitos, resultado de la actuación, asimismo comprobada, de determinado agente. Obviamente, no pretendo que todos los hechos sujetos a juicio queden establecidos a través de documentos oficiales e indubitables, testimonios unívocos y fidedignos o dictámenes irrefutables. Sería pueril. Acepto la posibilidad y la eficacia de medios indirectos de prueba, a condición de que trasciendan el lindero –a menudo impreciso y elusivo– que separa la prueba suficiente de los datos que no poseen, por sí mismos, esta calidad indispensable.
>
> "Desde luego, la convicción es estrictamente personal. Reconozco que cada quien puede llegar a sus propias conclusiones, con absoluta probidad intelectual y serenidad de conciencia, y que estas merecen respeto y consideración, no menores que las que pudieran recibir las conclusiones de signo contrario. Una diferencia de opinión no significa reproche, como lo he manifestado en todos mis votos personales […] La insuficiencia de prueba por lo que respecta a algún extremo de los hechos alegados es solo eso: insuficiencia. No es, ni remotamente, exoneración".

3. Carga de la prueba en el derecho a la verdad

Los tratados sobre Derechos Humanos que forman la estructura de derechos especialmente protegidos de posible denuncia ante su violación (ver artículo 23 del reglamento de la Comisión IDH), no constituyen un modelo típico de vinculación entre Estados, ni promueven conclusiones en función de un intercambio recíproco de derechos, para el beneficio mutuo de los Estados contratantes. Su objeto y fin son la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos, independientemente de

---

[508] Voto razonado de Sergio García Ramírez en OC/16: *El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal*. Opinión Consultiva OC–16/99 del 1 de octubre de 1999. Serie A N° 16.

su nacionalidad, tanto frente a su propio Estado como frente a los otros Estados contratantes.

Al disponer de órganos específicos para tramitar denuncias y proseguir con enjuiciamientos singulares, suelen trazarse paralelos con la justicia penal, que como tipo acusatorio contiene dos fases parecidas a las que desarrolla el modelo transnacional. La investigación controlada con jueces de garantías; y el juicio aplicado donde se produce el contradictorio, propiamente dicho.

La diferencia está en que los Estados no comparecen ante la Corte como sujetos de acción penal; ni la Comisión los investiga como probables entes delictivos. El Derecho Internacional de los derechos humanos no tiene por objeto imponer penas a las personas culpables de sus violaciones, sino amparar a las víctimas y disponer la reparación de los daños que les hayan sido causados por los Estados responsables de tales acciones[509].

Este paralelo entre la investigación penal preparatoria y la etapa preliminar ante la Comisión tiene otros fundamentos que explica García Ramírez […]

> La Corte Interamericana nunca ha asumido la defensa –y tampoco la acusación– de probables responsables de una conducta ilícita. Se ha limitado con rigor, y lo seguirá haciendo, a resolver acerca de la interpretación y la aplicación del ordenamiento que puede invocar: la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Las instancias nacionales deben aplicar con pulcritud y eficiencia, respetando las disposiciones de esa Convención, las normas que les competen: los códigos penales y otros ordenamientos llamados a sancionar las conductas delictuosas. Quien haya leído, así sea someramente, las resoluciones de la Corte Interamericana, habrá advertido que esta ha sido su posición invariable. No podría ser otra.
>
> En la sentencia correspondiente al Caso *Castillo Petruzzi*, de 30 de mayo de 1999, la Corte sostuvo que "no está facultada para pronunciarse sobre la naturaleza y gravedad de los delitos atribuidos a las presuntas víctimas", y manifestó que no examinaría "la presunta responsabilidad penal de las supuestas víctimas, materia que corresponde a la jurisdicción nacional" (párrs. 89–90). Finalmente, el Tribunal declaró la existencia de ciertas violaciones en el proceso de los inculpados que había motivado el conocimiento de ese caso y dispuso "que se les garantizara un nuevo juicio con la plena observancia del debido proceso legal" (punto resolutivo 13).
>
> En el caso al que se refiere la sentencia que acompaño con este Voto razonado, no se demandó al Estado por una violación brutal de las garantías inherentes al debido proceso. En diversas ocasiones se ha traido a la consideración de la Corte transgresiones notorias que entrañan el maltrato al inculpado para arrancar una confesión, investigaciones irregulares y prejuiciadas, actuación de tribunales que carecen de independencia o imparcialidad, privación absoluta del derecho de defensa, obstrucción de la justicia, supresión del acceso a pruebas, ausencia de medios de impugnación idóneos y otras violaciones del mismo carácter. Ahora se trata de una vulneración de otro género: *incongruencia entre la acusación y la condena*, que acarrea –a pesar de que no ofrece una apariencia dramática ni ofende inmediatamente la conciencia social– una restricción en el derecho de defensa, que es el más preciado para quien se ve sujeto a juicio y repercute en la decisión final del tribunal que condena. Cualquier persona que supone la posibilidad de verse llevado a un juicio penal –¿y quién se halla absolutamente a cubierto de esta posibilidad?–, sabe que la ley le reconoce el derecho a la defensa y confía en que contará con él.

---

[509] Así lo expresó la Corte IDH en el caso *Godínez Cruz*, Sentencia de 20 de enero de 1989. Serie C N° 5 (1989), párr. 140.

Es probable que quienes observen este punto consideren que se trata de un mero tecnicismo procesal. La separación entre los llamados "tecnicismos" y las violaciones graves es un tema frecuentemente examinado por los tratadistas del enjuiciamiento y no es extraño al debate en diversos círculos de opinión. Ahora bien, es preciso advertir que tras los denominados "tecnicismos", a los que algunos observadores restan importancia e incluso atribuyen resultados adversos a la seguridad y a la justicia, se hallan verdaderos derechos humanos que deben ser respetados. Finalmente, la fortaleza moral y política de la sociedad democrática se mide también por su capacidad de atender puntualmente los derechos de los individuos y al mismo tiempo servir a los objetivos de seguridad y justicia que demanda la sociedad y que constituyen razón de ser del orden jurídico.

En el Caso *Fermín Ramírez vs. Guatemala*, la Corte Interamericana examinó algunos temas del debido proceso que no había conocido previamente. Hoy no se ha ocupado, como en tantos otros casos, del juez natural, la independencia e imparcialidad del juzgador, la posibilidad de designar defensor y recibir su asistencia, la estructura de la prueba, el recurso contra decisiones condenatorias, la confiabilidad de la confesión y otros más que han estado constantemente a la vista. En este caso, se ha puesto en juego un dato del proceso penal en una sociedad democrática: la congruencia entre la acusación y la sentencia, que no solo entraña una conexión lógica entre dos actos procesales de extrema importancia, sino atañe a la defensa del inculpado –porque la afecta profundamente–, y por lo tanto se proyecta sobre el conjunto del proceso y gravita en la validez de la sentencia misma.

Más todavía, la congruencia a la que me refiero –que impide resoluciones judiciales al margen de la acusación formulada por un órgano ajeno al juzgador e independiente de este– constituye una expresión regular de la división de poderes y caracteriza al sistema procesal penal acusatorio. En efecto, pone en evidencia la separación entre el órgano que acusa y el órgano que sentencia, y reconoce que la función persecutoria incumbe a aquel, no a este. Si no fuera así, es decir, si el juzgador pudiera rebasar los términos de la acusación, desatenderlos o sustituirlos a discreción, estaríamos en presencia de un desempeño judicial inquisitivo: el órgano de la jurisdicción llevaría por sí mismo a la sentencia hechos y cargos que no ha esgrimido el órgano de la persecución, y se convertiría, en buena medida, en un acusador.

En el proceso penal democrático, el inculpado, sujeto del proceso, dotado con derechos adjetivos que permiten sostener y asegurar sus derechos materiales, enfrenta ciertos cargos sobre los que aguarda la decisión judicial. En función de ellos, que son el "tema del enjuiciamiento", desarrolla el conjunto de los actos de defensa. De ahí la importancia de que conozca, desde el principio mismo del proceso –y más todavía, desde que comienza el procedimiento en su contra y se le priva de libertad en un momento anterior a su presentación ante el juzgador–, los hechos que se le atribuyen, para que pueda construir su defensa. No se trata de enterarlo de cuestiones técnicas en torno a los cargos que pesan sobre él, sino de que sepa con certeza –y también, por supuesto, de que sepa su defensor– qué hechos se le atribuyen, cómo se dice que los cometió, en qué forma lo hizo, etcétera, para que cuente con los elementos indispensables para contradecir la acusación y obtener al cabo una sentencia justa.

Lo anterior no solo funda la exigencia de información precisa, completa y oportuna sobre las imputaciones –que es un derecho elemental del encausado, un dato crucial del debido proceso, sin el cual declina la condición del inculpado como sujeto del enjuiciamiento, para reinstalarlo como objeto de la investigación–, sino también la indispensable relación que debe existir entre la acusación que propone el tema del proceso y la sentencia que dispone sobre ese tema, no sobre otro u otros que pudieran ser aledaños a él, pero en todo caso no fueron materia de la prueba, del debate, de las defensas, y por lo tanto solo podrían ser, si acaso, cuestiones para un proceso diferente en el que se observen las correspondientes garantías de información y defensa.

La convicción de que el inculpado debe conocer, desde el momento mismo de su detención, los cargos que se le hacen –no apenas las denominaciones técnicas de estos, que dicen poco o no dicen nada al individuo común, sino los hechos cuya comisión se le atribuyen–, se ha instalado en el procedimiento moderno de orientación democrática. Se halla, por ejemplo,

en la exigencia de que quienes capturan al supuesto infractor le informen sobre esos cargos y acerca de la posibilidad que tiene de declarar sobre ellos, guardar silencio y designar quien lo defienda. Otro tanto debe ocurrir cuando el inculpado comparece ante el juez de su causa. La misma norma ha de observarse –ya lo mencioné– cuando el sujeto es extranjero y se le notifica que puede recurrir a la asistencia del cónsul de su nacionalidad.

Nada habría que oponer, en mi concepto, a lo que la ley del Estado denomina recalificación de los hechos, es decir, a la observación de estos desde otra perspectiva técnica, bajo una clasificación o designación diversas de las que inicialmente fueron aplicadas, pero conservando invariable la identidad de aquellos, como materia o tema del proceso. En este supuesto queda en pie la defensa que hicieron y sigan haciendo el inculpado y su asistente legal, porque esta se ha referido y se refiere a unos hechos que no han sido alterados, modificados, incrementados, sino apenas denominados con otros términos. Dicho de manera diferente: los hechos quedan inalterados; solo cambia el nomen juris con el que se los designa, y esta variación no tiene más trascendencia que la depuración técnica en el empleo de los conceptos, pero no toca la defensa. Hasta ahí las cosas, si hablamos de recalificación de hechos. Y si las cosas permanecen en ese punto, no hay violación del derecho a la defensa.

No es esto lo que sucede si se modifica lo que la sentencia de la Corte Interamericana ha designado como "base fáctica" del proceso penal. Si esto ocurre, el fiscal que hace una nueva acusación debe promover los actos conducentes a reencauzar el proceso, y si no lo propone, debe acordarlo espontáneamente el propio tribunal, que en último análisis responde por la buena marcha del enjuiciamiento, esto es, por el debido desarrollo del proceso, atendiendo las exigencias de la ley y los requerimientos de la justicia. No fue esto lo que aconteció en el caso que ahora nos ocupa. Es verdad que coinciden ciertos datos de la acusación original y de la sentencia con la que se cerró el proceso, pero también lo es que otros, de gran importancia, no coinciden en absoluto.

Para acreditar lo anterior basta con observar la descripción típica de la violación agravada, que se hace en el artículo 175, conectado con el 173, del Código Penal de Guatemala, y del homicidio calificado (llamado "asesinato" en el ordenamiento penal nacional), que se formula en el artículo 132, vinculado con el 123, del mismo ordenamiento. La violación es ayuntamiento carnal forzado que se perpetra contra una mujer –dice el artículo 173– y cabe la posibilidad –señala el 175, que describe la figura complementada calificada– de que "con motivo o a consecuencia de la violación" fallezca la víctima. En cambio, el asesinato es privación de la vida –conforme al artículo 123– realizado en la forma, con los medios, bajo el impulso o con el propósito que describe el artículo 132. Así las cosas, cada conducta punible se integra con elementos propios, característicos, que deben ser propuestos en la acusación y que se hallan o deben hallarse sujetos al examen del inculpado y su defensa. Si la condena se emite por hechos diferentes de los que señaló la acusación, se habrá vulnerado el nexo de congruencia entre esta y la sentencia. Solo la integridad de ese nexo acredita que el inculpado ejerció adecuadamente el derecho a la defensa que el Estado le reconoce y está obligado a respetar y garantizar.

A la luz del artículo 8 de la Convención Americana, no se tiene en pie una sentencia adoptada de esa manera. Ahora bien, esto no significa, en lo absoluto, que la Corte Interamericana exonere de responsabilidad al inculpado, y tampoco que declare que la hay. Solo trae consigo una conclusión: la violación del debido proceso priva de soporte jurídico a la sentencia y obliga al Estado, como lo ha mencionado la Corte, a llevar adelante, si así lo resuelve, un enjuiciamiento en el que se observen la exigencias del debido proceso para arribar a la conclusión que derive de los hechos aducidos por quien acusa, las pruebas presentadas por las partes o atraidas por el tribunal y el debate en torno a aquellos –no acerca de otros hechos– con sustento en estas. No hay, pues, riesgo de impunidad, sino exigencia de justicia conforme a las previsiones de la Convención Americana, que el Estado ha ratificado[510].

---

[510] Corte IDH. Voto razonado del juez Sergio García Ramírez en la sentencia del caso *Fermín Ramírez vs. Guatemala*, de 18 de junio de 2005.

3.1 El deber probatorio ante la Corte IDH

Si hay un patrón en el trámite no se toma de la teoría del proceso, ni del derecho probatorio en particular, porque las normas de distribución de la carga de la prueba reflejan el fenómeno particular de los derechos humanos perseguido por la Convención Americana, de equilibrar durante el procedimiento la naturaleza distinta de los dos únicos protagonistas, el individuo y el Estado en su forma más pura, en función de evitar desviaciones inaceptables, motivadas en posibilidad de medios y de poder.

La comunidad de principios para las instancias ante la Comisión y la Corte pueden asentar en que los procedimientos que se siguen no están sujetos a las mismas formalidades que las actuaciones judiciales internas, y por eso, la incorporación de determinados elementos al acervo probatorio debe ser efectuada prestando particular atención a las circunstancias del caso concreto y teniendo presentes los límites trazados por el respeto a la seguridad jurídica y al equilibrio procesal entre las partes[511].

Pero referir a la carga de la prueba en la investigación, especialmente en esta etapa, no tiene consistencia. Lo que existe es una averiguación concreta sobre los hechos y relatos, con la verificación eventual de aquellos documentos que la Comisión tendrá que confrontar.

La etapa es un juicio de probabilidades, no de pruebas. Es un medio de dar verosimilitud a cuanto se afirma en la queja, y deducir con la subsunción y el razonamiento el juicio hipotético.

> Por ello, la Corte IDH consideró que en algunos casos, la carga de probar que a la Comisión le corresponde por vía de principio, no era plenamente aplicable para demostrar el paradero de las tres personas desaparecidas en el caso *Neira Alegría*[512], sino que, por la circunstancia de que en su momento los penales y luego las investigaciones estuvieron bajo el control exclusivo del Gobierno, la carga de la prueba tenía que recaer sobre el Estado demandado. Estas pruebas estuvieron a disposición del Gobierno o deberían haberlo estado si este hubiera procedido con la necesaria diligencia.
>
> Del mismo modo, en el caso *Aloeboetoe* la Corte eximió a la Comisión de demostrar mediante prueba documental la filiación e identidad de varias personas, pues la falta de dichos documentos se debía a negligencia estatal: "[...] Surinamee no puede exigir entonces que se pruebe la filiación y la identidad de las personas mediante elementos que no suministra a todos sus habitantes en aquella región. Por otra parte, Surinamee no ha ofrecido en este litigio suplir su inacción aportando otras pruebas sobre la identidad y la filiación de las víctimas y sus sucesores"[513].

Investigar la denuncia no significa tener que probar las afirmaciones que ella contiene. La etapa se configura para reunir los elementos de convicción que permitan a la Comisión decidir si somete el caso a la Corte o, en su caso, formula recomendaciones y propuestas al Estado denunciado.

Así como en el proceso penal represivo la finalidad es determinar la conducta incriminada, las circunstancias o móviles de la perpetración, la identidad del autor o

---

[511] Cfr. *Caso Maritza Urrutia*, supra nota 7, párr. 48; *Caso Myrna Mack Chang*, supra nota 7, párr. 120; y Caso *Bulacio*, supra nota 7, párr. 42.

[512] Corte IDH, *Caso Neira Alegría y Otros*. Sentencia de 19 de enero de 1995.

[513] Corte IDH, *Caso Aloeboetoe y Otros vs. Suriname*. Sentencia de 10 de setiembre de 1993, párr. 64.

partícipe y de la víctima, así como la existencia del daño causado; no es muy diferente cuanto se investiga en la fase del procedimiento transnacional.

Por eso, la Comisión posee iguales potestades jurisdiccionales que un juez del sistema inquisitivo, o del Fiscal en el proceso acusatorio. La colaboración que se requiere al Estado es un acto de cortesía, que se convierte en una presunción en contra del denunciado, cuando reniega asistencia o esconde elementos de prueba.

Hay actos inaplazables destinados a determinar si han tenido lugar los hechos objeto de conocimiento y su contravención con derechos humanos, así como asegurar los elementos materiales de su comisión, individualizar las víctimas y victimarios, que en general no son medios de prueba, sino mecanismos de verificación.

Es decir, considerar a la prueba como una carga significa que el riesgo de no probar por quien debe hacerlo, convierte la etapa de investigación preliminar en una aventura totalmente insegura e incierta para el denunciante. En cambio, si queda entendido que no hay carga probatoria en este tiempo, la idea de confirmar y verificar resulta más acertada con los fines que debe cumplir la Comisión IDH.

3.2 Deber de probar en el Estado

Obsérvese que tampoco hay un desplazamiento de prueba hacia el Estado, a quien solo se le pide información y asistencia. Pero entender que se deposita en ella la carga probatoria sería tan peligroso como no investigar. El ocultamiento de pruebas es un riesgo posible, de allí que no sea propio referir a la inexistencia de crimen si no hay cuerpo del delito.

Ahora bien, lo que se debe esperar en el tránsito de superar esta etapa y conseguir la admisión, es la colaboración de denunciantes y denunciados.

La jurisprudencia de la Corte IDH ha sido constante en señalar que, en casos de desaparición forzada, el derecho internacional y el deber general de garantía imponen la obligación de investigar el caso sin dilación, y de una manera seria, imparcial y efectiva, de modo tal que no dependa de la iniciativa procesal de la víctima o de sus familiares (en particular, de la presentación de una denuncia) o de la aportación privada de elementos probatorios[514].

En el caso *González Medina y familiares*, la Corte afirma que este deber de investigación es independiente de la presentación de una acción civil por parte de la víctima o sus familiares por lo cual amplía la aplicación de este principio a la presentación de acciones civiles o penales […]

> La Corte IDH establece que los familiares de las presuntas víctimas no están obligados a interponer recursos internos que no sean adecuados para determinar el paradero de la persona desaparecida, esclarecer los hechos y establecer las responsabilidades individuales derivadas de ellos, lo cual es aplicable al ejercicio de una acción civil para declarar a alguien como "persona desaparecida". La Corte considera que el haber supeditado la imputabilidad de responsabilidades penales a la previa interposición de una acción civil que

[514] *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, supra nota 1; *Caso Gelman vs. Uruguay*. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C N° 221, párr. 186; *Caso Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil*. Sentencia de 24 de noviembre de 2010. Serie C N° 219, párr. 108; *Caso Contreras y otros vs. El Salvador*. Sentencia de 31 de agosto de 2011. Serie C N° 232, párr. 128.

> declarara al señor González Medina como 'persona desaparecida' constituyó un obstáculo para la investigación efectiva de lo sucedido y la determinación y sanción de los responsables"[515].

La investigación no siempre conduce a resultados confirmatorios como se pueda creer. Si la denuncia es deficiente, o las constancias resultan estériles, la Comisión tiene que dejar constancia de la debilidad probatoria y desestimar la admisión.

> En el caso "*La Tablada*"[516] fue advertido por la Comisión que aunque se probara que las fuerzas militares argentinas usaron armas, no podría decirse que su uso en enero de 1989 violó una prohibición explícita aplicable a la conducción de los conflictos armados internos, vigente a la fecha. En este sentido, recién en 1995 la Argentina ratificó el Protocolo Sobre Prohibiciones o Restricciones Para el Uso de Armas Incendiarias, anexado a la Conferencia (Naciones Unidas) de los Estados Partes encargada del examen de la Convención sobre Prohibiciones o Restricciones del Empleo de Ciertas Armas Convencionales que puedan considerarse excesivamente nocivas o de efectos indiscriminados ("Convención de Armas"), que citan los peticionarios. […].
>
> Debido a la falta de pruebas suficientes para establecer que los agentes del Estado recurrieron a métodos y medios de combate ilegales, la Comisión debe concluir que las muertes y heridas sufridas por los atacantes antes del cese de los combates el 24 de enero de 1989 guardaron relación legítima con el combate y, por consiguiente, no constituyen violaciones de la Convención Americana o de las normas aplicables del derecho humanitario.
>
> La Comisión hace hincapié, sin embargo, en que las personas que participaron en el ataque contra el cuartel eran objetivos militares legítimos solo durante el tiempo que duró su participación activa en el conflicto. Los que se rindieron, fueron capturados o heridos y cesaron los actos hostiles, cayeron efectivamente en poder de los agentes del Estado argentino, quienes, desde un punto de vista legal, ya no podían atacarlos o someterlos a otros actos de violencia. Por el contrario, eran absolutamente acreedores a las garantías irrevocables de trato humano estipuladas en el artículo 3 común de los Convenios de Ginebra y en el artículo 5 de la Convención Americana. El mal trato intencional, y mucho más la ejecución sumaria, de esas personas heridas o capturadas, constituiría una violación particularmente grave de esos instrumentos.

La posición de la Comisión expresada en el párrafo anterior es consistente con la jurisprudencia de la Corte IDH en el caso "*Neira Alegría*". En este, la Comisión demandó al Estado peruano por la violación de varios derechos protegidos por la Convención Americana, incluyendo el derecho a la vida de tres personas que habían fallecido durante un amotinamiento en un establecimiento penal de dicho país, en el que habían participado más de cien internos acusados de terrorismo. En su alegato final, el Estado se limitó a sostener que la demanda no había sido debidamente probada, y que había cumplido con sus obligaciones de respetar los derechos y libertades reconocidos por la Convención Americana. La sentencia en el caso sostuvo […]:

> La Corte considera que no corresponde a la Comisión demostrar el paradero de las tres personas a que se refiere este proceso, sino que, por la circunstancia de que en su momento los penales y luego las investigaciones estuvieron bajo el control exclusivo del Gobierno, la carga de la prueba recae sobre el Estado demandado. Estas pruebas estuvieron a disposición del Gobierno o deberían haberlo estado si este hubiera procedido con la necesaria diligencia.

---

[515] *Caso González Medina vs. República Dominicana*, sentencia del 27 de febrero de 2012, Serie C N° 240, párr 242.

[516] Comisión IDH, Informe n° 55/97, Caso 11.137, *Juan Carlos Abella vs. Argentina*, 18 de noviembre de 1997.

> En los procesos sobre violaciones de derechos humanos la defensa del Estado no puede descansar sobre la imposibilidad del demandante de allegar pruebas que, en muchos casos, no pueden obtenerse sin la cooperación del Estado. Es el Estado quien tiene el control de los medios para aclarar hechos ocurridos dentro de su territorio. La Comisión, aunque tiene facultades para realizar investigaciones, en la práctica depende, para poder efectuarlas dentro de la jurisdicción del Estado, de la cooperación y de los medios que le brinde el Gobierno[517].

En síntesis, el procedimiento de investigación preliminar que concreta la Comisión IDH como fiscal del sistema, y la etapa contenciosa que habilita el procedimiento ante la Corte IDH, tienen como finalidad verificar si un Estado Parte ha cumplido con el respeto a los Derechos Humanos, y con esta finalidad, no se persigue convencer sino descubrir la verdad de lo sucedido.

Es claro, entonces, que la etapa probatoria difiere del derecho interno, y que el objetivo de alcanzar la verdad podría, en principio, estar diluido como deber de contenido para todo proceso.

4. La apreciación de la prueba y sus efectos en el derecho interno

El título es impropio porque no pretendemos llevar al lector la idea de creer que la decisión que se toma apreciando la prueba rendida en un proceso ante la Corte IDH pueda producir efectos en el derecho local. Sin embargo, el control de convencionalidad lleva al tribunal a emitir doctrina constante que transmite desde sus sentencias a los Estados Partes con el fin previsto en el art. 2 de la CADH, vale decir, para que cada uno vaya amoldando instituciones y derechos a las interpretaciones que se emiten.

Con esta mirada seguimos analizando el derecho a la verdad. Ahora llega el tiempo de resolver y la Corte debe considerar si al Estado denunciado se lo puede condenar con la prueba reunida.

En otra obra hemos explicado que la etapa probatoria del sistema interamericano no puede replicarse con los estándares del derecho interno[518], por lo cual así como es impropio hablar de carga probatoria en el proceso internacional.

Lo mismo sucede con el paralelo que se crea aplicable con la valoración de la prueba judicial. En la investigación preliminar solamente corresponde verificar la denuncia y tornarla admisible o desechable de acuerdo con las circunstancias debidamente comprobadas.

Ahora bien, el registro que tenga la Comisión y el impacto que genere sobre cuanto releve, es propio de lo intrínseco de todo grupo deliberativo, donde pueden existir diferencias.

Por ello, se puede proponer con afán docente, que la prueba de los hechos atienda la finalidad (derecho a la verdad) o contenido (reparar el daño causado), y describir los aspectos centrales que lleven a la aceptación o al rechazo de la queja o comunicación.

---

[517] *Caso Velásquez Rodríguez*, supra 63, párr. 135/136; *Caso Godínez Cruz*, supra 63, párr. 141/142.

[518] Gozaíni, Osvaldo A., *Sistema Procesal Interamericano. Procedimientos ante la Comisión y la Corte IDH*, Ediar – Nueva Jurídica, Buenos Aires/Bogotá, 2016.

A estos efectos, la Comisión podrá tener constancias directas o indirectas, de acuerdo como recepta cada medio. Por ejemplo, si el hecho se percibe en forma directa e inmediata (v.gr.: reconocimiento judicial), o bien si lo es de manera indirecta y mediata (v.gr.: testigos, indicios). También es directa cuando la prueba tiene por objeto producir afirmaciones susceptibles de ser comparadas directamente con las vertidas en los escritos de alegaciones, es decir, sirve para comprobar frontalmente dichas afirmaciones. En cambio es indirecta pero de utilidad, cuando de ella se pueden extraer nuevas afirmaciones, que permiten fijar por deducción los hechos controvertidos.

La prueba indirecta puede ser histórica o crítica, según requiera de una simple comprobación con los antecedentes fácticos que le reportan una condición determinada, o bien, sean el complemento de una serie de conjeturas basadas en figuraciones que, enlazadas sucesivamente por la actividad desenvuelta, cubren la necesidad de prueba por acumulación de verificaciones.

De este modo, la convicción se conseguirá de las llamadas plenitudes probatorias, conforme sean plenas, semiplenas, o principios de prueba; vale decir, la medición en términos absolutos del grado de convicción alcanzado para sentenciar. Cuando no existen dudas sobre la verdad ocurrida se habla de plena prueba, para ir disminuyendo su importancia hacia la semiplena prueba (mera justificación) que tiene su correlato en la falta de prueba, o en el principio de prueba según el estado que produzca esa situación intermedia.

Al cierre de las apreciaciones (darle un precio) o valoraciones (determinar cuánto vale) de la prueba, existirá una calificación de mérito para cada medida probatoria, que serán las bases del informe. Estas consideraciones demuestran el por qué las normas de valoración y eficacia probatoria son de carácter procesal, otorgando a las sustanciales el atributo de orientar las formas y solemnidades que deben contar para la validez en el concierto jurídico.

La cuestión más trascendente que se proyecta de los principios proviene del dilema que se le presenta a la Comisión cuando tiene que resolver y confrontar los hechos con la prueba. Lo importante será que no confunda la convicción alcanzada con el esfuerzo probatorio de las partes; esto queda para el contradictorio. Por ahora solo debe admitir o rechazar la denuncia.

> Tal como reza el artículo 36 (1) del reglamento […] "*una vez consideradas las posiciones de las partes, la Comisión se pronunciará sobre la admisibilidad del asunto. Los informes de admisibilidad e inadmisibilidad serán públicos y la Comisión los incluirá en su Informe Anual a la Asamblea General de la OEA*".

5. Conclusiones

5.1 En los propios documentos oficiales del Sistema IDH se explica que el derecho a la verdad surge como respuesta frente a la falta de esclarecimiento, investigación, juzgamiento y sanción de los casos de graves violaciones de derechos humanos e infracciones al derecho internacional de los derechos humanos por parte de los Estados.

> Es a través de los esfuerzos para combatir la impunidad que los órganos del sistema han desarrollado estándares regionales que dan contenido al derecho a la verdad, y los Estados y la sociedad civil han desarrollado enfoques e iniciativas para implementarlos en una

> amplia gama de conceptos. Asimismo, el derecho a la verdad constituye uno de los pilares de los mecanismos de justicia transicional[519].

Lo central fue saber qué pasó con las desapariciones forzadas de personas, donde los procesos penales internos aplicaron numerosos principios probatorios que eludieron investigar, principalmente por no haber cuerpo del delito, o utilizar presunciones de inocencia, o juzgamiento por jueces de dudosa constitucionalidad (juez natural) o imparcialidad. Fue un fenómeno de Latinoamérica que padeció el silencio y debió luchar, asimismo, contra leyes de olvido y perdón.

> En el documento recién citado se dice […]: "Fue así como el derecho a la verdad empezó a manifestarse como un derecho de los familiares de víctimas de desaparición forzada, cuya obligación del Estado es la de adoptar todas las medidas necesarias para esclarecer los sucedido, así como para localizar e identificar a las víctimas. La Comisión ha tomado en cuenta que el esclarecimiento del paradero final de la víctima desaparecida permite a los familiares aliviar la angustia y sufrimiento causados por la incertidumbre respecto del destino de su familiar desaparecido. Además, para los familiares es de suma importancia recibir los cuerpos de las personas que fallecieron, ya que les permite sepultarlos de acuerdo a sus creencias, y aporta un cierto grado de cierre al proceso de duelo que han estado viviendo a lo largo de los años. Por ello, la Corte ha establecido que la privación al acceso a la verdad de los hechos acerca del destino de un desaparecido constituye una forma de trato cruel e inhumano para los familiares cercanos, por lo cual dicha violación del derecho a la integridad personal puede estar vinculada a una violación de su derecho a conocer la verdad".

Con esta intención primera, el derecho a la verdad encontró justificación constitucional dentro de las garantías judiciales y en especial con el derecho de defensa, que se fue ampliando de las víctimas a los familiares, y desde estos a toda la sociedad.

Había dos facetas esenciales: una saber la verdad de lo ocurrido, y otra, obtener información sobre el destino de los probables restos mortales de las víctimas. Con ello se podía llegar a un sistema de protección capaz de garantizar la identificación y eventual sanción de los responsables.

> Al ser una obligación de los Estados derivada de las garantías de justicia, el derecho a la verdad también constituye una forma de reparación en casos de violaciones de derechos humanos. En efecto, el reconocimiento de las víctimas es relevante porque significa una forma de admitir la importancia y el valor de las personas en tanto individuos, víctimas y titulares de derechos. Asimismo, el conocimiento de las circunstancias de modo, tiempo y lugar, las motivaciones y la identificación de los perpetradores son elementos fundamentales para reparar integralmente a las víctimas de violaciones de derechos humanos[520].

5.2 La evolución jurisprudencial fue constante y repetida. Los casos de desaparición forzada fueron testigos del deber de investigar para alcanzar la verdad, que se entendió como una justa expectativa que el Estado debía reportar a las víctimas y sus familiares. Es la etapa de la revisión, antes que de la judicialización. Por eso, este tiempo del derecho a saber qué pasó asienta más en la información que se debía

---

[519] *Derecho a la verdad en las Américas,* Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Documentos oficiales, OEA/Ser.L/V/II.152 Doc.2.

[520] ONU, Consejo de Derechos Humanos, *Informe del Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición*, Pablo de Greiff, A/HRC/21/46, 9 de agosto de 2012, párr. 30.

proporcionar, antes que satisfacer pretensiones resarcitorias.

El fin último fue impedir la impunidad y perseguir la garantía de no repetición, entendiendo así que debía existir un conjunto reunido de obligaciones en orden a investigar, perseguir, capturar, enjuiciar y condenar a los responsables de las violaciones de los derechos protegidos por la Convención Americana.

> La Corte ha establecido que si bien el deber de investigar es una obligación de medio y no de resultado, ello no significa que la investigación pueda ser emprendida como una simple formalidad condenada de antemano a ser infructuosa (*Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. Sentencia de 29 de julio de 1988, cit., párr. 177; *Caso Pacheco Teruel y otros vs. Honduras,* cit., párr. 129). A estos fines precisa que cada acto estatal que conforma el proceso investigativo, así como la investigación en su totalidad, debe estar orientado hacia una finalidad específica, la determinación de la verdad y la investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y, en su caso, sanción de los responsables de los hechos. En ese sentido, la investigación debe ser realizada con todos los medios legales disponibles y debe comprender la responsabilidad tanto de los autores intelectuales como materiales, especialmente cuando están o puedan estar involucrados agentes estatales.

La verdad histórica estaba presente en este ideal de justicia. La obligación de investigar se puso en manos del Estado y de todos sus componentes, obviamente comprometiendo al Poder Judicial.

5.3 Las Resoluciones 12/11 y 12/12 del Consejo de Derechos Humanos sobre *Derechos humanos y justicia de transición,* y *Derecho a la verdad*, respectivamente, tomaron en cuenta estas directivas y reconocieron que eran la base de un derecho transicional […]:

> La Justicia Transicional es una estrategia para lograr que la justicia corrija violaciones masivas de derechos humanos en tiempos de transición; no es un nombre para una forma de justicia distinta. La satisfacción ofrecida por la justicia no se puede lograr sin verdad, justicia, reparaciones y garantías de no-repetición. [Asimismo,] sólo un enfoque integral para la implementación de estas medidas puede efectivamente responder a esta tarea y poner a las víctimas en el centro de todas las respuestas. [...]. El reconocimiento de las víctimas como individuos y sujetos de derecho es esencial en cualquier intento por remediar las violaciones masivas de los Derechos Humanos y prevenir que se repitan. La reconciliación no puede constituir una nueva carga que pese sobre los hombros de quienes han sido victimizados.

En consecuencia con estas declaraciones, el derecho a la verdad surge en tiempos de recuperación democrática. Se ponen lineamientos excepcionales que, a sabiendas de cambiar reglas procesales (v.gr.: presunción de inocencia; garantías judiciales; cuerpo del delito, etc.), debían obligar a una revisión de documentos, hechos, cosas y lugares, con el fin de descubrir cuanto se pudiera sobre los desaparecidos.

5.4 Superada esta etapa, el derecho a la verdad se consolida. Se asocia con el derecho de toda persona a tener un recurso sencillo, rápido y efectivo, cuando las personas no tuviesen acceso a la justicia o se les negara información. El artículo 25 de la CADH argumenta en este sentido y propicia, además de la vía judicial, encontrar un fin eficaz en la disposición de esa herramienta procesal de primera mano.

El interrogante abierto fue que, encontrado el proceso adecuado, la Corte sostuvo que las autoridades estatales estaban obligadas a colaborar en la recaudación de

la prueba para alcanzar los objetivos de una investigación y abstenerse de realizar actos que impliquen obstrucciones para la marcha del proceso investigativo[521].

> En consecuencia, el Estado tiene la obligación de producir, recuperar, reconstruir o captar la información que necesita para el cumplimiento de sus deberes, según lo establecido por normas internacionales, constitucionales o legales. En ese sentido, por ejemplo, si una información que debía custodiar fue destruida o ilegalmente sustraída, y la misma era necesaria para esclarecer violaciones de derechos humanos, el Estado debe adelantar, de buena fe, todos los esfuerzos a su alcance para recuperar o reconstruir dicha información.[522]

5.5 Verdad, justicia y reparación para las víctimas ha sido el estandarte que lucen los afectados por las claras violaciones masivas a los derechos humanos. Criterio razonable y prudente que se delineó como una obligación internacional para que los Estados adoptaran medidas jurídicas y políticas necesarias para adecuar sus legislaciones, instituciones y procesos internos en la búsqueda de consolidar una garantía efectiva para el acceso a la justicia.

El derecho a la verdad, el deber de investigar, la regla de cooperación y solidaridad, los estándares presuntos y probables de responsabilidad, entre otros, fueron elementos que promovieron la eficacia jurisdiccional para estos fines.

Por eso creemos que el derecho a la verdad no es un principio probatorio, sino la imposición convencional para que ante la existencia de graves violaciones a los derechos humanos, se aplique al Estado lo dispuesto en los artículos 1.1, 8, 13 y 25 de la CADH, de modo que a través del esclarecimiento e investigación judicial que corresponda, todos deben colaborar en sus respectivas áreas de competencia para el logro de saber cuanto ocurrió y donde están los responsables.

6. La verdad no es un objetivo del debido proceso

Si la verdad no es un principio probatorio, tampoco es un objetivo para el debido proceso. Esta afirmación tiene sus riesgos, porque el juicio justo pocas veces se consigue en un procedimiento esquematizado, formal, solemne y ficcionario.

La verdad en los hechos en cambio, es un compromiso real de todos, y el juez debe cooperar para que se esclarezca. Este es un deber de investigación oficiosa y un derecho a la verdad para que la justicia sea verdaderamente efectiva.

Claro está que la prueba puede buscar la verdad pero muchas veces depende del sistema probatorio que legisle el método y reglamente la necesidad probatoria para resolver en la sentencia.

---

[521] Corte IDH. *Caso García Prieto y otros vs. El Salvador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 20 de noviembre de 2007. Serie C Nº 168, párr. 112; *Caso Contreras y otros vs. El Salvador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2011 Serie C Nº 232, párr. 171; *Caso Masacres de Río Negro vs. Guatemala*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de setiembre de 2012 Serie C Nº 250, párr. 194.

[522] Comisión IDH, *Informe de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión 2009*, OEA/Ser.L/V/II.Doc. 51, 30 de diciembre de 2009, cap. IV, párr. 83.

> La prueba judicial puede significar un mecanismo de confrontación entre afirmaciones y realidades, tarea que le corresponde a cada parte y al juez; pero al mismo tiempo, algunos sostienen que, en lugar de verificaciones habría que averiguar la existencia de hechos a través de la reconstrucción. Según esta posición, la prueba judicial sería, propiamente, un método de investigación o determinación de hechos; y recién desde aquí sería posible llegar a la verdad o a cierta clase de verdad[523].

> Como la dificultad de encontrarla es muy grande, se deduce que en los litigios hay dos clases de veracidades; la que se relaciona con los hechos y la que proviene del derecho. "Hay verdad en cuanto a los hechos, cuando la idea que de ellos se forma el juez concuerda en un todo con la realidad, cuando se los imagina tales como fueron o como son. Hay verdad en cuanto al derecho cuando la idea que tiene el juez de la ley aplicable al caso corresponde a la realidad, es decir, al pensamiento del legislador, al sentido del precepto legal o, en otros términos, cuando el juez ha encontrado el precepto en que encuadra el caso *sub judice* y la interpretación de ese mandato se acuerda con la interpretación del mismo que daría quien lo dictó" ([524]).

Cuando el tema de la verdad se enfoca en la perspectiva del resultado procesal logrado tras la actividad probatoria, se acepta la relatividad del fin. Emerge una verdad contingente, histórica, algo que se cuenta como ocurrido pero sin otra constancia que la confiabilidad del que lo afirma.

> Para Furno, por ejemplo, esta verdad subjetiva solo otorga *certeza*, y no es una verdad auténtica porqué de ésta solo se habla en sentido objetivo; mientras que la certeza es la configuración subjetiva de aquella[525].

Claro, la cuestión conflictiva surge porque la definición verídica al proceso llega por representaciones que no juegan como una operación matemática. La posibilidad de error es posible, y en consecuencia, existiría una *verdad práctica* que la jurisprudencia de nuestro país fue armando bajo la idea de comprender la existencia de una *verdad jurídica.* Una verdad del proceso que debía ser esencialmente tuitiva, o dicho en otros términos, un resultado valioso para el derecho de defensa en juicio y, en suma, protectivo del debido proceso legal. Así la Corte Suprema de Justicia de la Nación empezó a referir a una verdad diferente: *la verdad jurídica objetiva.*

Definirla en sus contenidos es difícil, porque aunque reconoce base constitucional acorde con el adecuado servicio de la justicia, a veces se la relaciona con cuestiones formales y otras con hechos cuya verdad es inocultable.

La elaboración jurisprudencial comenzó sosteniendo que la necesidad de acordar primacía a la verdad jurídica objetiva es concorde con el adecuado servicio de la justicia[526]. También se dijo que los pronunciamientos que, por un exceso ritual manifiesto, ocultan la verdad jurídica objetiva, vulneran la exigencia del adecuado servicio de la justicia que garantiza el art. 18 de la Constitución Nacional[527].

> La invocación de normas procesales no puede prevalecer sobre la verdad jurídica objetiva, cuyo reconocimiento se aviene con el adecuado servicio de la justicia y es conforme con el respeto debido a la garantía de la defensa en juicio. Corresponde dejar sin efecto la

---

[523] Dellepiane, Antonio, *Nueva teoría de la prueba*, Temis, Bogotá, 1983 (9ª ed.), ps. 27 y ss.

[524] Dellepiane, ob. cit., ps. 33/31.

[525] Furno, *Teoría de la prueba legal*, cit., p. 23.

[526] Fallos, 283:88.

[527] Fallos, 284:375.

> sentencia de la Cámara que, para rechazar la nulidad invocada, tiene a la recurrente por representada sin haber instituido representante; por notificada sin haber existido notificación y por despojada de la propiedad sin forma regular de juicio, en un procedimiento de apremio donde, sin oírla, se ha declarado la naturaleza ganancial del bien (voto de los Doctores Marco Aurelio Risolía y Luis Carlos Cabral)[528].

Como se ve, la doctrina mentada está especialmente dirigida al juez porque el proceso no puede ser conducido mediante un ritualismo que oculte la verdad jurídica objetiva, ya que aquél está destinado a la obtención de esa verdad, a la cual debe dársele primacía y a la cual no debe renunciar conscientemente.

> Sin embargo, Bertolino, pionero en el estudio del tema[529], corresponde la evolución que significa el tema dentro de la prueba, para destacar la necesidad de no conducirse con reglas solemnes o rituales; en los hechos, sostiene que es una derivación del exceso ritual manifiesto[530].

Pero la verdad jurídica objetiva no explica si debe entenderse por "verdad" la exacta correspondencia entre los hechos y la idea, o bien, si vincula el conocimiento de ellos con las afirmaciones que se realizan, en suma: lo verdadero o lo falso será esto último en cuanto se adecue o no a la realidad que menta.

La duda, entonces, que trae la *verdad jurídica objetiva* es si responde o no a un modelo de la verdad, o solamente se instala en el grupo de las verosimilitudes (certeza, convicción, seguridad, etc.), que podría ser la misma polaridad que consiste en esclarecer si hay en el proceso un fin institucional de acceder a *la verdad de los hechos relevantes para la decisión*, -o al menos a la máxima aproximación concreta a ella-.

Por eso, la tesis no genera muchos entusiasmos, toda vez que si la idea troncal es encontrar una verdad del proceso, se podría llegar a concluir que hay otra verdad ¿real? En consecuencia, la verdad jurídica objetiva quedaría esposada con la certeza, de forma que, una vez más vuelve al recuerdo la observación según la cual, *ninguna decisión es justa si está, fundada sobre un acertamento herrado de los hechos*, tal como afirma Jerome Frank.

No es cuestión crucial de la que debe hacerse cargo el litigio, "investigar" la verdad de los hechos -o las afirmaciones- bien que se reconozca por una parte que tal *acertamento* (de los hechos relevantes) no puede depender de la voluntad de la parte y por la otra que el proceso es, primero de todo, un método de conocimiento de la verdad aunque predomine en ese pensamiento clásico la idea de que debe estar orientado hacia la investigación de la verdad[531].

Desde otra perspectiva[532] –se afirma- (y acaso en drástica simplificación) hay otra orientación fundamental que subraya que el proceso civil tiene una finalidad básica: resolver el conflicto o la controversia de las partes en nombre, eventualmente, del valor de la pacificación social, y en razón de que el derecho procesal que lo regula es

---

[528] "*Provincia de Buenos Aires c/ Bemberg, Federico Otto*" (1969), Fallos, 274:141.

[529] Bertolino, Pedro, *Verdad jurídica objetiva*, Platense, La Plata, 1990.

[530] Bertolino, ob. cit., p. 88.

[531] Radbruch, Gustav, *Introducción a la filosofía del derecho* (del alemán por W. Roces), Fondo de Cultura Económica, Madrid, 1974, ps. 121/122.

[532] Rabbi Baldi Cabanillas, Renato, *Teoría del Derecho*, Ábaco, Buenos Aires, 2008, ps. 33-83 y 127-144.

consecuencia de la supresión de la justicia privada. Tal perspectiva que reconoce en su base una rigurosa inyección sociológica, particularmente en los últimos años y en los EE. UU. de América gira en torno del presupuesto que el proceso civil es un método -no el único- de *resolver conflictos o disputas* y que, por tanto, la función de los tribunales o cortes no es otra que ayudar a las partes a resolverlos.

Esos dos enfoques no pueden hacer perder de vista, desde el último registro (con matices sociológicos tan fuertes), que la "verdad de los hechos" no constituye un fin autónomo y necesario del proceso, toda vez que los hechos controvertidos han de ser resueltos a través de su *acertamento* y sobre la base de su prueba, lo que no implica, sin embargo, que para ello "debe ser establecida la verdad del hecho", habida cuenta que como lo evidencia el fenómeno de la prueba legal o el de la limitación probatoria, el contraste sobre los hechos bien puede ser resuelto aunque falte un *acertamento* verdadero respecto de los hechos controvertidos.

Entonces se afirma si la finalidad primaria es la solución del conflicto entre las partes, no es indispensable "la verdad del hecho", pues dentro de este enclave es más importante que la disputa se resuelva a que se resuelva correctamente, aspecto este último que así se ubica en un plano secundario[533].

7. Resumen final

Con la desilusión de no conseguir la verdad, que se considera una noción ontológica, se elabora una tesis distinta por la cual los hechos que se llevan al proceso son aquellos que las partes conocen y explican en sus escritos mediatizando la verdad plena.

Furno explica que […]

> "Entre verdad y conocimiento existe un nexo esencial, ya que la aptitud para conocer es la que hace surgir el problema de la verdad y le da carácter de necesidad imperiosa. Así que, entre la idea (negativa) de la falta total de conocimiento y la idea absoluta de la verdad, se inserta toda una escala de grados intermedios, diferenciados entre sí por insensibles matices: a medida que se aproximan al conocimiento, renuncian, dentro de ciertos límites, a la conquista de lo absolutamente verdadero, lográndose el punto de equilibrio al nivel de la ecuación: verdad = certeza"[534].

El *common law* emplea los vocablos "*evidence'"* y "*proof*" para individualizar las principales cuestiones de la prueba judicial. El primero se mueve en una dimensión distinta al proceso en sí mismo, porque conseguir "evidencia" es incidir en el ánimo del juez y en el conocimiento que se le muestra irrefutable, de forma tal que persuade al mismo acerca de la existencia de alguna cuestión de hecho, mediante los medios de prueba. El segundo concierne al resultado de la prueba. La actividad probatoria, en sí misma, aplica el término *"litigation"*, interpretado como el procedimiento formal al que debe sujetarse la etapa de prueba.

El vínculo entre uno y otro destaca los tres aspectos que analiza la prueba judicial: la actividad; el apoyo técnico (los medios de prueba) y la decisión (la prueba como resultado)

---

[533] Rabbi Baldi Cabanillas, p. 286.

[534] Furno, Teoría de la prueba legal, cit., p. 23.

> De ahí que en forma general, afirma Taruffo […], "la prueba procesal pueda ser descrita como una actividad racional tendiente a aprehender y reconstruir los hechos efectivamente acaecidos, en la que se reúnen los predichos aspectos junto a una serie de factores de diversa índole: epistemológicos, lógicos, argumentativos, psicológicos y sociológicos, entre otros"[535].

Pese a las diferencias metodológica [536], los sistemas pueden tener una coincidencia en la "convicción" que se quiere conseguir para que el juez no dude sobre las razones confirmadas con la evidencia o la certidumbre. Se podría afirmar que ésta ha sido la opinión más temprana de la doctrina, si consideramos que fue Lessona quien sostuvo que el principal efecto que de la actividad probatoria se busca es convencer al juez[537], y apoyamos la afirmación con lo dicho por Chiovenda que da una definición de la función probatoria que lleva al mismo resultado: crear el convencimiento del juez sobre la existencia o la no existencia de hechos de importancia en el proceso[538].

La unión entre verdad, certeza y convicción la ofrece Mittermaier […]:

> La verdad es la concordancia entre un hecho real y la idea que de él se forma el entendimiento; por eso la reconstrucción histórica es el medio para ir consiguiendo la certeza, que llevará a la convicción elaborada como una verdad objetiva. […]. "La averiguación de la verdad está subordinada a ciertas reglas decisivas; que debe seguir ciertas vías trazadas, que la razón y la experiencia demuestran como las más a propósito para llegar al fin propuesto; que la verdad así establecida descansa sobre tales y cuales bases que por su naturaleza obran infaliblemente sobre el entendimiento de todos los jueces; pero es necesario concluir también que antes de pronunciar sobre la verdad de los hechos de la causa, experimenta cada uno en sí mismo la influencia de su carácter individual, de suerte que la sentencia es evidentemente *subjetiva*" ([539]).

El inconveniente que tiene esta teoría es la inconstancia de lo probable, es decir, la incertidumbre que está siempre presente y que deriva en admitir que la certeza tiene grados que, para llevar a la convicción, puede tener registros distintos. O se conforma con el acertamiento o exige mayores verosimilitudes.

En el Código Procesal se le pide a los jueces que formen su "convicción" respecto de la prueba con las reglas de la sana crítica, de modo tal que el objetivo de tener por cierto los hechos y deducir de ellos consecuencias razonables, es la llave de otra garantía: el deber de motivación de la sentencia.

---

[535] Taruffo, *La prueba de los hechos*, cit., p. 34.

[536] En una aproximación a los conceptos manejados en el modelo angloamericano, podemos decir que -en general- la prueba judicial se presenta como todo aquello que permite acreditar o desacreditar la existencia de un hecho alegado en una causa. *Evidence* es definida como "algo (incluido testimonios, documentos y objetos tangibles) que tiende a probar o refutar la existencia de un hecho alegado (por ejemplo: el guante ensangrentado es la pieza clave de evidencia para la fiscalía)". Una noción difundida a nivel de trabajos teóricos, dice que *evidence* es "cualquier cuestión de hecho cuyo efecto, tendencia o diseño, cuando se presenta a la mente, está destinada a producir una persuasión [afirmativa o negativa] acerca de la existencia de alguna otra cuestión de hecho". (Meneses Pacheco, Claudio, *Fuentes de prueba y medios de prueba en el proceso civil*, Revista Ius et Praxis, año 14 nº 2, Talca, 2008, ps. 43 y ss.

[537] Lessona, Carlos, *Teoría general de la prueba en el derecho civil*, Tomo I, Reus, Madrid, 1970, p. 21

[538] Chiovenda, *Principios de derecho procesal civil*, tomo II, cit., p. 280.

[539] Mittermaier, Karl Joseph Anton, *Tratado de la prueba en materia criminal*, traducción Primitivo González del Alba, Hammurabi, Buenos Aires, 2006, p. 82.

Por tanto, el derecho a la verdad es una hermosa prédica para la defensa de los derechos humanos, pero llevar sus reglas y obligaciones al terreno de los procesos comunes, puede conspirar con la finalidad propuesta.

Por supuesto que no se niega que el juez debe y tiene que esclarecer la verdad de los hechos que las partes proponen, manteniendo la igualdad. Esto significa que son las partes quienes tienen la carga y deber de verificación, y no que sea el tribunal el que busque la prueba o investigue los hechos, porque no es esa su función.

En suma, entender que el derecho a la verdad es una evolución de cierre en la carga de la prueba, y que se instala en el debido proceso como finalidad constitucional es un desacierto y un peligroso precedente. No compartimos así la propuesta de quienes predican que, desde el control de convencionalidad, se han impuesto nuevos principios para el objetivo probatorio.

SECCIÓN III

SENTENCIA RAZONABLE, MOTIVADA Y FUNDADA

CAPÍTULO XII

EL DERECHO A LA MOTIVACIÓN DE LA SENTENCIA

Sumario: 1. Enunciados generales; 2. Breve historia de la motivación en las decisiones judiciales; 3. Ventajas e inconvenientes de motivar las resoluciones; 4. Naturaleza de la obligación: *4.1 La motivación como exigencia política; 4.2 La motivación como garantía constitucional; 4.3 La motivación como presupuesto procesal de la sentencia; 4.4 La motivación como parte esencial de las resoluciones judiciales; 4.5 La motivación como deber de la jurisdicción; 4.6 La motivación como derecho exigible de las partes; 4.7 Síntesis valorativa;* 5. Contenidos de la motivación; 6. Las distintas formas de motivar una decisión judicial: *6.1 Características de las sentencias colegiadas; 6.2 El caso de las mayorías discordantes; 6.3 La ausencia de mayorías coherentes; 6.4 Las discrepancias entre considerandos y fallo; 6.5 Las dificultades para reunir coherencia interna; 6.6 El error y su encuadre a los fines del recurso;* 7. El caso particular del veredicto: *7.1 Antecedentes; 7.2 Vínculos entre veredicto y sentencia; 7.3 Acotaciones; 7.4 Validez de los pronunciamientos; 7.5 Las motivaciones de hecho*; 8. La sentencia motivada en formularios; 9. El deber de motivación entre las garantías convencionalizadas.

1. Enunciados generales

El deber judicial de escribir los fundamentos que llevan a pronunciar sentencias tiene una historia reveladora de ciertas contradicciones. Encuentra orígenes en el derecho romano cuando los jueces nunca tuvieron que expresar los motivos de convencimiento; así perduró por mucho tiempo, hasta la revolución francesa, que trae un sistema propio de la desconfianza en la magistratura, generando la obligación de explicar claramente los motivos de una decisión.

El objetivo fue claro: *evitar el exceso discrecional o la arbitrariedad*. Poco tiempo después se convirtió en un deber constitucional asentado en buena parte de las cartas magnas europeas, como veremos más adelante.

Las sentencias se deben razonar, porque la racionalidad aplicada a los hechos constituye un requisito natural para que las partes conozcan los motivos que han provocado la persuasión y certeza representada en el pronunciamiento definitorio.

Sin embargo, no se puede dejar de señalar esta posible ambivalencia: *confío en los jueces siempre que dejen testimonio y constancia de sus actos; la confianza sin argumentos no es propia ni adecuada.*

Desde otro punto de vista, la respuesta judicial volcada por escrito, genera un elemento de estudio y doctrina para casos similares, creando jurisprudencia y una fuente de derecho que conviene alentar.

> En nuestra historia, el deber de fundamentación es una condición para la validez de las sentencias (*Rey c/ Rocha*, Fallos 274:260; 283:86: 295:95, entre otros); para no ser

> arbitraria debe expresar el derecho aplicable en cada caso concreto (Fallos 244:521; 259:55); y es inconstitucional aquella que carece de toda motivación, o si la tiene, cuando es aparente o insustancial.

La obligación es constitucional, aunque ella no resulta explícita ni directa. Sólo se menciona en el artículo 17 (derecho de propiedad) la expresión "*sentencia fundada en ley*" y después, en el art. 18 (debido proceso) cuando alude al "*juicio previo fundado en ley*".

> Dice Bandrés Sánchez-Cruzat[540] que la proclamación de un derecho fundamental destinado a garantizar al ciudadano el acceso al proceso y a una decisión justa, son partes del derecho a la tutela judicial efectiva que se aumenta con la obligación de motivar las decisiones impuestas por el juez. De este modo se equilibra la situación al servir de instrumento de control de las resoluciones por los tribunales superiores y la ciudadanía.

La fundamentación tiene explicaciones distintas según el sistema judicial que se confronte. En el *common law* se relega el acto de establecer razones al confiar en el acierto del veredicto previo, con ello se comprueba que la motivación tiene más interés para la creación del derecho que como pautas aplicadas al caso concreto.

Mientras el *civil law* no reposa tanto la confianza en la primera instancia como sí en la certeza adquirida en las instancias superiores, que en esencia, son las formadoras de la jurisprudencia.

Esta diferencia no puede ser baladí. En primer lugar porque las codificaciones del siglo XVIII fueron el ejemplo más notable de las distancias trazadas para la actividad judicial; mientras ellas establecieron la obligatoriedad de la motivación en sus normas ordinarias, no sucedió lo mismo en el derecho anglosajón, el cual acentuó la importancia del juez primero para crear el derecho y recrear la confianza del pueblo.

Enseguida se entiende porque los jueces del sistema codificado están obligados a someterse al imperio de la ley (en cualquiera de los mecanismos de control de constitucionalidad), mientras que un diseño disímil admite las bondades de la equidad y la interpretación abierta de la norma.

> En definitiva, de lo que se trata es de fijar una idea estable para la razonabilidad de las sentencias. Atienza Rodríguez[541] señala que ello no puede quedar desprendido de la racionalidad, y en consecuencia, una decisión jurídica tiene estos requisitos cuando: 1) respeta las reglas de la lógica deductiva; 2) respeta los principios de la racionalidad práctica que, además de la racionalidad lógica, exige la presencia de los principios de consistencia, eficiencia, coherencia, generalización y sinceridad; 3) no elude premisas jurídicas vinculantes; 4) no utiliza criterios de tipo ético, político o similares, que no estén previstos específicamente por el ordenamiento.

2. Breve historia de la motivación en las decisiones judiciales

El derecho romano nunca exigió que los fallos se justificaran porque la justicia era obra de los pontífices, patricios y *advocatus* que, en conjunto, como conocían los

---

[540] Bandrés Sánchez-Cruzat, José Manuel, *Derecho fundamental al debido proceso y el Tribunal Constitucional*, Aranzadi, Pamplona, 1992, p. 255.

[541] Atienza Rodríguez, Manuel, *Sobre lo razonable en el derecho*, en Revista Española de Derecho Constitucional, nº 27 (setiembre/diciembre 1989), ps. 25 y ss.

textos legales, ejercían la *juris dictio* y la representación confiriendo así el honor de atender un conflicto social.

> Según Gil Cremades[542], en la antigua Roma no se conocía la necesidad de motivar ya que existía una jurisprudencia "oracular" en la que los magistrados no tenían la obligación de indicar la *ratio decidendi* de sus decisiones, pues no hay que olvidar que la actividad juzgadora era una tarea reservada a la nobleza, por lo que el fundamento y respaldo de la actividad de un juez se encontraba en su prestigio social sin necesidad de fundamentación racional expresa.

En la edad media se rindió culto al derecho "justinianeo", el cual seguía el precepto de los brocardos latinos que contenían los principios esenciales de la decisión.

> Colomer Hernández[543] explica que la recepción del derecho justinianeo se realizó a través de la técnica de la glosa. Para estos glosadores el modo de razonar jurídicamente consistía en acudir a proposiciones o brocardos latinos que portaban las razones (reglas) de la sentencia. De ahí que, con carácter general en toda Europa, las decisiones judiciales no eran motivadas, pues bastaba la indicación del brocardo para entenderlas justificadas.

No obstante, las Leyes de Partidas, en particular la III (*Título XVIII y XXI*) estableció el deber de indicar la causa de la orientación en uno u otro sentido (*deuen dezir los juezes que juzgaren la alcada porque fallamos en tal razón*); temperamento que se reproducirá en varios textos españoles posteriores.

> Paralelamente –agrega Colomer Hernández- durante los siglos XII-XVI era práctica muy difundida el denominado *consilium sapientis iudiciale*, que era un acto del proceso que debía ser leído con la sentencia, previa citación de la partes para esos fines. La particularidad del mismo se encontraba en el hecho que debía ser motivado, de forma que en modo alguno se reducía a una mera lectura de la resolución de la controversia[544].

De alguna manera, aunque con una tendencia diferente, en Italia tuvo influencia para ordenar que las sentencias fueran justificadas, el razonarlas sobre motivos de fe, conocidos como fundamentos de la "Rota Romana", los que al decir de Colomer […], "desempeñaban una doble función: de una parte, proteger los intereses de las partes a conocer los motivos de la sentencia (función endoprocesal), y de otra, tutelar los intereses del público o del Foro mediante el conocimiento de las causas de la sentencia como eventual precedente judicial, o como ejemplo de justicia del caso concreto por la decisión adoptada en la misma (función general o extraprocesal)[545].

La distinción reproduce en definitiva sendas orientaciones: mientras unos exigieron que la sentencia fuera fundamentada en brocardos o principios; las reglas de la Rota obraban en un acto anterior, a suerte de dictamen o prevenciones, que orientaban al juzgador.

> Esta praxis del "*exprimere causam in sententia*" aparece –dice Colomer Hernández- históricamente con la Decretal "Sicut Nobis" del año 1199 que se redujo en indicar tres obligaciones esenciales: a) tutelar, en cierto sentido, el interés público, ya que no se debe

---

[542] Gil Cremades, Juan José, *La motivación de las decisiones jurídicas*, en "Estudios en memoria de los profesores Vicente Herce Quemada y Angel Dique Barragués", Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza, 1983, ps. 145 y ss.

[543] Colomer Hernández, Ignacio, *La motivación de las sentencias: sus exigencias constitucionales y legales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, p. 144.

[544] Ibídem, p. 146.

[545] Ibídem, p. 147.

> olvidar que en aquel tiempo existía la posibilidad de declarar la nulidad de la sentencia por expresión de una causa falsa en todos aquellos casos en que la resolución hubiese producido una notoria injusticia; b) permitir a las partes y a la sociedad en general que pudiese apreciar la justicia de la sentencia redactada; y c) expresar en el pronunciamiento cuales habían sido las acciones o excepciones adoptadas para condenar o absolver[546].

Tras la Revolución Francesa de 1789, el famoso argumento de la "desconfianza en los jueces" torna en obligación legal el deber de dar razones y fundamentos en las sentencias. La ley francesa del 24 de agosto de 1790 impuso expresamente esta práctica.

Posteriormente, el siglo XVIII consolidó con múltiples reformas legislativas y códigos sustanciales y procesales, la carga legal de motivar las resoluciones judiciales.

En síntesis, la idea que ha evolucionado desde tiempos remotos ha sido evitar la arbitrariedad judicial, otorgando desde la obligación de dar explicaciones o rendir cuentas sobre los porque de la certeza adquirida, una fuente de control a la parte que litiga, y a la sociedad que fiscaliza el ejercicio de la actividad jurisdiccional.

La impronta, en cambio, no fue siempre lineal, en la medida que para lograr el cumplimiento efectivo del deber, a los jueces se los sometió primero a justificaciones de carácter subjetivo (adoptar reglas de la fe; seguir principios generales; aplicar brocardos latinos indiscutibles, etc.); y después (con el advenimiento de la doctrina que interpretó al juez como "boca de la ley") a consideraciones absolutamente objetivas, como son aplicar la ley y ajustarse a sus preceptos.

> Expresan este criterio, en nuestro país, algunos fallos de la Corte Suprema Nacional, donde se dice que, la doctrina sobre arbitrariedad de sentencias no tiene por objeto corregir fallos equivocados o que se consideren tales sino que atiende solamente a supuestos de excepción en los que, fallas en el razonamiento lógico en que se sustenta la sentencia o una manifiesta carencia de fundamentación normativa, impiden considerar al pronunciamiento apelado como un acto jurisdiccional válido (CS, 9 de marzo de 1982, "*Aguzzi, Juan C.",* La Ley, 1982-D, 231 - ED, 99-338).
>
> Igualmente, cuando se afirma que, toda sentencia constituye una unidad lógico-jurídica cuya parte dispositiva debe ser la conclusión final y necesaria por derivación razonada del examen de los presupuestos fácticos y normativos efectuados en su fundamentación. No es, pues, sólo el imperio del tribunal ejercido concretamente en la parte dispositiva lo que da validez y fija los alcances de la sentencia (CS, 6 de abril de 1993, "*Amaya, Mario A*.", La Ley, 1994-B, 168).
>
> Es arbitraria la sentencia que, sin fundamento razonable, cuantifica el daño moral correspondiente a los hijos del fallecido en un accidente de trabajo en sumas diferentes sobre la base de que uno de ellos era menor de edad al momento del dictado de la sentencia pues, el hecho que dos de ellos hayan adquirido la mayoría de edad en el transcurso del proceso no hace diferente el sufrimiento padecido por la pérdida del progenitor -Del dictamen de la Procuración General al que la Corte remite- (CS, 15 de noviembre de 2016, "*Slobayen, Sofía A. c/ Rotzen Hermanos SRL s/ laboral*").
>
> Los fallos judiciales deben tener fundamentos serios, lo que exige un correcto análisis de las constancias del expediente, que acrediten los hechos y una razonable conclusión sobre la valoración que le corresponde a la luz del derecho vigente. (CS, 9 de agosto de 2016, *"Nidera SA c/ DGI"*).
>
> Cabe revocar la sentencia que rechazó la demanda interpuesta por el actor a fin de invalidar las resoluciones administrativas que desestimaron su solicitud de reconocimiento de servicios fictos previsto por la ley 23.278 y el beneficio jubilatorio, y tener por reconocidos

[546] Ibídem, ps. 148/149.

> los mismos por el período pretendido, sin que pueda constituir obstáculo insalvable la duda que pueda existir acerca de la causa que dio lugar al cese, pues además de que ello no fue motivo de la decisión denegatoria, no resulta razonable exigirle al peticionario- más de 30 años después de ocurrido el hecho y con 82 años de edad- que acompañe nuevas pruebas a dichos fines ya que frente a las irregularidades administrativas constatadas resultaría de muy difícil cumplimiento y hasta contrario al espíritu del beneficio que pretende (Fallos, 333:78)

3. Ventajas e inconvenientes de motivar las resoluciones

Cuando se afirma como principio constitucional la obligación de motivar todos los actos de resolución jurisdiccional, se ratifica la condición de "garantía" que tiene para el justiciable, y la toma de posición entre las coberturas que tiene que sumar el "debido proceso".

En conjunto, es un sistema de reaseguros que las constituciones democráticas crean para la tutela de los individuos frente al poder estatal. Pero además de esta garantía se apunta también a un principio jurídico político que expresa la exigencia de control a cargo del mismo pueblo, depositario de la soberanía y en cuyo nombre se ejercen los poderes públicos.

Las dos funciones que se observan, la *procesal* que propicia fiscalizar desde el control jerárquico de instancias superiores, y la función *política* que con la democracia admite el control de la opinión pública, determinan como un elemento necesario e ineludible en el debido proceso, que toda decisión judicial sea razonable y plenamente motivada.

La ventaja que tiene esta condición, coloca en primera línea la actitud preventiva que impide consagrar arbitrariedades al imponer una motivación plena y suficiente de lo resuelto. Por eso al juez no sólo le corresponde controlar que el deber legal de motivar se cumpla, como si éste fuera un requisito formal, sino le incumbe igualmente el deber de comprobar si las razones que transporta la fundamentación están dotadas de vigor suficiente como para desterrar la arbitrariedad.

En segundo término, se pone de relieve la acción imparcial y desinteresada del juez que, al interpretar los hechos y aplicar el derecho, decide sin favorecer a una u otra parte sin más beneficios que los resultantes de la justicia proclamada.

> Dice Ruiz Lancina[547] que, cuando una disposición legal o reglamentaria ha sido emanada para regular alguna cosa, el órgano decisor la tendrá que aplicar imparcialmente y la motivación asume la función de garantizar que así se ha procedido. Una decisión discrecional no es en rigor un acto de aplicación ya que éste supone la pre-existencia de una regla que anticipa lo que debe hacerse y la discrecional se define justo por lo contrario. Por tanto la imparcialidad comienza ya con la adopción de los criterios de actuación, por lo que no basta con aplicar imparcialmente unos criterios preestablecidos sino que con carácter previo es necesario escoger criterios imparciales.

Inmediatamente, la obligación de dar razones y fundamentos en cada decisión jurisdiccional, y particularmente en la sentencia definitiva, supone crear una nueva garantía procesal que se destina a varios frentes: a) como deber de los jueces al resolver; b) como control de las partes sobre la justificación de las providencias y decretos; c)

---

[547] Ruiz Lancina, María José, *La motivación de las sentencias en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil española*, Noticias Jurídicas - página web, 2002.

como criterio de fiscalización en el cumplimiento de la ley; d) como salvaguarda para la independencia judicial, y e) como principio orientador sobre las formas procesales que toda sentencia debe contener.

Pero, al mismo tiempo, la elaboración escrita de la fundamentación obliga a invertir tiempos del proceso que, a veces, contrarían otros principios fundamentales como el "derecho al plazo razonable", el cual no queda resuelto con la imposición de plazos y términos para expedir las resoluciones judiciales.

Inclusive, existen problemas ocasionales como la motivación de las sentencias en los procesos orales, que aun siendo posible emitirlas verbalmente ("*in voce*"), obligan a la reproducción documental posterior.

No se descarta que la tarea de fundamentación exhaustiva produce la obligación de ocuparse de todas y cada una de las pretensiones, de manera que la simple motivación no se puede tener cumplida con la mera declaración de voluntad del juzgador, en la medida que la decisión judicial debe estar precedida de una argumentación sólida y referida.

Por otra parte no se trata de exigir a los órganos jurisdiccionales una argumentación extensa y pormenorizada que vaya respondiendo a cada una de las alegaciones de las partes, ni impedir la fundamentación concisa que en su caso realicen quienes ejerzan la potestad jurisdiccional; lo importante es que las pretensiones de las partes se sometan a debate y se discutan de forma argumentada y razonada.

4. Naturaleza de la obligación

La progresividad del derecho de las partes y la obligación constitucional de los jueces de motivar los fallos, plantea la naturaleza que tiene este deber fundamental. No se trata de contabilizar una simple fundamentación que puede resultar suficiente con la aplicación mecánica de la ley, sino de analizar si dicha exigencia radica en una necesidad política propia de la justificación de los actos de un poder del Estado; o significa establecer una garantía constitucional que forma parte de un conjunto mayor contenido en el principio del debido proceso.

No se descarta que la visión se puede acotar al simplismo adjetivo de tomarlo como un presupuesto procesal de la sentencia, o como parte integrante del acto procesal por excelencia.

Finalmente, la naturaleza puede ocupar el espacio de los deberes jurisdiccionales que hacen al derecho a la tutela judicial efectiva, o afincarse en los derechos exigibles que tienen las partes para que se cumpla con la garantía o principio fundamental al debido proceso (como variable de las garantías jurisdiccionales).

4.1 La motivación como exigencia política

Se ha dicho que la motivación o fundamentación razonada de los pronunciamientos judiciales tienen un significado para la democracia institucional, en el sentido de legitimar la intervención judicial en un régimen constitucional.

> Bandrés Sánchez-Cruzat señala que la declaración constitucional de que la justicia emana del pueblo no es meramente retórica; sirve para recordar que el pueblo en un Estado

> democrático es fuente de todo poder; para ilustrar que los jueces no son propietarios ni detentadores de la justicia; sirve por tanto para encardinar el poder judicial con la soberanía nacional [...]; y sirve también para legitimar a los jueces en su actividad de impartir justicia, para lograr la justicia, al indicarse ese bello texto que los jueces sólo recibirán un juicio favorable de quien tiene la legitimidad institucional para formularlo, la ciudadanía, si su jurisprudencia responde a los principios y valores constitucionales de libertad, igualdad y justicia, y se dirige, a sabiendas, a satisfacer las aspiraciones éticas del pueblo plasmadas en la Constitución y en las leyes[548].

Con esa finalidad, las razones del fallo justifican el poder y la autoridad jurisdiccional. Es una proyección del deber de rendir cuentas sobre los actos que se realizan en nombre del pueblo. Por eso se tiene al deber de fundamentación como una exigencia política.

> En una editorial de "El Araucano" publicada el 25 de noviembre de 1836, señalaba Andrés Bello (Chile): "El proyecto de ley propuesto al Congreso en el mensaje que insertamos en el presente número presenta a los chilenos una de las garantías más reales que la legislación puede ofrecer a un pueblo. Hasta hoy han estado sometidos nuestros derechos a las decisiones arbitrarias de los jueces, que sujetos a las pasiones, errores y preocupaciones que forman el patrimonio de la especie humana, han gozado del ominoso y extravagante privilegio de fallar sobre las cuestiones más importantes sin dar cuenta a la nación de los fundamentos de sus juicios, ni explicaciones satisfactorias de sus operaciones administrativas […]. Admitir sentencias no fundadas equivale en nuestro concepto a privar a los litigantes de la más preciosa garantía que pueden tener para sujetarse a las decisiones judiciales".

4.2 La motivación como garantía constitucional

El paso siguiente fue volcar en la Constitución el deber de señalar los motivos de persuasión adquiridos e indicados en la sentencia. Antes la idea se asumía como una derivación de preceptos y garantías, como el derecho a la defensa y el debido proceso.

Se consideró que instalando en la Norma Fundamental esta obligación de fundamentar adecuaba la finalidad de control sobre el razonamiento legal, mejoraba el convencimiento de las partes sobre los porqué de la justicia impartida, y limitaba el ejercicio abusivo de los recursos.

La constitucionalización tiene dos etapas. La primera no encuentra indicación precisa en los textos porque se deriva del derecho al debido proceso legal; inclusive, tampoco se haya mencionada en los textos internacionales de protección de los derechos humanos, quizás por las dificultades que podría tener en los sistemas que actúan con jurado. De todos modos sí tiene recepción en las condiciones de decidir con fundamentos en el enjuiciamiento penal y la condena que en estos procesos se dicta.

> Decíamos en otro lugar[549] que la tendencia "pro-motivacionista", cobra impulso a partir de la Revolución Francesa, sobre todo, después del artículo 94 de la Constitución de 1793: Los jueces "motivan sus decisiones" (la Constitución de 1795 agregó que las sentencias debían enunciar los términos de la ley que aplicaren: art. 208) [...]. En Argentina, el tramo colonial y el poscolonial muestra el predominio de la no motivación; pero una importante excepción fue el Tribunal de Recursos Extraordinarios de la provincia de Buenos Aires (1838-1852),

---

[548] Ob. cit., p. 266.

[549] Gozaíni, Osvaldo A., *Tratado de Derecho Procesal Constitucional*, Tomo I, Porrúa, México, 2011, ps. 98 y ss.

> cuyas decisiones fueron suficientemente fundadas. Con la sanción de la Constitución de 1853, en la esfera nacional (y en la provincial, con el texto bonaerense de 1854), la tendencia motivacionista logró paulatinamente imponerse.

La segunda consolida la obligación cuando comienzan a reformarse las cartas constitucionales que fueron adaptando sus principios, declaraciones y garantías, al compás de la evolución y consagración de los derechos humanos.

El Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales revisado de conformidad con el Protocolo n° 11, estableció en el art. 45 – Motivación de las sentencias y de las resoluciones:

1. *Las sentencias, así como las resoluciones que declaren a las demandas admisibles o no admisibles, serán motivadas.*

2. *Si la sentencia no expresa en todo o en parte la opinión unánime de los jueces, cualquier juez tendrá derecho a unir a ella su opinión por separado*.

Un modelo preciso está en la Constitución española de 1978 que incluye el deber de motivar en el art. 120.3 de la Constitución, dentro del título VI dedicado al "Poder Judicial"; y en un precepto que consagra otras dos fundamentales garantías procesales: la publicidad y la oralidad.

> Dice Ibáñez[550] que esta inclusión no puede dejar de ser significativa. Significativa y totalmente coherente, puesto que, como ha escrito Ferrajoli, estas últimas, junto con la de motivación, son "garantías de garantías", de carácter "instrumental", por tanto, pero condición *sine qua non* de la vigencia de las "primarias o epistemológicas" del proceso penal, en general, como vehículo del derecho punitivo.

De ello resulta que la motivación se convierte en una garantía que trasciende a las partes porque proyecta la obligación como un valor constitucional que hace a la eficacia de las sentencias.

En América no ha sido diferente la axiología entendida para el deber de fundamentación, solo que ha tenido posibilidades de lectura más amplios y flexibles, porque sirvió para eludir la imposibilidad de sentenciar cuando el proceso estaba hueco de verificaciones o la prueba era manifiestamente insuficiente.

Se encontró así un principio nuevo "*pro sententia*", según el cual todas las normas procesales existen y deben interpretarse para facilitar la administración de la justicia y no como obstáculos para alcanzarla; lo cual obliga a considerar los requisitos procesales con criterio restrictivo, especialmente las inadmisiones de cualquier naturaleza, y sólo a texto expreso, mientras que debe interpretarse extensivamente y con el mayor formalismo posible todo aquello que conduzca a la decisión de las cuestiones de fondo en sentencia; además, las infracciones procesales sólo deben dar lugar a nulidades relativas y, por ende, siempre subsanables, mientras no produzcan indefensión.

---

[550] Ibáñez, Perfecto Andrés, *Acerca de la motivación de los hechos en la sentencia penal,* texto de la conferencia pronunciada por el autor dentro del plan estatal de formación de jueces de 1992, organizado por el Consejo General del Poder Judicial de España.

> Afirma Piza Escalante[551] siguiendo este criterio, que las leyes y, en general, las normas y los actos de autoridad requieran para su validez, no sólo haber sido promulgados por órganos competentes y procedimientos debidos, sino también pasar la revisión de fondo por su concordancia con las normas, principios y valores supremos de la Constitución (formal y material), como son los de orden, paz, seguridad, justicia, libertad, etc., que se configuran como patrones de razonabilidad. Es decir, que una norma o acto público o privado sólo es válido cuando, además de su conformidad formal con la Constitución, esté razonablemente fundado y justificado conforme a la ideología constitucional. De esta manera se procura, no sólo que la ley no sea irracional, arbitraria o caprichosa, sino además que los medios seleccionados tengan una relación real y sustancial con su objeto.

De todos modos, las nuevas constituciones americanas han incorporado el deber de fundamentar toda resolución judicial, sea directamente en el texto de la Norma básica o reglamentando en disposiciones especiales como leyes administrativas o procesales.

4.3 La motivación como presupuesto procesal de la sentencia

Desde otra perspectiva el deber de motivación se instala como un presupuesto procesal para que la sentencia sea válida.

El código procesal federal, por ejemplo, dice en el art. 34 inciso 4° que el juez debe *fundar toda sentencia definitiva o interlocutoria, bajo pena de nulidad, respetando la jerarquía de las normas vigentes y el principio de congruencia.*

En realidad, no es la nulidad propiamente dicha el efecto que tiene un pronunciamiento sin fundamentos, sino la determinación para obtener agravios directos por esa ausencia de razones y motivos que habilitan el recurso correspondiente, el cual, eventualmente, puede conducir a la nulidad.

Sucede que como presupuesto procesal también se vincula con el deber constitucional que se instala como garantía judicial, porque una sentencia infundamentada es un caso de arbitrariedad que traslada a la revocación de lo resuelto.

> Con simpleza ha dicho Carnelutti[552] que, la motivación de la sentencia consiste en la construcción de un razonamiento suficiente para que de los hechos que el Juez percibe, un hombre sensato pueda sacar la última conclusión contenida en la parte dispositiva [...]. La motivación está impuesta para que muestre el juez que ha razonado.

En uno u otro caso lo importante estriba en la consolidación del deber de argumentar y tomar partido entre una de ambas pretensiones. No significa más que resolver en el marco dialéctico del proceso donde si las partes están obligadas a presentar sus afirmaciones por escrito, es obvio y natural que la decisión respectiva sea expresada del mismo modo.

> Dice Alvarado Velloso[553] que este deber –que entronca aparentemente con la concepción montesquiana del Poder Judicial: los jueces son ni más ni menos que la boca que pronuncia

---

[551] Piza Escalante, Rodolfo, *sentencia sobre el debido proceso*, su voto en el fallo 1739-92, de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, de fecha 1º de julio de 1992.

[552] Carnelutti, Francesco, *Estudios de Derecho Procesal*, Tomo II, Ejea, Colección Ciencias del Proceso n° 20, Buenos Aires, 1952, ps. 187 y ss.

[553] Alvarado Velloso, Adolfo, *El Juez: sus deberes y facultades*, Depalma, Buenos Aires, 1982, p. 245.

> las palabras de la ley- no debe entendérselo, empero, como la actividad mecánica de un ser inanimado que no puede moderar ni la fuerza ni el rigor de la "voluntad de la ley".
>
> Para esta posición es suficiente que la sentencia exprese razones de hecho y de derecho, sin necesidad de desarrollar explicaciones argumentales. La fundamentación se sostiene con la mera aplicación de la ley, sin el recaudo de adornarla con proyecciones intelectuales.

De este modo, mientras una sentencia se funda con la simple interpretación del derecho que al caso se subsume; la motivación es un proceso mental que exterioriza un proceso intelectivo que impone al juez pronunciarse de una determinada manera.

4.4 La motivación como parte esencial de las resoluciones judiciales

En la misma línea que la tesis anterior se presenta esta tendencia que persigue encontrar en la falta de fundamentación un supuesto de inexistencia del acto procesal más trascendente en el proceso.

> En este sentido Carocca Pérez[554] apunta que, en lo que se vincula con la defensa, la clave se encuentra en que la obligación de motivar las sentencias, que al mismo tiempo que constituye un derecho de los litigantes, se transforma en garantía de que sus respectivas alegaciones y pruebas serán efectivamente valoradas por el tribunal. De ese modo, permite comprobar el cumplimiento de la obligación del juez de tener en cuenta los resultados de la actividad de alegación y prueba de las partes, que así concretan su intervención en la formación de la resolución judicial, que es la esencia de la garantía de la defensa.

La diferencia sucede en la trascendencia que se asigna a la omisión de dar explicaciones, porque se considera que existe violación a las reglas de la defensa en juicio, y como tal, lleva a una sentencia revocable por defectos de fundamentación.

> La teoría debe analizarse con la precedente, porque la primera convierte a la fundamentación de la sentencia en un mero formulismo, puesto que bastaría con hacer referencia a los hechos, a la norma aplicable y al mandato judicial, para que se tenga por fundamentada. Por eso –dice Lorca Siero[555]- la segunda procura que el imperio de la ley que ordena el artículo 117.1 de la Constitución española, presente un aspecto de cumplimiento en cuanto se refiere a la función juzgadora por todos sus trámites, cumpliendo el procedimiento y finalmente dictando sentencia en la que se aplica la ley a los hechos. Esta última es el balance de la legalidad juzgadora, donde ha de ejercitarse la subsunción. La sentencia es un orden lógico en el que por seguridad se opera acudiendo a la fórmula legal, pero cuando la lógica que ha de emplear el Juez se sustituye por su interpretación y no por la aplicación estricta de la ley, puede haber motivación pero no legalidad.

En los hechos el déficit proviene por la infracción al principio de congruencia y, en particular, cuando el juez resuelve fuera o más allá de lo pedido y no da fundamento alguno para ello.

4.5 La motivación como deber de la jurisdicción

Otros interpretan que en lugar de analizar la sentencia como acto procesal, hay que recurrir a los deberes jurisdiccionales e instalar en ellos la obligación de dar razones y fundamentos a las resoluciones judiciales.

---

[554] Carocca Pérez, Alex, *Garantía Constitucional de la Defensa Procesal*, Bosch, Barcelona, 1998, ps. 198 y ss.

[555] Lorca Siero, A., *Los jueces y la Constitución*, Siloa, sin más referencias en el libro, ps. 13 y ss.

> Precisamente porque el contenido esencial y normal de la tutela judicial efectiva consiste en la obtención de una resolución de fondo –dice Chamorro Bernal-, las decisiones judiciales de inadmisión afectan ese contenido y pueden incurrir en inconstitucionalidad si la negativa a entrar a conocer del fondo no se ha realizado de acuerdo con la interpretación que de tal derecho fundamental hace el Tribunal Constitucional [...]. La tutela judicial resulta otorgada con plena eficacia, aunque la decisión consista en negar –de forma no arbitraria y razonable- el examen de la cuestión de fondo, por no concurrir un presupuesto procesal necesario o por haberse incumplido las formas y requisitos procesales razonables, es decir, que no constituyan rígidos formalismos, vacíos de contenido[556].

Tal lectura se adapta a la orientación constitucional de nuestro país, que establece como deber de los jueces el fundar sus sentencias en ley; luego reglamentado en las leyes procesales como deber de fundamentación y efectos de nulidad en caso contrario (art. 34 inciso 4º, Código Procesal Civil y Comercial de la Nación).

Como no se persigue con esta carga del oficio, imponer una norma demasiado genérica, la jurisprudencia fue aclarando que el juez no está obligado a referirse concreta y separadamente a cada uno de los elementos de convicción suministrados por las partes, bastándole para fundar su decisión que valore los que a su entender, y de acuerdo con las reglas de la sana crítica, revistan relevancia jurídica para servir de base a sus conclusiones.

O lo que es lo mismo, al fundamentar su decisión no tiene que hacerse cargo de todos los argumentos de las partes, sino sólo de aquellos que estime pertinentes para la solución del caso.

> La garantía de la inviolabilidad de domicilio exige que las órdenes de allanamiento emanen sólo de los jueces y que las resoluciones que las dispongan deban ser siempre fundadas, pero para determinar la concurrencia de tal requisito los jueces deben examinar las constancias del proceso y valorar la concatenación de los actos de acuerdo con la sana crítica racional y las reglas de la lógica, las que se verían alteradas de anularse un procedimiento por la supuesta falta de fundamentación del auto que ordena el allanamiento cuando ese respaldo está dado o puede encontrarse, en las constancias de la causa anteriores al decreto cuestionado (Fallos, 330:3801).
>
> Corresponde dejar sin efecto la sentencia que utilizó pautas de excesiva latitud que no condujeron a un tratamiento serio de los planteos de los codemandados, al contestar la expresión de agravios de la actora, relativos al valor probatorio de la testifical, el cual debió partir de una ponderación concreta, conforme con las reglas de la sana crítica, de las circunstancias y motivos conducentes a corroborar o disminuir la fuerza de las declaraciones, conforme lo establece el art. 90 de la ley 18.345; máxime, cuando en la sentencia de primera instancia, que había rechazado la demanda, se efectuaron precisas consideraciones para restar eficacia de convicción a los testigos propuestos por la actora (Disidencia de los Dres. Ricardo Luis Lorenzetti y E. Raúl Zaffaroni) (Dallos, 330:3422).
>
> Si bien, en principio, las reglas de la sana crítica aconsejan efectuar una valoración armónica y conjunta de las pruebas y los magistrados no están obligados a analizar todos y cada uno de los elementos de juicio agregados al proceso, tales criterios requieren que la elocuencia de los elementos estudiados torne inoficioso continuar haciéndolo con los restantes, criterio que no resulta de aplicación cuando los elegidos no permiten formar convicción acerca de la racionalidad de la valoración efectuada (Disidencia del Dr. Augusto César Belluscio) (Fallos, 327:2660).
>
> Atenta contra la sana crítica racional y las reglas de la lógica anular un procedimiento cuando su respaldo está dado, o puede encontrarse, en otras constancias de la causa, ya que

---

[556] Ob. cit., ps. 246 y ss.

> cuestionar la restricción de las "formas" en la práctica tribunalicia es desconocer la realidad del pesado trabajo judicial en sede penal (Fallos, 325:1845).

4.6 La motivación como derecho exigible de las partes

Finalmente se encuentra otra tendencia dominante, que pone a la motivación de las sentencias como un derecho que las partes pueden exigir por ser parte integrante del derecho al debido proceso.

Para ella, la solución justa de un litigio no es simplemente –como lo afirma el positivismo jurídico- el hecho que sea conforme con la ley, es decir, legal. En efecto, no hay palabras que cubran la necesidad de justicia sino va implícito en los contenidos del pronunciamiento la cobertura de argumentos suficientes para convencer a las partes sobre la justicia del caso.

Una vez más aparece la dimensión social del proceso y la repercusión que tiene en la sociedad cualquier sentencia judicial, porque la medida de la legalidad no siempre es la vara de la justicia, como también la discrecionalidad excesiva, irrazonable o directamente incongruente, es una arbitrariedad que el mismo sistema repulsa.

> Muchas son las sentencias que usan este parámetro establecido como sentencia justa. Por ejemplo la Corte Nacional ha dicho que […]: El monto fijado por daño moral al confirmar la sentencia que había anulado la resolución del Banco de la Nación Argentina por la que se había despedido al actor resulta irrazonable y desproporcionado, pues mediante él sólo debe buscarse una relativa satisfacción del agraviado, proporcionándole una suma de dinero que no deje indemne el perjuicio, pero sin que ello represente un lucro que pueda desvirtuar la finalidad de reparación pretendida, por lo que el monto que resulte de su estimación no debe implicar una ganancia para el actor, sino una justa reparación del perjuicio sufrido (CS, 25 de junio de 2013, *"San Martín, Juan José Félix c/ Banco de la Nación Argentina"*).
>
> Es arbitraria la sentencia que consideró que el único derecho que le asistía al actor era el de considerarse despedido sin justa causa -ante el alegado ejercicio abusivo del ius variandi- y demandar la indemnización prevista en la Ley de Contrato de Trabajo, sin advertir que el régimen laboral específico que vinculaba a las partes -Laudo 15/91-, preveía que todo agente permanente tenía derecho "a conservar el empleo, la jerarquía y el nivel alcanzados" (art. 11 del Estatuto), siendo que tal precepto constituía una cuestión de evidente relevancia para determinar de qué modo podía el actor defenderse ante la alegada retrogradación en el cargo, máxime cuando el vínculo que unía a aquél con la Administración Nacional de Ingresos Públicos era de empleo público y por consiguiente le asistía el derecho a la estabilidad consagrado en el art. 14 bis de la Constitución Nacional, el que se integra con el derecho a la carrera (Disidencia del Dr. Carlos S. Fayt) (Fallos, 332:1413).
>
> Si el *a quo* arribó a la regulación de honorarios recurrida mediante la aplicación de las normas legales pertinentes, haciendo mérito de la desproporción entre el monto reclamado en la demanda y el resultante de la transacción y ponderando las características del caso y de las labores cumplidas por la perito, la decisión se presenta razonablemente inscripta en el marco legal aplicable y en la justa retribución de los trabajos cumplidos y cuenta, de tal modo, con fundamento suficiente que permite descartar la tacha de arbitrariedad formulada (Disidencia de los Dres. Elena I. Highton de Nolasco y Enrique Santiago Petracchi) (Fallos, 332:837).
>
> Corresponde dejar sin efecto la sentencia que, sobre la base de afirmar dogmáticamente que estimaba justa la regulación fijada por el juez federal, la confirmó sin hacerse cargo de los concretos agravios referentes a la necesidad de apartarse de la escala mínima arancelaria, sin que salve esa omisión el desarrollo efectuado para justificar que cabía aplicar la ley 21.839 sin las modificaciones introducidas por la ley 24.432, ya que la posibilidad de

> regular por debajo del mínimo arancelario preexistía a la sanción de esta última norma (Fallos, 329:4755).
>
> El pronunciamiento que concluye con una sentencia que acepta o rechaza los intereses comprende un valor económico cuyo reconocimiento o desestimación ha obedecido a la tarea profesional del abogado, por lo tanto, no puede prescindirse de factores que resultan esenciales para asegurar la justa retribución de los servicios profesionales, con respeto de la justicia conmutativa y del derecho de propiedad garantizado por la Constitución Nacional (Disidencia del Dr. Antonio Boggiano) (Fallos, 327:5982).

4.7 Síntesis valorativa

Todas las teorías o pensamientos expuestos no tienen mayores diferencias si creemos que con la motivación se obtiene una herramienta para proscribir la arbitrariedad.

> Sostiene Ruiz Lancina [557] que, la razonabilidad es el criterio demarcatorio de la discrecionalidad frente a la arbitrariedad ya que si la potestad discrecional consiste en elegir una opción entre un abanico de posibilidades razonables no hay potestad discrecional cuando es sólo una la solución razonable y por tanto no hay posibilidad de elección. En el supuesto más habitual en que caben varias elecciones entra de manera determinante la persona del juez quien estará investido de potestad para decidir en una u otra dirección, es decir hay un margen discrecional cuando sobre una cuestión aparecen varias soluciones razonables y es preciso elegir entre ellas. Por ello, el ejercicio de la potestad discrecional presupone dos elementos, por una parte una opción entre varias soluciones razonables y es preciso elegir entre ellas y por otra parte que esa opción sea razonable dentro de un marco socio-cultural determinado.
>
> La motivación garantiza que se ha actuado racionalmente porque da las razones capaces de sostener y justificar en cada caso las decisiones de quienes detentan algún poder sobre los ciudadanos. En la motivación se concentra el objeto entero del control judicial de la actividad discrecional administrativa y donde hay un duro debate sobre hasta donde deben fiscalizar los jueces.

Pero si extendemos la noción para darle un campo más amplio a su desarrollo, rápidamente se verá que la fundamentación forma parte de la sentencia como un todo indisoluble, creador de argumentos para quienes encuentren justificadas sus razones, como para los que no encuentren satisfechas con ella sus pretensiones.

> Por eso las sentencias de nuestro Superior Tribunal de Justicia que se apegan al llamado principio de *«trascendencia»* y/o *«sustancialidad»*, presente en la Acordada 4/2007, provocan con el abuso del *writ of certiorari* un claro supuesto de sentencias nulas por defectos de fundamentación.

En este terreno abonan múltiples proyecciones que, al mismo tiempo, se amparan en los nuevos contenidos del debido proceso.

Por ejemplo, será intolerable que se declaren nulidades procesales allí donde el juez tuvo oportunidad de advertirlas y su intervención resulta extemporánea o inusitada (cfr. art. 34 inciso 5 apartado b] del Código Procesal federal); o cuando el trámite se posterga *sine die* por cuestiones de competencia mal resueltas; o en los motivos que abrigan justificaciones vulgares o renuentes al deber de asumir jurisdicción positiva en cuestiones de urgencia; etc.

---

[557] Ob. cit., passim.

Finalmente, un análisis enjuto de la teoría actual que explica los caminos de la impugnación y los recursos, continúa afirmando que los motivos de queja del recurrente están únicamente en la parte decisoria, provocando una dimensión increíble de las causales de arbitrariedad. Esto es equivocado, la sentencia es un conjunto de argumentos, razones y derechos aplicados que conducen a un resultado. La justificación del recurso no se puede encontrar en lo contingente del fallo, sino en los motivos dados para su fundamentación.

> Por eso, dice Chamorro Bernal, la motivación de la resolución judicial supone una justificación racional, no arbitraria, de la misma, mediante un razonamiento no abstracto sino concreto. Esta justificación de la resolución deberá incluir: a) el juicio lógico que ha llevado a seleccionar unos hechos y una norma; b) la aplicación razonada de la norma; c) la respuesta a las pretensiones de las partes y a sus alegaciones relevantes para la decisión[558].

5. Contenidos de la motivación

Antes de ahora hemos anunciado que fundamentar no significa lo mismo que motivar. Aplicando la ley sin más tarea que laborar exégesis pura, supone dar fundamentos; mientras que motivar implica darle racionalidad y sentimiento de justicia.

> En tal sentido sostiene Colomer Hernández que, la motivación actúa como un elemento de racionalización del sistema procesal, en cuanto constituye un presupuesto y una garantía del control que los órganos superiores realizan respecto a la actividad del juez inferior[559].

Racionalidad no siempre supone razonabilidad en el sentido estricto de la comparación, porque puede cerciorarse el juez de lo dicho y expuesto sin advertir desatinos o incongruencias, en cuyo caso, lo razonable no sería razonado.

A veces, también, el raciocinio aplicado en la sentencia se identifica con justificación, siendo así difícil emparentar lo deseable con lo existente.

Es evidente, en consecuencia de la síntesis, que buscar entre los contenidos de la motivación la razonabilidad implica una tarea casi imposible, porque es más simple deducir la incongruencia, el error, el absurdo, es decir, todo lo contrario a la regla mencionada. Por tanto, la motivación de las sentencias como parte integrante del debido proceso puede encontrarse en premisas negativas, como afirmar que no es debido proceso el que equivoca el derecho aplicable a la causa; o que tampoco lo es cuando deduce afirmaciones inexistentes; o al tener por probados hechos que se mantienen inciertos o sin verificación, entre otras variables.

Desde esta perspectiva, la motivación persigue la certidumbre y la confianza institucional, más allá de servir a otras finalidades como son el control de la actividad jurisdiccional por parte del superior jerárquico, y de la misma opinión pública; o para demostrar la eficacia en la prestación del servicio jurisdiccional.

> Bien sostiene Pico i Junoy[560] que a pesar de que la sentencia debe motivarse en Derecho, ello no excluye que pueda ser jurídicamente errónea, constituyendo una infracción de la ley o de la doctrina legal. Sin embargo, el derecho a la tutela judicial efectiva no ampara el acierto de las resoluciones judiciales, de modo que la selección o interpretación de la norma

---

[558] Ob. cit., p. 270.

[559] Colomer Hernández, ob. cit., p. 177.

[560] Pico i Junoy, Joan, *Las garantías constitucionales del proceso*, Bosch, Barcelona, 1997, p. 126.

> aplicable corresponde en exclusiva a los órganos judiciales, salvo que la resolución judicial sea manifiestamente infundada o arbitraria, en cuyo caso no podría considerarse expresión del ejercicio de justicia, sino simplemente apariencia de la misma.

A pesar de todo cuanto se pueda abonar la conveniencia de motivar todas las resoluciones judiciales, no escapa al análisis que existen otras cuestiones posibles de ocupar al tema.

Por ejemplo, si la motivación se exige hacia los demás para que la sentencia y demás decretos o providencias sean manifestaciones expresas del acto de resolver; porqué no sostener que puede ser una autojustificación de la discrecionalidad judicial.

Esta idea estuvo presente en el pensamiento postrevolucionario europeo del siglo XVIII, y se instaló en la legislación constitucional y procesal desde entonces, al obligar a los jueces a dictar sentencias que se sometieran al imperio de la ley, antes que a la voluntad del magistrado.

No se toleraba que fuera lo resuelto una justificación del poder jurisdiccional, precisamente porque jamás se admitió que el juez tuviera otro poder que no fuera el de custodiar que las normas se cumplieran.

> Sostiene el Tribunal Constitucional español que, cualquier pretensión planteada ante los órganos jurisdiccionales exige una resolución suficientemente motivada a fin de hacer patente el sometimiento del juez al imperio de la Ley (art. 117, CE), con lo que al tiempo que se fortalece la confianza de los ciudadanos en los órganos judiciales, se hace patente que la resolución del conflicto no es un mero acto de voluntad sino, muy al contrario, ejercicio de la razón (TC, sentencia 75/1998).

Cualquier desvío en la inteligencia común que la ley tiene, era considerada arbitrario, y hasta una causa de mal desempeño. Por eso, comenzó la sentencia a exigir requisitos constitutivos de tipo formal, que encapsularon el discurso en la técnica de lo previsible.

Es decir que, ante el común de la gente, una decisión judicial se parece demasiado a un discurso que justifica la resolución y pretende convencer a quien se dirige, o a quien la lee, sobre la razonabilidad de la misma. Mientras que para el técnico, la lectura se interpreta ajustada en el molde de la congruencia y de los agravios que del pronunciamiento se deriva.

> La distinción la profundiza Taruffo[561] cuando muestra que una cosa es la motivación expuesta como signo, o como acto de comunicación de un contenido; y otra es la motivación como fuente de indicios. Para el primero segmento la sentencia se interpretará al conjuro de los intereses y en función de los instrumentos técnico-jurídicos que elucubrarán el discurso; mientras en el segundo, el auditorio general, la sociedad, examinará el discurso como fuente de indicios que dejará traslucir los elementos que puedan haber influido sobre su redacción (v.gr.: el nivel cultural y las opiniones del Juez).

Pero esta faceta atiende la faz sociológica del fenómeno jurisdicente, y de alguna manera, sirve para confrontar cuán lejano están las interpretaciones jurídicas de las que la sociedad representa.

> Atinadamente dice Colomer Hernández que, la postura psicologista lo que pretende es colocar en el centro de la motivación judicial la explicación de la decisión en lugar de su justificación. Las consecuencias de ocupar la motivación en explicar las circunstancias, razones o causas que llevan al Juez a tomar una decisión son muy peligrosas, pues de una

---

[561] Taruffo, Michele, *La motivazione della sentenza civile*, Cedam, Padova, 1975, ps. 89 y ss.

> parte, quedará sin ser acreditada la aceptabilidad de la decisión, y de otra parte, quedará impedida la posibilidad de control de la misma, convirtiéndose de facto en un acto arbitrario. Y es que, en efecto, el estudio de los motivos psicológicos del Juez no debe ser objeto de análisis para la ciencia jurídica por carecer de eficacia para determinar la aceptabilidad de una concreta decisión[562].

En definitiva, el contenido de la motivación no es otro que resolver con razones que se justifiquen sin esfuerzo dialéctico. Debe existir una ponderación jurídica que acompañe el proceso lógico de aplicación normativa, con el sentimiento implícito se hacer justicia y que ésta sea perceptible a quien se dirige y, en dimensión, a toda la sociedad.

> Dicho en otros términos, como lo hace Farell[563]: la circunstancia de que los jueces deban juzgar de acuerdo a razones excluye también la posibilidad de que ellos decidan en base a la simple expresión de sus preferencias. Los jueces emiten juicios basados en razones, y tratan de alcanzar una "verdad", entendida en este caso como una buena interpretación del derecho vigente.

6. Las distintas formas de motivar una decisión judicial

En la formación de la sentencia primera acceden buena parte de los esfuerzos de la jurisdicción. Lógica, inteligencia, psicología y voluntad, son los principales componentes que caracterizan el proceso mental de elaboración.

En materia de argumentación es preciso referir a dos niveles de entusiasmos –por así indicarlos- cuando de motivar la sentencia se trata. El primero asienta en la actividad del juez de primer grado, que limita su intervención al principio de congruencia y al brocardo *secundum allegata et probata* con las flexibilidades advertidas en este libro. La delimitación del *thema decidendi* lo fijan los litigantes y no le es posible al tribunal desviar por otros caminos el destino de las pretensiones trazadas. En consecuencia, los hechos se incorporan por las partes, las peticiones delinean el objeto procesal, y la congruencia es el límite fijado para evitar el exceso jurisdiccional.

Ahora bien, una vez obtenida la sentencia, el problema de la motivación se controla desde los recursos, pudiendo señalarse deficiencias por limitación o por ausencia; en otros términos, fundamentos incompletos o insuficientes.

> El criterio de la suficiencia –dice Colomer Hernández- es un parámetro de creación jurisprudencial para el control de la efectividad de la obligación de motivar. Es decir, la suficiencia no es más que un mínimo que debe cumplir la justificación del Juez para poder ser aceptada como existente al ser controlada en vía de recurso por un superior jurisdiccional, o en vía de recurso de amparo (en España) por el Tribunal Constitucional. Sin embargo, la suficiencia en modo alguno puede ser utilizada por un Juez como criterio de actuación a la hora de motivar [...] Los jueces a la hora de motivar deben realizar una completa justificación de la decisión adoptada[564].

---

[562] Colomer Hernández, ob. cit., p. 179.

[563] Farell, Martín D., *La argumentación de las decisiones en los tribunales colectivos*, en La Ley, 2003-F (diario del 30.09.03), p.1.

[564] Colomer Hernández, ob. cit., p. 200.

El segundo problema son las sentencias de tribunales de alzada, donde es más difícil aplicar los mismos conceptos antes enunciados.

En éstos es evidente que antes de emitir el acto definitivo será necesario contar con un acuerdo o, al menos, con una mayoría que participe de un mismo criterio. Y aun así ¿será posible la única versión?.

La posibilidad de armonizar las argumentaciones y conclusiones se encuentra en la elaboración particular que presenta la sentencia de segunda instancia y, en general, la de todos los cuerpos integrados a pluralidad de miembros.

Se parte de ciertas premisas de organización que consisten en no apartarse de las solemnidades requeridas para la emisión de toda sentencia. Es decir, los requisitos formales se mantienen invariables, pero cambia el análisis en los fundamentos y su trascripción de acuerdo con las reglas siguientes.

6.1 Características de las sentencias colegiadas

Las causas que quedan en estado de dictar sentencia son sorteadas para el estudio del magistrado que resulte seleccionado en primer turno. En este aspecto, se respeta el principio según el cual el presidente, *primus inter partes*, de manera tal que será el último en juzgar. Concluido el voto del primer opinante, pasan las actuaciones al siguiente para que formule su propia argumentación. Esta fase, permite adherir a los fundamentos obrantes, adherir parcialmente, discrepar en todo o en parte, o emitir el fallo con propias motivaciones pero que coinciden en la parte dispositiva del fallo.

El voto adhesivo es una particularidad de las sentencias de grado, y se concreta en el denominado acuerdo. El pilar donde asienta esta metodología es la convergencia hacia la mayoría de opiniones en sentido coincidente.

> Según Carnelutti, "el fundamento del principio de mayoría, está, como cualquiera ve, en aquellas relaciones entre el buen sentido y el sentido común; ...verdad es que la coincidencia entre el buen sentido y el sentido común está condicionada a un cierto grado de desarrollo espiritual de aquellos que juzgan y éste es, como a cualquiera le debe parecer claro, el problema de la democracia; pero, cuando se trata de jueces, esta condición se puede presumir cumplida"[565].

El voto individual con sus argumentos desenvueltos responden, por lo común, a dos interrogantes ¿es justa la sentencia apelada? y en su caso, ¿qué pronunciamiento correspondería dictar?.

El problema que presenta la mayoría coincidente se da cuando las motivaciones del tribunal son discrepantes entre sí, o interpretan de manera disímil las situaciones analizadas, aun cuando coincidieran en la confirmación o revocación del fallo.

6.2 El caso de las mayorías discordantes

Cuando no existe la mayoría requerida, el órgano colegiado debe integrarse con otros pares hasta reunir la supremacía de argumentos que determinen el carácter

---

[565] Carnelutti, Francesco, *Derecho y Proceso,* Ejea, Buenos Aires, 1983, p. 163.

absoluto de la versión encontrada (al respecto el art. 31 del decreto/ley 1285/58 establece las formas como se integran los tribunales federales o sus sedes de provincia).

En cambio, las decisiones de los tribunales superiores se adoptan por la mayoría simple de los ministros que integran el cuerpo, siempre que sus votos sean concordantes en la solución del caso. Si existiera desacuerdo se procede con el criterio de la mayoría absoluta.

Al respecto dice el art. 281 del código precitado: " *Las sentencias de la Corte Suprema se redactarán en forma impersonal, sin perjuicio de que los jueces disidentes con la opinión de la mayoría emitan su voto por separado*".

No existe inconveniente en dictar la sentencia de grado cuando se alcanzan las votaciones consecuentes, aun cuando reste el pronunciamiento de un tercer miembro. Igual conclusión tiene el supuesto de pronunciamientos dictados con la ausencia de uno de sus miembros, sea por vacancia, licencia o algún otro impedimento para integrar el órgano.

6.3 La ausencia de mayorías coherentes

Otro supuesto, diverso del anterior, pero interrelacionado, surge cuando la discrepancia en la votación emerge de pensamientos coincidentes en la línea a seguir para solucionar el caso, pero fuertemente alejadas de coherencia en su faz de racionalidad y fundamentación.

La Corte, en numerosos casos sostiene que debe preservarse la unidad lógico-jurídica de la sentencia, de manera que su parte dispositiva sea la conclusión final y necesaria de los prudentes análisis realizados sobre los supuestos fácticos y normativos.

> Por ejemplo, a veces sostiene que adolece de arbitrariedad en razón de fundamentación contradictoria la sentencia en la que el primer voto se inclinó por declarar la nulidad parcial del fallo de la instancia inferior, el segundo resuelve por la nulidad total, y el tercero por la desestimación de la apertura revisora del Tribunal superior; no obstante lo cual, a fin de computar la mayoría emergente el tercer opinante adhiere al primero, con lo que demostraba que tal manifestación careció de virtualidad y dependió de la mera voluntad del magistrado, contraria a su propio convencimiento y a la conclusión razonada a que antes había llegado (Fallos, 304:590).

La ausencia de relación impide corresponder la suma de opiniones coincidentes que hacen a la mayoría computable a los efectos de fijar el curso de acción. Por tanto, una sentencia de tal naturaleza incurre en dos vicios: es arbitraria por carecer de fundamentación lógica, tal como veremos en el punto que sigue; y es nula, por estar ausente de requisitos esenciales que hacen al derecho constitucional previsto por el art. 18.

> Corresponde descalificar el pronunciamiento que -a pesar de la integración con un cuarto miembro- no alcanzó la mayoría legal, en tanto el recurso de casación fue rechazado por la opinión coincidente de sólo dos ministros de corte local, con sendas disidencias -en distinto sentido- de los dos restantes miembros (Fallos, 325:703).
>
> Carece de sustento lógico y jurídico la pretensión que la solución coincidente de la mayoría absoluta de los integrantes del tribunal rechazando el reclamo deducido resultara inválida por no existir similitud en los fundamentos, ya que esta posición sólo se justifica por la frustración que produce en el litigante el rechazo de sus pretensiones pero ello no es suficiente para admitir la nulidad del fallo (Fallos, 311:2023).

6.4 La discrepancia entre considerandos y fallo

Puede ocurrir que una sentencia cualquiera exprese los motivos de su inclinación y convencimiento, pero que al traducirlos en la parte dispositiva del fallo, resultan alejados absolutamente de la congruencia necesaria que debiera ponderarse.

Los casos de auto contradicción destacan una casuística muy numerosa que la Corte prolijamente ha vertebrado postulando como regla que, dicha falta de coherencia entre los considerandos y el decisorio constituyen una causal de invalidez que impide tener a la sentencia como acto procesal válido y propicio para surtir efectos legales.

En supuestos de los aquí citados, corresponde tener por válidos los argumentos expuestos en la parte resolutiva, únicamente, toda vez que de ella proviene la autoridad de cosa juzgada.

> Es inconsistente el planteo de que en la parte dispositiva de la sentencia se omitió tratar la excepción de prescripción que opuso la demandada, pues al ser la sentencia un todo que no exhibe contradicción entre sus considerandos y dicha parte dispositiva, es claro que el a quo resolvió la cuestión de acuerdo a lo pretendido por la demandada (Fallos, 329:584).
>
> Corresponde dejar sin efecto la sentencia que extendió la ineficacia de la venta de un inmueble a la hipoteca que sobre el bien había constituido el adquirente a favor de terceros ya que el fallo impugnado incurrió en una falta de coherencia entre los considerandos y la parte dispositiva del fallo (Fallos, 324:357).
>
> Corresponde dejar sin efecto por arbitrariedad la sentencia que resulta autocontradictoria, al admitir en uno de sus considerandos que el actor debía rendir cuentas por una determinada suma de dinero y, en consecuencia, abonar al demandado el cincuenta por ciento correspondiente, y en otro consignó el monto total entre los importes por los que debía rendir cuentas el demandado, incluyéndose, de tal manera, la mitad de esa cifra entre las adeudadas por él (Fallos, 323:2900).
>
> Es descalificable como acto jurisdiccional el fallo que incurre en una evidente autocontradicción entre los considerandos y la parte dispositiva (Fallos, 317:465). La falta de coherencia entre los considerandos y la parte dispositiva del fallo, constituye una causal con entidad para invalidarlo, conclusión especialmente aplicable al caso en que no se ha proyectado en la parte resolutiva el resultado de los fundamentos vertidos en el acuerdo (Fallos, 311:264).
>
> La falta de coherencia entre los considerandos y la parte dispositiva del fallo, constituye una causal con entidad para invalidarlo, conclusión especialmente aplicable al caso, en que el a quo no ha expuesto motivación para justificar el apartamiento de la solución normativa ni ha proyectado en la parte resolutiva el resultado de los fundamentos vertidos en el acuerdo (Fallos, 303:1145).

6.5 Las dificultades para reunir coherencia interna

La sentencia de revisión exige la coincidencia de voluntades; la armonización de argumentos y conclusiones que finalmente quedan expresadas en la parte dispositiva de la resolución jurisdiccional. Es principio básico de la hermenéutica atender en la construcción del pronunciamiento el sistema de interpretación de las leyes, el contexto general de ellas y los fines que las informan, no debiendo prescindirse de las consecuencias que se derivan de cada criterio, pues ellas constituyen uno de los índices más seguros para verificar la razonabilidad y coherencia con el sistema en que está engarzada la norma.

Por eso cuando se plantea un conflicto de normas constitucionales y de pluralidad de fuentes, debe aplicarse la regla de la interpretación coherente y armónica, que exige: a) delimitar con precisión el conflicto de normas y fuentes a fin de reducirlo al mínimo posible, para buscar una coherencia que el intérprete debe presumir en el ordenamiento normativo; b) proceder a una armonización ponderando los principios jurídicos aplicables; c) considerar las consecuencias de la decisión en los valores constitucionalmente protegidos[566].

> La contradicción de criterios entre pronunciamientos sucesivamente dictados en una misma causa no se compadece con la adecuada prestación del servicio de justicia, ya que la coherencia, que determina la validez lógica de cualquier expresión significativa, es particularmente exigible a los actos judiciales entre otras razones, para evitar la perplejidad de los litigantes (CS, 27 de noviembre de 2014, *"Arteaga Catalán, Ricardo s/ abuso sexual"*).
>
> Cabe revocar por arbitraria la sentencia que dejó firme la decisión que rechazó el planteo de inconstitucionalidad de los arts. 1, 2, 6, 8, 46 y 49 de la Ley de Riesgos del Trabajo -nº 24.557- y el reclamo de daños con fundamento en los arts. 1109 y 1113 del Código Civil, pues la apelante puntualizó ante el superior tribunal la falta de fundamento y de coherencia de la decisión impugnada, con base en que se tuvieron por demostrados el accidente, la incapacidad, la relación causal entre ambos y la responsabilidad objetiva de la demandada, pero se denegó el resarcimiento con apoyo únicamente en un precedente que carecía de similitud con el caso, y tales planteos no fueron examinados, cuando resultaban conducentes para la debida solución del litigio (del precedente "*Fierro, Néstor c/ Caminos de las Sierras S.A*", sentencia de la CS del 20 de mayo de 2008) (Fallos, 334:858).
>
> La sentencia que confirmó el pronunciamiento que desestimó la demanda incoada en base a la obligación de seguridad atribuida a un establecimiento asistencial es arbitraria si carece de coherencia interna, incluye afirmaciones dogmáticas sobre cuestiones relevantes -nexo causal y eximentes-, ignora recaudos técnico-jurídicos elementales y aborda parcialmente el material obrante en la causa (Fallos, 331:2109).
>
> Si la estabilidad salarial fue determinante para que la cámara no otorgara con posterioridad al año 1997 reajuste alguno hasta el mes de enero de 2002, cabe revocar la sentencia si carece de la coherencia necesaria sobre el punto, y no se aprecia que se hayan considerado otros aspectos que guardaban relación con el nivel del AMPO, tales como la incorporación de aportantes al sistema de que dan cuenta las resoluciones que fijaron su valor, la elevación de las cotizaciones mínimas, la modificación de los montos correspondientes a las distintas categorías de trabajadores autónomos -decreto 978/96-, etc. (Fallos, 331:2094).
>
> Corresponde la intervención de la Corte Suprema por vía de avocación y la reasunción de las facultades disciplinarias delegadas –art. 118 del del Reglamento para la Justicia Nacional-, en tanto la acordada que –en virtud de una serie de irregularidades objetivamente comprobadas, de conformidad con lo dispuesto en el segundo párrafo del art. 21 de dicho ordenamiento- impuso a una funcionaria la suspensión de treinta días con apartamiento del cargo una vez transcurrido el lapso de la sanción, adolece de falta de coherencia entre los fundamentos esgrimidos en los considerandos y la decisión final (Fallos, 330:1950).
>
> La prohibición de doble valoración -que tiene incluso vinculación directa con la garantía del *ne bis in idem* constituye un requisito de coherencia interna de la sentencia, lo que no ocurre si el mismo extremo que influyó en la necesidad de pena, fue considerado nuevamente para aplicar la escala del delito consumado (Fallos, 328:4343).

En realidad la coherencia interna es un recaudo elemental que tiene apoyo en principios constitucionales que exigen que el fallo sea un acto motivado y razonado (art. 18 de la Constitución Nacional), en garantía del derecho de los justiciables.

---

[566] Cfr. Fallos, 330:3098.

Por eso en la elaboración no se debe prescindir de las consecuencias que derivan de cada criterio, pues ellas constituyen uno de los índices más seguros para verificar la debida fundamentación.

> Si el juez de cámara -en su voto- atribuyó al actor un agravio que no había formulado, se expidió por la procedencia de una excepción procesal abandonada por la propia demandada y declinó su deber de examinar los planteos del único recurso concedido, corresponde hacerle saber que en lo sucesivo debe observar coherencia en sus decisiones y evitar actos que perjudiquen el adecuado servicio de justicia (Fallos, 325:2774).

6.6 El error y su encuadre a los fines del recurso

Como en el parágrafo anterior, cabe interrogar nuevamente: ¿Porqué el defecto en la sentencia?. ¿Es un vicio formal o sustancial?.

Estos interrogantes deben responderse a partir de una comprensión total de la forma como se debe constituir un pronunciamiento válido.

Teniendo en cuenta lo dicho precedentemente respecto a que toda sentencia constituye una unidad lógica-jurídica, cuya parte dispositiva debe ser la conclusión final y necesaria por derivación razonada del examen de los presupuestos fácticos y normativos efectuado en su fundamentación. No es, pues, sólo el imperio del tribunal ejercido concretamente en la decisión definitiva lo que da validez y fija los alcances de la sentencia; estos dos aspectos dependen también de las motivaciones que sirven de base al pronunciamiento.

En los organismos colegiados, la deliberación previa que determina el acuerdo no constituye una simple formalidad. Todo lo contrario, la sentencia de tribunales colegiados no puede concebirse como una colección de opiniones individuales y aisladas de sus integrantes, sino como un producto de un intercambio racional de ideas entre ellos. Esta es la manera pertinente de actuar en un sistema deliberativo.

Va de suyo que la adhesión (voto adhesivo) no ocasiona problemas en la unidad ontológica del decisorio en la medida que expresa la mayoría coincidente.

> La adhesión a la solución que surge del primer voto no puede proyectarse válidamente en la parte dispositiva si no cuenta con mayoría de opiniones sustancialmente coincidentes en su fundamentación (Fallos, 321:1642).
>
> El fallo de cámara es inexistente si no reúne las formalidades substanciales para ser considerado válido. Así ocurre en el caso en que el pronunciamiento contiene un solo voto individual, sin que los otros dos firmantes hayan expresado su adhesión a los términos de aquél (Fallos, 317:462).
>
> Los términos condicionales expresados en los fundamentos de su voto por el vocal de cámara, no desvirtúan su adhesión a quien lo precedió en la votación, si se pronunció por la imposición de las costas a la vencida al efecto de unificar criterios (Fallos, 310:2314).

En cambio, si la formación de opiniones coincide en la parte dispositiva (por ejemplo, haciendo lugar o denegando una pretensión) pero con fundamentos divergentes para alcanzar ese resultado, se quiebra la concordancia intrínseca del acuerdo y, por ello, la mayoría real no existe e impide dotar al fallo de la mayoría racional que valide la sentencia.

> Corresponde dejar sin efecto la sentencia de cámara que -al declarar la nulidad parcial de la de primera instancia- no cuenta con dos opiniones sustancialmente coincidentes en su fundamentación, sino tres distintas. Ello así, pues si bien es cierto que el tercer voto aclara

> en su párrafo final que, teniendo el tribunal obligación de pronunciarse, presta su adhesión al primero por encontrarse más próximo a sus conclusiones, esta manifestación carece de virtualidad para constituir mayoría, toda vez que aparece como una afirmación producto de la mera voluntad del magistrado, contraria, por lo demás, a su propio convencimiento y a la conclusión razonada a que antes había llegado (Fallos, 304:590).
>
> Las cuestiones vinculadas con las formalidades de la sentencia y el modo de emitir su voto los miembros de los tribunales colegiados, son extremos que por su naturaleza procesal no cabe rever en la instancia extraordinaria, máxime en el caso en que la cuestionada adhesión del magistrado que votó en segundo término se refiere a la conclusión final a que arribó el vocal preopinante que, entre otras cosas, tuvo por acreditado el cuerpo del delito no obstante carecerse de los documentos originales, y no -como pretende el recurrente- respecto de la mera acotación de haberlos tenido a la vista en anterior oportunidad (Fallos, 307:74).
>
> No obstante, se ha dicho que la habitual divergencia de opiniones o fundamentos de los votantes (aun cuando por ella no se obtenga mayoría doctrinaria sobre el tema en consideración) no es obstáculo para que se estime lograda una mayoría real, cuando sobre el fondo del asunto haya vencedor y vencido en el pleito a través del cómputo de las conclusiones a que los jueces del tribunal colegiado arriben (Fallos 311:2023).

De todos modos la obtención de mayorías aritméticas no es una buena técnica para auspiciar en la justicia clara e intelegible "para todos". El pronunciamiento debe ser congruente con el pensamiento de quienes lo forman y recorrer los pasos necesarios para la formación de la voluntad colectiva del cuerpo.

7. El caso particular del veredicto

El veredicto es un acto procesal característico de los procesos orales, pero su explicación actual y la forma como lo regulan hoy los ordenamientos jurídicos que lo disponen demuestra que el modelo no responde al arquetipo originario.

7.1 Antecedentes

En efecto, antiguamente la figura estaba ordenada para el juicio por jurados, quienes al no tener -necesariamente- formación jurídica, deliberaban sus percepciones naturales sobre lo ocurrido en la audiencia y emitían un juicio sensible, una verdad hipotética carente de apoyatura legal, pero de altísima convicción. Su presupuesto era la equidad y lo que "el pueblo" entiende como justo.

El veredicto se pronunciaba verbalmente y el juez o tribunal que lo oía, contaba ya con la advertencia popular que el fallo podía tener; por eso alguna vez se dijo que los magistrados que juzgan en instancia única y en juicio oral, tiene forzosamente que seguir las prácticas del jurado, "que no se concibe sin la sentencia inmediata".

De esta forma, el acto procesal contenía un juicio de valor subjetivo. Era el extracto de opiniones y sentimientos que acudían voluntariamente a representar la sociedad ante el conflicto humano que afrontaban. El juez, por su parte, debía motivar en derecho su decisión.

Con la colegiación del tribunal llegó un problema a esta etapa ¿Cómo lograr la coincidencia en la sentencia y en los argumentos que la fundamentan?

El veredicto pasó, entonces, a ser una reunión previa de los jueces para discutir los puntos concernientes al tema pendiente de resolución. Dejó de plantearse ya como

una institución lega para convertirse en un acto deliberativo, con un alcance mucho mayor que la simple deducción sensible.

El veredicto dejó de ser un acto anterior a la sentencia, para desfigurarse y colegir si formaba parte inescindible o no del fallo consecuente.

> Jofré[567], comentando el código procesal penal hoy derogado decía que el veredicto […] "designa la respuesta del Jury a las preguntas que se le han hecho; pero el código le da una acepción más amplia desde que lo toma como sinónimo de la sentencia que ha de dictarse sobre los hechos, por magistrados permanentes y técnicos".

Justamente, el tránsito hacia la profesionalización hizo que el veredicto fuese una institución técnica, porque del análisis puramente lógico que realizaban los legos como soberanos representantes de las valoraciones de la comunidad, se pasó a una deliberación analítica, donde se precisaron las razones de hecho y de derecho; donde la prueba se aprecia desde una distancia inmediata y en el cual, el resultado que propicia es, estadísticamente hablando, la misma sentencia.

7.2 Vínculos entre veredicto y sentencia

A tal punto se conecta el veredicto con la sentencia que, muy a pesar de la exigencia constitucional de motivar las decisiones jurisdiccionales, la expresión de los hechos que se consideran en el primero enlazan y otorgan sustento a las impugnaciones -de hecho limitadas- que extraordinariamente recibe la sentencia del tribunal oral.

> Bien apunta Bertolino[568] que el veredicto debe ser fundado o motivado, porque establece un valladar contra toda posible arbitrariedad, permitiendo su control por vía de casación.

Esta proximidad del veredicto y la sentencia lleva a parangonar la etapa reflexiva con el acuerdo característico de los tribunales de alzada del proceso escrito.

Confrontando este proceso con el mencionado en los puntos anteriores, respecto al proceso de elaboración de la sentencia colegiada, pueden tomarse ciertas correspondencias que sostienen la proximidad, aún cuando existen diferencias notables que conviene remarcar.

a) El veredicto no es parte integrante de la sentencia. Sólo constituye una precisión de los hechos vinculados con la pretensión planteada y sobre la convicción que la prueba rendida en la vista de causa ha generado en el Tribunal.

b) Ese vínculo entre hechos alegados y confirmación deducida de los medios de prueba, debe ser expresamente motivado en el veredicto, sin importar que el sistema de valoración basado en la "apreciación en conciencia" otorgue libertad para adquirir la convicción porque, en definitiva, se trata de un modo de racionalizar, diverso de la manera de expresar el convencimiento obtenido. La "convicción sincera" carente de fundamento es arbitraria porque viola el principio de fundamentar que imponen las cartas fundamentales.

---

[567] Jofré, Tomás, *Código de Procedimiento penal de la Provincia de buenos Aires*, Comentado, Depalma, Buenos Aires, 1965 (2ª edición), p. 235.

[568] Bertolino, Pedro, *El veredicto y la sentencia en el juicio oral penal bonaerense: algo sobre su incidencia en casación*, Jus, nº 9, p. 69.

c) El veredicto supone deliberación y no resolución o sentencia. En cambio, todo pronunciamiento que revista el carácter definitivo debe dictarse observando la formalidad del acuerdo y voto individual de los jueces, requisito constitucional que es esencial para la validez del fallo pues sin él no puede considerarse cumplida la disposición constitucional prealudida, a fin de dejar establecida la mayoría de opiniones que conforma el acto jurisdiccional decisorio, por lo cual su omisión acarrea la nulidad, como ocurre cuando se dicta en forma de simple auto.

d) Asimismo el veredicto no requiere la ponderación individual de cada una de las cuestiones, precisamente porque se trata de una deliberación (discusión). En cambio, la sentencia colegiada obliga -por vía de principio- al voto personal, bajo pena de nulidad.

> Así ocurre en el art. 156 de la Constitución de la provincia de Buenos Aires, resolviendo el Superior Tribunal local que si la cuestión relativa al pronunciamiento que correspondiera dictar en definitiva aparece emitido por el voto del Juez que llevó la palabra en el Acuerdo, omitiendo hacerlo sus colegas actuantes, corresponde decretar la nulidad de oficio, sin posibilidad de enmienda por el voto adhesivo posterior, o en su caso, colocando las firmas al pie del mencionado Acuerdo (DJBA, 118:141).

e) Interesa también, subrayar la diferencia que se produce con relación al procedimiento oral en los casos en que no existe coincidencia de opiniones o promedia desintegración del tribunal; por cuanto en la oralidad, el sistema establecido para dirimir las contiendas recibe actos vinculados y sucesivos (vista de causa, veredicto y sentencia) y, además, el poder de documentación se ejerce en forma restringida; en cambio, en la mecánica de la doble instancia y en proceso escriturario, los actos procesales quedan instrumentados, de suerte que si se produjere discordancia de opiniones entre los jueces que emiten su voto, no existían dificultades técnicas para superar la situación, integrando el tribunal.

f) Finalmente, la división entre veredicto y sentencia no es tan distante cuando se trata de obtener referentes para las impugnaciones extraordinarias. Ello así porque el veredicto debe consignar las bases objetivas que de la prueba se alcanzan, pues la discrecionalidad de la apreciación en conciencia tiene el límite de la razonabilidad argumentada que evita dejar inerte la casación posterior.

La confrontación ingresa en un tópico distinto al que hasta aquí ocupamos, pero de él puede extraerse como síntesis que, cualquiera sea el sistema para apreciar o valorar la prueba, se llega a un camino naturalmente abortado para la revisión en recurso, aun cuando se autoriza la impugnación y su pertinencia cuando el absurdo es evidente o sus conclusiones aparecen como violatorias de las leyes que rigen tales pruebas.

> Dicen Sosa y Mancuso[569] que, la intimidad entre veredicto, sentencia y recurso se observa con nitidez cuando las conclusiones del veredicto son contradictorias a una constancia auténtica y fehaciente del proceso; o si dicho acto procesal decisorio adolece de irregularidades al describir uno o varios hechos y al mismo tiempo dejar formulado un interrogante que hace a la calificación de esos hechos, pues si bien dicha anomalía no produce nulidades, es indiscutible que a los fines de la potestad revisoria de la casación, la

[569] Sosa, Gualberto L. - Mancuso, Francisco, *El absurdo en la jurisprudencia de la Suprema Corte de la provincia de Buenos Aires*, en Temas de casación y recursos extraordinarios, Librería editora Platense, La Plata, 1982, ps. 213 y ss.

mezcla o amalgama de hechos sin calificación, podría conducir a indebidas limitaciones en el reexamen atribuyendo carácter de hechos a consideraciones que no lo son.

7.3 Acotaciones

El veredicto tiene obligaciones insoslayables según el tipo de procesos donde se expide. Por ejemplo, es muy distinto aquél que se expide en un juicio por jurados, donde éste solamente manifiesta el sentido de lo que el pueblo entiende como justo, donde no existe necesidad alguna de pronunciarlo por escrito y fundadamente; a diferencia de los procesos orales, donde en el veredicto se encuentran las pocas motivaciones de hechos y convicciones que llevan a emitir una sentencia determinada.

En particular nos interesa la última formulación, toda vez que, si bien es cierto el veredicto no integra ni es parte de la sentencia, en su lugar le aporta todos los elementos para que el tribunal o el juzgador -en su caso- relacione esos hechos con el derecho aplicable, dando plenitud al deber de fundar las sentencias en esa lógica subsunción que presenta el dictado de todo pronunciamiento jurisdiccional.

Ahora bien, corresponde precisar que en el veredicto no existen tantas libertades como *prima facie* pareciera entenderse. En efecto, ya fue dicho que puede anularse de oficio tanto un veredicto como la sentencia que le corresponde si no resultan proporcionados los presupuestos fácticos necesarios para resolver la litis, o bien, cuando no se exponen conclusiones claras sobre las cuestiones esenciales, porque ese proceder impide al tribunal revisor ejercitar la función de casación que le es propia.

El precedente orienta en torno a ese deber, significando que cada uno de los hechos constitutivos de la litis han de ser valorados en derredor de las confirmaciones que puedan haberse suscitado. Es decir, si las pretensiones de las partes fueron objeto de precisas demostraciones, cupe al órgano jurisdicente pronunciarse sobre ellas, so riesgo de nulificar la sentencia por deficiencias en la congruencia.

Obsérvese que para impugnar el fallo, el apelante tendrá que criticar certeramente los errores in iudicando, y si estos no se reflejan claramente en el veredicto no contará con medios suficientes para hacer viable su recurso, implicando una seria merma en la garantía del derecho de defensa.

Los hechos principales (esenciales) deben ser considerados en el veredicto, porque a través de ellos se nutren las pretensiones y, en definitiva, la suerte de todo el litigio.

Una vez hecho el relato de los antecedentes fácticos, han de suscitarse cada una de las acciones planteadas, a fines de extraer de las pruebas producidas las valoraciones emergentes y los convencimientos obtenido.

Conviene apuntar que aun siendo correcto afirmar que en el veredicto no se requiere el tratamiento individual de cada una de las cuestiones, la referencia apunta al análisis que realiza cada uno de los jueces individualmente.

Lo correcto resulta interpretar en dicha actividad una tarea de conjunto, se trata, justamente, de deliberar en busca de coincidencias en las percepciones conseguidas una vez cumplida la audiencia.

La debida valoración de antecedentes, circunstancias y corroboraciones (actividad probatoria) permitirá lograr una sentencia adecuada con la síntesis que refleja

el veredicto.

7.4 Validez de los pronunciamientos

En cambio, toda omisión del fallo inficiona su validez intrínseca y por varias razones.

La primera porque existe un deber de explicar los fundamentos sobre los que asienta el juez su convicción, bajo pena de nulificar el fallo. Esos fundamentos deben respetar un orden crítico, de modo tal que se analicen los hechos, se aprecie la prueba, se determinen las presunciones emergentes, se disponga el derecho aplicable y, en su caso, se califique la conducta de las partes.

En el sistema de coincidencias previas que persigue el veredicto, ese orden secuencial se divide en una etapa dirigida a la consideración de hechos y prueba; y en otra que hace al decisorio en concreto.

Además, en toda sentencia, ha de existir un tratamiento pormenorizado de las cuestiones sometidas a litigio, y una adaptación lógica (congruencia) entre las pretensiones y la decisión.

La sentencia debe ser fundada. Así lo disponen la mayoría de los códigos procesales y algunas constituciones de provincias. Inclusive, es un triunfo adquirido por el derecho procesal constitucional, al exigir este recaudo de motivación como pauta de validez del pronunciamiento, y a modo de soporte fundamental de la garantía del debido proceso.

Jurisprudencialmente se ha diseñado esta regla, indicando que constituye requisito indiscutible de validez de las sentencias judiciales que ellas sean fundadas y constituyan una derivación razonada del derecho vigente de plena aplicación a las circunstancias comprobadas de la causa.

Resulta así imprescindible que todo pronunciamiento definitivo explicite las razones que representan la motivación que guía a cierta orientación. Es menester precisar ese desarrollo mental, suministrando en los considerandos (o en el veredicto) las pautas de pruebas que se consideran verificadas y la subsunción efectuada en el orden normativo.

Además, una suficiente exposición facilita el grado de persuasión que la sentencia conlleva como medio de indicar la justicia en el caso concreto; tanto como para que las partes conozcan las razones por las que se admite o rechaza una pretensión, dando posibilidad consecuente para una crítica puntual.

No debe descartarse que este recaudo de fundamentación confiere, a igual tiempo, una posibilidad de control efectivo de los actos; haciendo pública la opinión vertida, en el sentido de que el fallo deja de ser cosa de partes para transferirse a la consideración pública.

La carencia de motivación resulta descalificada por el vicio de nulidad; igual consecuencia contrae la sentencia con fundamentos insuficientes, o equivocados, o bien que se afirma en consideraciones meramente dogmáticas que no tiene en cuenta las circunstancias que fueron demostradas en la causa.

Importa advertir que el calificativo de sentencia infundamentada, tiene un contraste en la apreciación que las partes sostengan. Quien obtiene pronunciamiento favorable, seguramente, ante la ausencia de agravio, no podrá decir que el fallo sea infundado. De otro lado, el perdidoso, podrá calificar de aquél modo a la sentencia pero su estima tiene un valor meramente hipotético y eventual, sólo posible de confirmación si prospera el recurso que dedujese contra el fallo.

7.5 Las motivaciones de hecho

Estas pertenecen al área de las cuestiones propuestas por las partes como conducentes y en contradicción circunstancial. La investigación que el juez pueda abordar es un tema contingente, porque la regla indica que no puede apartarse del perfil de la realidad que el actor presenta y de la modificación -eventual- que el demandado proponga. Son los principios de igualdad en el debate y de la garantía de defensa en juicio.

Finalmente, el veredicto, como antecedente de la sentencia, define otras singularidades técnicas o formales.

Una de ellas refiere a que el juez que emite su opinión y queda en minoría, debe emitir su voto en la sentencia de conformidad con las circunstancias fácticas que la mayoría consideró acreditadas en la primera de dichas piezas procesales.

Tal deducción permite un interesante resultado: en las sentencias dictadas por los tribunales orales no caben discrepancias o votos en minoría, porque la unidad intelectiva debe reflejarse en la parte dispositiva, y las diferencias en el veredicto.

Y algo más, ¿qué ocurre con las diferencias jurídicas?, es decir, aquéllas que asientan no en la interpretación de las cuestiones fácticas, sino en la aplicación del derecho. En estos casos, se nos ocurre concluir que puede el juez discordante pronunciarse en el sentido que lo inspire, toda vez que ello no provocaría vicio alguno al fallo.

8. La sentencia motivada en formularios

Las nuevas tecnologías dispuestas para la emisión de documentos, e inclusive, para guardar los pensamientos sistemáticos que se repiten, ha permitido almacenar jurisprudencia y compendiar fallos emitidos en circunstancias concretas, que se reproducen en casos similares, facilitando la redacción y aportando una considerable riqueza de automatismos lingüísticos.

La contrapartida de esta constatación de la realidad lleva al rutinario lenguaje (muchas veces críptico) de las decisiones, que de ésta forma, conservan un patrón o modelo que limita la racionalidad aplicada al supuesto particular que se debe resolver.

Es evidente así que la idea de motivar todas las resoluciones judiciales queda expuesta a su mínima expresión. Porque mas allá de la certidumbre que pueda reproducir el mecanismo informático, conspira contra la elaboración pensada de un conflicto singular.

> Un ejemplo de lo que aquí se plantea nos lo ofrece la sentencia 6/2/1998 de la Sala 1ª del Tribunal Constitucional español, que estudió la posible nulidad de una sentencia por falta

de motivación debido a la utilización de "modelos impresos o formularios estereotipados". Esta concluyó que, aunque obviamente estos son desaconsejables por ser potencialmente contrarios al derecho a la tutela efectiva, no implican necesariamente una falta o insuficiencia de la motivación.

El Constitucional consideró que existe un elenco de supuestos en los que debido a la importancia de la materia tratada –derechos fundamentales, presunción de inocencia, introducción de nuevos criterios- exigen un específico y reforzado deber de motivación del que no participan del mismo modo el resto de las resoluciones, las cuales deben ser examinadas caso por caso. Se admite que la sentencia que provocó el recurso "no contiene en la redacción de su fundamentación jurídica referencias concretas que permitan singularizar su razonamiento como específicamente referido al caso". Igualmente, se considera la respuesta "construida a partir de un lenguaje en el que abundan las expresiones estereotipadas".

La sentencia causante de la petición de amparo se redactó de la siguiente manera: Los hechos relatados aparecen debidamente acreditados por los elementos probatorios contenidos en el juicio de faltas... sin que se aprecie motivo alguno para declarar que se ha incurrido en omisión esencial o error en la valoración de dichas pruebas. Sin embargo, el TC deniega el amparo y considera correcta la sentencia impugnada, la cual "ha venido a efectuar una motivación por remisión... cuya legitimidad y validez dependerá de si la recaída en primera instancia resolvía fundamentalmente la cuestión planteada".

Sin embargo, el magistrado D. Vicente Gimeno Sendra, formuló voto particular considerando que "no es que, como advierte la mayoría, la sentencia contengan muchas expresiones estereotipadas, sino que toda ella es un auténtico estereotipo". Según su opinión, para convalidar la sentencia impugnada, el TC utilizó dos argucias argumentales, consistentes, de un lado, en extender desmesuradamente la doctrina sobre la motivación implícita y trasladar, de otro, su doctrina sobre la proporcionalidad al derecho de tutela.

Este peligroso mecanismo de compensación sustitutoria puede hacernos concluir que algunos jueces, lejos de fortalecer sus hábitos expresivos, o son los verdaderos autores de sus pensamientos, o lo que sería aun peor, que no existe en su caso proceso de pensamiento.

Marina realiza en su libro "La selva del lenguaje" una descripción certera y casuística del lenguaje inerte: "La sociedad puede suplantar el habla personal por claudicación del sujeto. Claudicación que se produce de varias maneras: por pereza, sumisión, estupidez, cobardía, abandono. El habla del rebaño es siempre un habla desidiosa y pasiva. No hay que esforzarse en hablar ni hay que esforzarse en comprender. Una de las vías por las que la sociedad habla a través de los sujetos es, como hemos visto, proporcionando los contenidos del habla".

No conozco un solo letrado, ni creo que exista, que redacte una demanda o un recurso utilizando estereotipos similares a los que aquí se critican. Será porque en la facultad no nos enseñaron la necesidad de un específico y reforzado deber de expresión y redacción según el cliente o asunto a tratar. Por eso, no es de extrañar que los abogados nos sintamos contrariados cuando después de arduos esfuerzos preparando nuestras argumentaciones en un recurso de apelación, obtengamos como respuesta: "La Sala acoge íntegramente los acertados razonamientos y el contenido de la sentencia apelada que da por reproducidos en aras de evitar inútiles reiteraciones, confirmando la misma en todos sus términos".

9. El deber de motivación entre las garantías convencionalizadas

El deber de fundamentar las sentencias no está expresamente incluido entre las garantías previstas por el artículo 8 de la CADH. Sin embargo, la jurisprudencia de la Corte IDH la incorpora en numerosos casos resueltos.

La primera oportunidad donde se insinúa fue en *Lori Berenson vs. Perú*[570] donde se advierte que la condena impuesta en el fuero ordinario carece de toda motivación fáctica, desde que no enuncia los medios de prueba analizados ni el valor probatorio que considera más allá de la apreciación en conciencia.

El caso de *Lori Berenson* refería a la acusación hecha contra la imputada de actuar y colaborar con el terrorismo alegando el Estado que actuaba en ejercicio del derecho y el deber de garantizar su propia seguridad"[571]. La Corte IDH consideró esta explicación y sostuvo que se debía ejercer dentro de los límites y conforme a los procedimientos que permiten preservar tanto la seguridad pública como los derechos fundamentales de la persona humana. Ello teniendo en cuenta la primacía de los derechos humanos, que el Estado no puede desconocer ni vulnerar[572], y que nada puede justificar la violencia terrorista -cualesquiera que sean sus protagonistas- que lesiona a los individuos y al conjunto de la sociedad y merece el más enérgico rechazo. La Corte subrayó que su función primordial era salvaguardar los derechos humanos en todas las circunstancias[573].

La sentencia condenatoria expedida por el fuero militar en contra de la señora Lori Berenson por el delito de traición a la patria y las demás resoluciones adoptadas en dicha jurisdicción, estaban dictadas sobre la base de legislacion militar que la Corte entendió incompatible con la Convención Americana.

> Con respecto al principio de legalidad penal, la Corte ha señalado que la elaboración de los tipos penales supone una clara definición de la conducta incriminada, que fije sus elementos y permita deslindarla de comportamientos no punibles o conductas ilícitas sancionables con medidas no penales. La ambigüedad en la formulación de los tipos penales genera dudas y abre el campo al arbitrio de la autoridad, particularmente indeseable cuando se trata de establecer la responsabilidad penal de los individuos y sancionarla con penas que afectan severamente bienes fundamentales, como la vida o la libertad[574].

La decisión final no hablará de la indebida o insuficiente motivación, pero tiene el valor de resaltar las deficiencias de valoración probatoria y circunstancial. Sostuvo que existió una ausencia de claros y específicos fundamentos de hecho, porque solamente están señalados como relatos sin haber sido objetivamente probados en el proceso, ni mencionados los medios probatorios en que fundamenta la sentencia condenatoria.

---

[570] *Caso Lori Berenson Mejía vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia del 25 de noviembre de 2004, párrafos 175 a 181. La señora Lori Berenson fue sometida a dos procesos penales, uno en el fuero militar y otro en el fuero ordinario. La Corte se referirá en primer lugar a la aplicación del tipo penal de traición a la patria utilizado en el fuero militar, y en segundo lugar al delito de colaboración con el terrorismo aplicado en el fuero penal ordinario.

[571] Cfr. *Caso Juan Humberto Sánchez.* Sentencia de 7 de junio de 2003. Serie C Nº 99, párr. 111; *Caso Bámaca Velásquez.* Sentencia de 25 de noviembre de 2000. Serie C Nº 70, párr. 143 y 174; y *Caso Durand y Ugarte.* Sentencia de 16 de agosto de 2000. Serie C Nº 68, párr. 69.

[572] Cfr. *Caso Castillo Petruzzi y otros*, supra nota 25, párr. 204.

[573] Cfr. *Caso Castillo Petruzzi y otros*, supra nota 25, párr. 89.

[574] Cfr. *Caso Ricardo Canese*, supra nota 3, párr. 174; y *Caso Cantoral Benavides*, supra nota 25, párr. 157; y *Caso Castillo Petruzzi y otros*, supra nota 25, párr. 121.

En el año 2005 la Corte IDH por vez primera hablará del deber de motivación en el caso *Yatama vs. Nicaragua*[575]. El caso versa sobre el reconocimiento de la Comunidad aborígen Yatama en las elecciones municipales del mes de noviembre del año 2000, que en el derecho interno había sido negado por el Consejo Supremo Electoral, actuando como un organismo judicial de última instancia, de acuerdo con la Constitución Política vigente.

> La Corte IDH observará (párr. 174) que […]: Si bien la Constitución de Nicaragua ha establecido que las resoluciones del Consejo Supremo Electoral en materia electoral no son susceptibles de recursos ordinarios o extraordinarios, esto no significa que dicho Consejo no deba estar sometido a controles judiciales, como lo están los otros poderes del Estado. Las exigencias derivadas del principio de independencia de los poderes del Estado no son incompatibles con la necesidad de consagrar recursos o mecanismos para proteger los derechos humanos.

La mención del deber de fundamentar las sentencias no es desarrollado con convicción, pues solo pone un alerta para evitar casos de arbitrariedad. La decisión adoptada sostiene que los Estados pueden establecer estándares mínimos para regular la participación política, siempre y cuando sean razonables de acuerdo a los principios de la democracia representativa. Dichos estándares, deben garantizar, entre otras, la celebración de elecciones periódicas, libres, justas y basadas en el sufragio universal, igual y secreto como expresión de la voluntad de los electores que refleje la soberanía del pueblo.

> 219. Con base en las anteriores consideraciones, la Corte estima que la limitación analizada en los párrafos precedentes constituye una restricción indebida al ejercicio de un derecho político, que implica un límite innecesario al derecho a ser elegido, tomando en cuenta las circunstancias del presente caso, a las que no son necesariamente asimilables todas las hipótesis de agrupaciones para fines políticos que pudieran presentarse en otras sociedades nacionales o sectores de una misma sociedad nacional.

La alegación que mencionamos como precedente aparece en el párrafo 152 cuando se dice: Las decisiones que adopten los órganos internos que puedan afectar derechos humanos, tal como el derecho a la participación política, deben estar *debidamente fundamentadas*, pues de lo contrario serían decisiones arbitrarias[576].

La continuidad de menciones es importante, pero no se definen más que con señales los estándares del deber de motivación. Por ejemplo, sin analizar una sentencia interna sino la eficacia de un proceso que pudiera empalmar con el derecho a un recurso sencillo, práctico y eficaz como el requerido por el art. 25 de la Convención, la Corte afirma –en materia electoral[577]– que el amparo no es la vía adecuada para cumplir con esta exigencia convencional, porque el análisis hecho en el derecho interno […]

> No puede reducirse a una mera formalidad, sino que debe examinar las razones invocadas por el demandante y manifestarse expresamente sobre ellas, de acuerdo a los parámetros

---

[575] *Caso Yatama vs. Nicaragua*. Sentencia de 23 de Junio de 2005 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), Serie C Nº 127.

[576] Cfr. *García Ruiz v. Spain [GC]*, nº 30544/96, § 26, ECHR 1999-I; y *Eur. Court H.R., Case of H. v. Belgium*, Judgment of 30 November 1987, Series A nº 127-B, parr. 53.

[577] *Caso Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 6 de agosto de 2008, párr. 97.

establecidos por la Convención Americana"[578]. En otras palabras, es una garantía mínima de toda persona que interpone un recurso que la decisión que lo resuelva sea motivada y fundamentada, bajo pena de violar las garantías del debido proceso.

En *Castañeda Gutman vs. México* dirá en el párr. 94. […] "el requisito de que la decisión sea razonada, no es equivalente a que haya un análisis sobre el fondo del asunto, estudio que no es imprescindible para determinar la efectividad del recurso. La existencia y aplicación de causales de admisibilidad de un recurso resulta compatible con la Convención Americana[579] y la efectividad del recurso implica que, potencialmente, cuando se cumplan dichos requisitos, el órgano judicial evalúe sus méritos.

Los estándares se van delineando por caso. Algunas veces se define el significado al señalar que la motivación "es la exteriorización de la justificación razonada que permite llegar a una conclusión"[580], que se vincula con la correcta administración de justicia[581], que protege el derecho de los ciudadanos a ser juzgados por las razones que el derecho suministra, y otorga credibilidad de las decisiones jurídicas en el marco de una sociedad democrática.

En este sentido, se ha mencionado entre las obligaciones, incluir argumentación que demuestre que el tribunal tomó en cuenta los alegatos de las partes y que el conjunto de pruebas fue analizado.

Asimismo, la motivación tiene que señalar que las partes han sido oídas y, en aquellos casos en que las decisiones son recurribles, se les debe proporcionar la posibilidad de criticar la resolución y lograr un nuevo examen de la cuestión ante las instancias superiores[582]. Por todo ello, el deber de motivación es una de las "debidas garantías" incluidas en el artículo 8.1 para salvaguardar el derecho a un debido proceso.

---

[578] Cfr. *Caso López Álvarez vs. Honduras. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 1 de febrero de 2006. Serie C Nº 141, párr. 96.

[579] Al respecto la Corte ha dicho: "[…] Por razones de seguridad jurídica, para la correcta y funcional administración de justicia y la efectiva protección de los derechos de las personas, los Estados pueden y deben establecer presupuestos y criterios de admisibilidad de los recursos internos, de carácter judicial o de cualquier otra índole. De tal manera, si bien esos recursos internos deben estar disponibles para el interesado y resolver efectiva y fundadamente el asunto planteado, así como eventualmente proveer la reparación adecuada, *no cabría considerar que siempre y en cualquier caso los órganos y tribunales internos deban resolver el fondo del asunto que les es planteado*, sin que importe la verificación de los presupuestos formales de admisibilidad y procedencia del particular recurso intentado" (énfasis agregado). Cfr. *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros), supra* nota 13, párr. 126.

[580] Cfr. *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez. vs. Ecuador. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 21 de noviembre de 2007. Serie C Nº 170, párr. 107.

[581] Así lo ha establecido la Corte Europea en el *Caso Suominen*: "[l]a Corte reitera entonces que, de acuerdo con su jurisprudencia constante y en reflejo de un principio relativo a la correcta administración de justicia, las sentencias de las cortes y los tribunales deben exponer de manera adecuada las razones en las que se basan" (traducción de esta Corte). *Cfr. Suominen v. Finland*, no. 37801/97, § 34, 1 July 2003.

[582] Cfr. *Suominen v. Finland*, *supra* nota 84. Por su parte el Comité de Derechos Humanos consideró que cuando un tribunal de apelación se abstuvo de fundamentar por escrito la sentencia, ello reducía las posibilidades de éxito del acusado si solicitaba autorización para apelar ante un tribunal superior impidiéndole así hacer uso de un remedio adicional. Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos, Hamilton v. Jamaica, Communication No. 333/1988, CCPR/C/50/D/333/1988, 23 de marzo de 1994.

Pero la motivación no impone una respuesta detallada a todo argumento de las partes, sino que puede variar según la naturaleza de la decisión, solo que es esencial para el criterio, dar cuenta de aquello que –como garantía central– se satisface[583].

> En la causa *Apitz Barbera y otros vs. Venezuela*[584], la Corte IDH dice que […] la motivación debe operar como una garantía que permita distinguir entre una "diferencia razonable de interpretaciones jurídicas y un error judicial inexcusable que compromete la idoneidad del juez para ejercer su función, de tal forma que no se sancione a los jueces por adoptar posiciones jurídicas debidamente fundamentadas aunque divergentes frente a aquellas sustentadas por instancias de revisión […]. Por consiguiente, la Corte considera que el Estado incumplió con su deber de motivar la sanción de destitución, violando con ello las "debidas garantías" ordenadas en el artículo 8.1 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 de la misma, en perjuicio de los señores Apitz, Rocha y Ruggeri.

En los procedimientos cuya naturaleza jurídica exija que la decisión sea emitida sin audiencia de la otra parte, la motivación y fundamentación deben demostrar que han sido ponderados todos los requisitos legales y demás elementos que justifican la concesión o la negativa de la medida. De ese modo, el libre convencimiento del juez debe ser ejercido respetándose las garantías adecuadas y efectivas contra posibles ilegalidades y arbitrariedades en el procedimiento en cuestión[585].

De cuanto se trata es de dar explicaciones suficientes para que el que recibe la sentencia que le concierne pueda conocer los detalles de su contenido. Es una obligación amplia que ocupa no solo a la decisión, sino a toda resolución cualquiera sea el ámbito. Por eso, en la causa *Chocrón Chocrón vs. Venezuela*[586] relacionado con la estabilidad de jueces provisorios, se dice […]

> Sobre este deber de motivar las decisiones que afectan la estabilidad de los jueces en su cargo, la Corte reitera su jurisprudencia en el sentido que la motivación es la exteriorización de la justificación razonada que permite llegar a una conclusión. El deber de motivar las resoluciones es una garantía vinculada con la correcta administración de justicia, que protege el derecho de los ciudadanos a ser juzgados por las razones que el derecho suministra, y otorga credibilidad a las decisiones jurídicas en el marco de una sociedad democrática. Por tanto, las decisiones que adopten los órganos internos que

---

[583] La Corte Europea ha señalado: "La Corte reitera que el artículo 6, párrafo 1 (art. 6-1) obliga a los tribunales a fundamentar sus decisiones; sin embargo, dicho artículo no puede ser entendido como requiriendo que el juez provea una respuesta detallada a cada argumento presentado por las partes […]. El alcance de este deber de fundamentación varía según la naturaleza de la decisión. A su vez, es necesario valorar, *inter alia*, la diversidad de planteos que un litigante somete a consideración de los tribunales y las diferencias que existen entre los diversos Estados parte con relación a su legislación, reglas de costumbre, opinión legal y a la presentación y redacción de sentencias. Por todo ello cabe afirmar que la pregunta relativa a si un tribunal ha incumplido con su obligación de fundamentación derivada del artículo 6 de la Convención sólo puede ser determinada a la luz de las circunstancias de cada caso concreto" (traducción de esta Corte). *Cfr. Hiro Balani v. Spain*, judgment of 9 December 1994, Series A nº 303-B, p. 8, § 27. Ver también, *Ruiz Torija v. Spain*, judgment of 9 December 1994, Series A nº 303-A, p. 8 § 29; *Suominen v. Finland*, *supra* nota 84, y *Hirvisaari v. Finland*, no. 49684/99, § 30, 27 September 2001.

[584] *Caso Apitz Barbera y otros ("Corte Primera de lo Contencioso Administrativo") vs. Venezuela*. *Excepción preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 5 de agosto de 2008**,** párr. 97.

[585] *Caso Escher y Otros vs. Brasil*. *Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 6 de julio de 2009 .

[586] *Caso Chocrón Chocrón vs. Venezuela*. *Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 1 de julio de 2011, párr. 118.

puedan afectar derechos humanos deben estar debidamente fundamentadas, pues de lo contrario serían decisiones arbitrarias1.

En este sentido, la argumentación de un fallo y de ciertos actos administrativos deben permitir conocer cuáles fueron los hechos, motivos y normas en que se basó la autoridad para tomar su decisión, a fin de descartar cualquier indicio de arbitrariedad. Asimismo, la motivación demuestra a las partes que éstas han sido oídas y, en aquellos casos en que las decisiones son recurribles, les proporciona la posibilidad de criticar la resolución y lograr un nuevo examen de la cuestión ante las instancias superiores.

Por todo ello, el deber de motivación es una de las "debidas garantías" incluidas en el artículo 8.1 para salvaguardar el derecho a un debido proceso.

SECCIÓN IV

DURACIÓN RAZONABLE DE LOS PROCESOS

CAPÍTULO XIII

EL PLAZO RAZONABLE

Sumario: 1. Introducción; 2. El principio de economía procesal: *2.1 El principio de eventualidad; 2.2 El principio de concentración procesal; 2.3 El principio de preclusión; 2.4 El principio de saneamiento; 2.5 El principio de adquisición; 2.6 Síntesis y crítica*; 3. La visión economicista de la celeridad procesal: *3.1 Los días y horas hábile; 3.2 El horario de actuación y las ferias judiciales; 3.3 Los plazos y términos para el ejercicio de la función jurisdiccional*; 4. Los Tratados y Convenciones Internacionales: *4.1 Derecho subjetivo a obtener sentencia en un plazo razonable; 4.2 El plazo razonable en el sistema interamericano; 4.3 El plazo razonable en la actual jurisprudencia de la Corte IDH; 4.4 El plazo razonable en el discurso Europeo*; 5. El derecho al proceso rápido, expedito y eficaz: *5.1 Proceso rápido y dilaciones indebidas; 5.2 Proceso sencillo; 5.3 Proceso eficaz*; 6. Dilaciones indebidas en el proceso penal: *6.1 La libertad y el tiempo de estar en prisión; 6.2 Los siete criterios en el proceso penal; 6.3 Primer criterio: Duración de la detención en sí misma; 6.4 Segundo criterio: Naturaleza del delito y la pena que tiene señalada; 6.5 Tercer criterio: Efectos personales sobre el detenido de orden material, moral u otros; 6.6 Cuarto criterio: Dificultades de la instrucción del proceso; 6.7 Quinto criterio: La actitud de la autoridad judicial en el trámite del expediente; 6.8 Sexto criterio: La actuación de estas autoridades durante todo el procedimiento; 6.9 Séptimo criterio: Conducta del acusado*. 7. Autonomía del concepto de plazo razonable: *7.1 Complejidad de la causa. Dificultades intrínsecas; 7.2 Conducta de las partes; 7.3 Análisis de la función jurisdiccional; 7.4 Consecuencias de la demora. Reparación y prevención del daño*; 8. Extensión del plazo razonable a todo tipo de procesos; 9. ¿Se pueden dar pautas generales para definir el tiempo del plazo razonable?; 10. El procedimiento indemnizatorio en caso de violación al principio de plazo razonable: *10.1 Legitimación; 10.2 Responsabilidad del juez y del Estado; 10.3 Demoras en la ejecución de la sentencia;* 11. Conclusiones.

1. Introducción

Entre los contenidos esenciales que modifican la tradición conceptual del debido proceso, aparece la regla del plazo razonable para determinar los tiempos que debiera insumir un procedimiento judicial.

Desde una perspectiva más amplia suele nominarse como el derecho a un proceso rápido, sencillo y eficaz, interesando en cada adjetivo un aspecto puntual a resolver.

Sin embargo, "plazo razonable" es un concepto indeterminado y, como tal, puede tener lecturas diferentes y hasta contradictorias entre sí, porque como suele ocurrir cuando se realiza interpretación, las opiniones tienen sentidos y objetivos, como sensaciones e influencias que afectan los criterios a seguir.

Por ejemplo, para un sector de la ciencia procesal el proceso no tiene necesidad de tiempos porque la satisfacción de los litigantes no proviene de la rapidez que tenga el

sistema donde ventilar las controversias. En consecuencia, son las partes quienes disponen de los tiempos del proceso, porque solo a ellas les interesa la oportunidad para que el juez resuelva con carácter definitivo.

> Cipriani[587], analizando el principio de impulso procesal desde la visión de Franz Klein, sitúa la cuestión entre dos ideologías. Los garantistas -dice- encuentran lógico que las partes, siendo libres de disponer de la relación sustancial, gocen de una cierta libertad en el proceso, y agregan que, desde el momento en que los recursos disponibles son limitados, debemos agradecerle al cielo que, sobre cien causas, sesenta no lleguen a sentencia. Los publicistas, por el contrario, sostienen que, durante el proceso, la libertad de disponer de la relación sustancial es en realidad sólo una concesión y, por lo tanto, aquella no implica disponer de los tiempos del proceso.
>
> Señala el profesor italiano: Podemos deducir que Klein, dando poderes a los jueces para hacer avanzar imperativamente los procedimientos civiles, fuerza una puerta que se abre para aquellas causas que, de otro modo, dormirían y, tal vez, no llegarían jamás a sentencia. Lo que significa, si no me equivoco, que el discurso de Klein no lleva tanto a acelerar el proceso civil sino más bien a imponer el tratamiento forzado de las causas que las partes querrían, al menos por el momento, mantener en *surplace*. De esto surgen algunas consecuencias.
>
> La primera es que el discurso de Klein presupone que el juez tenga poco que hacer; más precisamente, que las causas que las partes quieren ver decididas le dejen tiempo libre [...]. La segunda consecuencia es que obliga al juez a ocuparse también de las causas que las partes no quieren tratar, se resuelve no sólo en menoscabo de la libertad de las partes, sino también en daño del juez, que se ve constreñido a trabajar de más (a cambio de la misma retribución). El juez, en efecto, para conducir el proceso desde el inicio, lo debe conocer y, para conocerlo, debe estudiarlo. Con el riesgo que supone, al inicio, de estudiarlo inútilmente. Así se explica por qué Klein, como Guardasellos, estuviera constreñido a controlar «con mano dura» a los jueces. La tercera consecuencia nos atañe de cerca: el discurso de Klein, si tiene sentido cuando el juez tiene poco que hacer, se torna peligroso cuando las causas a decidir por voluntad de las partes toman ya todo el tiempo del juez y pierde toda razonabilidad cuando sobre el escritorio del juez se forma, como en la Italia de hoy, que tiene 2200 jueces para más de dos millones de causas pendientes, una montaña de trabajo atrasado.

En cambio, otros han instalado el derecho a la celeridad del proceso jurisdiccional entre los terrenos abonados por la evolución de los derechos humanos, y en esa categoría, se convierte en un derecho fundamental que supone dos obligaciones inmediatas: *a)* reconocer el carácter de garantía procesal interna para asegurar un proceso rápido, eficaz y expedito, y *b)* admitir que se tiene un compromiso internacional al haber incorporado (art. 75 inciso 22, Constitución Nacional) los Tratados y Convenciones sobre Derechos Humanos que, expresamente, contienen este derecho fundamental.

Obviamente, este emplazamiento conduce a evidenciar responsabilidades por la demora inusual, de manera tal que el derecho a evitar un proceso con dilaciones indebidas, supone también encontrar responsables que indemnicen al perjudicado por la rémora judicial.

> Sostiene Cançado Trindade[588] que, toda la jurisprudencia internacional en materia de derechos humanos ha desarrollado, de forma convergente, a lo largo de las últimas décadas, una interpretación dinámica o evolutiva de los tratados de protección de los derechos del

---

[587] Cipriani, Franco, *En el centenario del Reglamento de Klein (El proceso civil entre libertad y autoridad)*, Bari, Italia, Publicado en la *Rivista di diritto processuale*, 1995, ps. 968/1004.

[588] Voto concurrente en la Opinión Consultiva 16/99 del 1 de octubre de 1999 de la Corte IDH.

> ser humano. Esto no hubiera sido posible si la ciencia jurídica contemporánea no se hubiera liberado de las amarras del positivismo jurídico. Este último, en su hermetismo, se mostraba indiferente a otras áreas del conocimiento humano, y, de cierto modo, también al tiempo existencial, de los seres humanos: para el positivismo jurídico, aprisionado en sus propios formalismos e indiferente a la búsqueda de la realización del Derecho, el tiempo se reducía a un factor externo (los plazos, con sus consecuencias jurídicas) en el marco del cual había que aplicarse la ley, el derecho positivo.
>
> La corriente positivista-voluntarista, con su obsesión con la autonomía de la voluntad de los Estados, al buscar cristalizar las normas de ésta emanadas en un determinado momento histórico, llegó al extremo de concebir el derecho (positivo) independientemente del tiempo: de ahí su manifiesta incapacidad de acompañar los constantes cambios de las estructuras sociales (en los planos tanto interno como internacional), por no haber previsto los nuevos supuestos de hecho, no pudiendo, por lo tanto, dar respuesta a ellos; de ahí su incapacidad de explicar la formación histórica de las reglas consuetudinarias del derecho internacional. La propia emergencia y consolidación del *corpus juris* del Derecho Internacional de los Derechos Humanos se debe a la reacción de la conciencia jurídica universal ante los recurrentes abusos cometidos contra los seres humanos, frecuentemente convalidados por la ley positiva: con esto, el Derecho vino al encuentro del ser humano, destinatario último de sus normas de protección.
>
> En el plano del derecho procesal el mismo fenómeno ocurre con la evolución en el tiempo del propio concepto de debido proceso legal. El aporte del Derecho Internacional de los Derechos Humanos es aquí innegable, como lo revela la rica jurisprudencia de la Corte y Comisión Europea de Derechos Humanos bajo el artículo 6.(1) de la Convención Europea de Derechos Humanos.

Por su parte, el derecho procesal se ocupó del tiempo en el proceso a través del *principio de economía*, pensando deberes, cargas y obligaciones de las partes a cumplir bajo ciertas formalidades (principio de legalidad instrumental), y en plazos y términos poco flexibles (generalmente, perentorios y fatales) que urgían las actuaciones procesales en períodos que raras veces se conseguían.

> El desatino entre la norma y la realidad se hizo evidente, y convirtió en letra muerta buena parte de las disposiciones adjetivas vinculadas.
>
> Por eso, la moderna orientación doctrinaria apunta que, un plazo procesal, independientemente del número de unidades temporales que reúna, debe ser flexible, objetivo y razonable, y, además, responder a un criterio uniforme de asignación; de tal manera que cuando se susciten controversias respecto de la duración adecuada de una concreta actuación procesal, el juez pueda recurrir a una regla general que permita superar formalismos innecesarios. Por ello -dice Riba Trepat- si decimos que un proceso constituye una sucesión de actos a través de los que se verifica la interacción entre la acción y la jurisdicción; la duración de un juicio no es otra cosa que la duración del conjunto de sus actuaciones, y, en consecuencia, la razonabilidad temporal del proceso se construye también mediante el establecimiento de plazos razonables[589].

En síntesis, descartando la primera doctrina que se desentiende del tiempo en el proceso, las corrientes que advierten la condición de resolver con certeza y rapidez, no compatibilizan las formas y procedimientos para lograrlo, quizás porque, en definitiva, el tiempo necesario no coincide con el tiempo justo, y aun logrando celeridad y hasta urgencia, la justicia del caso puede quedar postergada.

En suma, un proceso desenvuelto en los límites de un período razonable depende de numerosas contingencias, donde anidan múltiples proyecciones que impiden definir

---

[589] Riba Trepat, Cristina, *La eficacia temporal del proceso. El juicio sin dilaciones indebidas*, Bosch, Barcelona, 1997, p. 160.

un tiempo para todos como si esta fuera la mejor solución. Por eso, es preferible aplicar en la idea una variable íntimamente relacionada, como son las *dilaciones indebidas*, de modo tal que el proceso pueda evitarlas para llegar con cierto éxito a dicha necesidad de eficacia temporal.

> El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas tiene para Vallespín Pérez [590], su reconocimiento inicial en el marco del proceso penal, con el art. VIII de la Declaración de Derechos del Buen Pueblo de Virginia de 1776, que sirvió como base a la Enmienda VI de la Constitución de los Estados Unidos de América; culminando la consagración con el art. 6.1 de la Convención Europea de Derechos Humanos por la cual: "*Toda persona tiene derecho a que su causa sea vista equitativa y públicamente en un plazo razonable...*".

2. El principio de economía procesal

El tiempo y el proceso pueden abordarse desde dos vertientes. La primera, parte desde los principios procesales que organizan el desarrollo del procedimiento. El siguiente, enmarca la cuestión desde la realidad, es decir, midiendo en términos de lentitud o celeridad la eficacia que del servicio judicial se transmite.

Veamos entonces, esta primera etapa del estudio, para observar cómo propicia el derecho procesal resolver la continuidad del trámite y la rapidez dispuesta, sin que el principio lleve a creer que la sentencia supone la línea de meta para un conflicto donde lo importante es llegar antes que otro. En realidad la pretensión es que la última decisión se obtenga en un tiempo acorde con la mutua satisfacción de los intereses contrapuestos.

> Fairén Guillén[591] sostiene que debe interpretarse el tiempo en el proceso como un equilibrio entre la equidad que un litigio debe desempeñar en sus necesidades temporales para resolver; y el plazo razonable que, no necesariamente, supone plazos cortos ni rapideces forzadas.

La rapidez del proceso se fundamenta en el principio de economía procesal.

Este postulado fue definido por Chiovenda[592] como un criterio utilitario, porque se refiere a dos aspectos que, aunque se encuentran vinculados, no son propiamente principios sino aspectos que inciden en el consumo de tiempo y esfuerzos.

En este sentido, de economía procesal se habla tanto para explicar la duración del proceso, como para resolver la onerosidad que significa transitar por él.

> Suele decirse -dice Cipriani[593]- que el gran mérito de Klein fue aquel de individualizar el aspecto sociológico–económico del instituto del proceso (...). La disciplina del proceso austríaco fue la primera entre aquellas relativas a los ordenamientos procesales modernos en basarse efectivamente en el hecho de que el proceso es un fenómeno social de masas y que debe ser reglamentado como un instituto de bienestar. Queriendo examinar de cerca el

---

[590] Vallespín Pérez, David, *El modelo constitucional de juicio justo en el ámbito del proceso civil*, Atelier, Barcelona, 2002, ps. 37 y ss.

[591] Fairén Guillén, Víctor, *Proceso equitativo, plazo razonable y Tribunal Europeo de Derechos Humanos* (variaciones sobre la sentencia del 23 de junio de 1993, asunto "*Ruiz Mateos v. España*"), Comares, Granada, 1996, p. 72.

[592] Chiovenda, Giussepe, *Principios de derecho procesal civil*, traducción de José Casais y Santaló, Tomo I, Reus, Madrid, 1977, p. 266.

[593] Cipriani, ob. cit., p. 988.

> pensamiento y el proceso de Klein debe decirse que éstos están basados en dos grandes postulados que refleja el pensamiento de Sprung: a) las controversias entre los particulares son "males sociales" (*soziale Übel*) relacionados con pérdida de tiempo, dispendio de dinero, indisponibilidad infructuosa de bienes patrimoniales, fomento del odio y de ira entre las partes litigantes y de otras pasiones fatales para la convivencia de la sociedad; b) el proceso, en la medida en que bloquea los bienes en espera de la decisión, incide en la economía nacional, en cuanto que toda causa altera la pacífica colaboración, rompe ordenados nexos económicos, bloquea valores y los distrae de la ordinaria circulación. La sociedad tiene, de todos modos, un gran interés en sanar lo más rápidamente posible tales heridas sobre su propio cuerpo. De estos postulados el gran procesalista y guardasellos austríaco extraía con toda coherencia algunos corolarios: el interés del legislador a que aquellos "males sociales" que son los procesos tengan una definición rápida, poco costosa y simple, posiblemente en una única audiencia; la necesidad de que el legislador no admita que el poder de conducir el proceso sea dejado en las manos de las partes privadas; y la exigencia, en fin, de que el proceso sea oral y que el Estado, a través del juez, asuma desde el principio la responsabilidad del funcionamiento del proceso y que vele por una individualización rápida de la verdad, exenta de complicaciones. Compendiando el pensamiento de Klein, dice Baur[594]): «el proceso será racional y conforme al concepto moderno de Estado sólo si la defensa del derecho consistirá efectivamente en la concesión de la asistencia del Estado, no sólo con la sentencia, sino desde la primera fase del proceso».

El primer aspecto es consecuencia de la llamada *publicización del proceso civil*, que significa poner entre los postulados del proceso, la necesidad de conseguir eficacia en el término más breve posible e invirtiendo para ello la menor cantidad de actos procesales.

Celeridad y concentración se integran para dar unidad e inteligencia al principio; pero también ambos reciben la influencia de otros presupuestos o reglas notables que inciden para la buena marcha del litigio, relacionándose entonces, el principio de eventualidad, de saneamiento y otros que se anexan en etapas específicas del trámite (v.gr.: adquisición, preclusión, entre otros).

Algunos autores consideran que no es correcto tomar del principio de economía procesal el objetivo de la rapidez, porque ello depende de otro principio que es el de celeridad; de todos modos, si el fin es lograr un proceso ágil, rápido y efectivo, en el menor tiempo, habrá que poner el acento en las características que se persiguen conseguir, sean éstas acentuadas en la conducta que de las partes se espera, o en la simplificación de la estructura del procedimiento.

Por tanto, la economía de esfuerzos (primer aspecto del principio) acierta para definir algunas condiciones, mientras que la celeridad será una consecuencia del empeño propuesto para dar eficacia al proceso. A su vez, esa celeridad se apoya en otras pautas previstas para diseñar un trámite determinado, sin perjuicio de las que se dirigen a quienes litigan ante la jurisdicción.

En base a ello, el principio de economía procesal orienta al justiciable para obrar con interés y celeridad, poniéndole condiciones técnicas a sus actos.

2.1. El principio de eventualidad

---

[594] Cfr. *Potere giudiziale e formalismo del diritto processuale*, en Rivista Trimestrale di diritto e procedura civile 1965, p. 1689.

Uno de los requerimientos metodológicos referidos es el principio de *eventualidad*. Consiste en pedir de las partes que todos los actos de postulación, ataque y defensa, se articulen oportunamente, de acuerdo con las etapas preclusivas del proceso; de modo tal que cada uno de los planteos deducidos en el curso de un litigio deban presentarse en forma simultánea y no sucesiva, esto es, prohibiendo el ejercicio *ad-eventum* que supone dejar abierta una posibilidad o alternativa si la petición principal fracasa.

Son ejemplos de la regla, el oponer a un solo tiempo todas las defensas y excepciones que se tengan contra el progreso de la pretensión; el ofrecimiento de la prueba, etc.

Excepción al principio sería el recurso de reposición con apelación en subsidio; y en otras situaciones, la doble interposición de los recursos extraordinarios (locales y federal).

El postulado se encuentra estrechamente unido al principio de concentración y al de preclusión de los actos procesales que es una consecuencia del primero. Anida en el espíritu del precepto lograr que las partes utilicen el proceso como un medio legítimo para resolver sus problemas, siendo clara entonces su relación con la moralidad intrínseca que procura.

Ahora bien, así como las partes tienen un deber de conducta y una obligación técnica que observar, también el juzgado interviniente tiene ambos requerimientos.

2.2. El principio de concentración procesal

De *concentración* se puede hablar con distintas variantes. El meollo de la cuestión radica en cumplir todas las secuencias del procedimiento en la menor cantidad posible de actos.

Claro está que la adscripción a la oralidad o a la escritura subordinan las modalidades del tipo; pero la interpretación cabal de la idea está en resumir la actividad a las etapas necesarias, útiles y conducentes, eliminando las que fuesen superfluas o inoficiosas.

Su inclusión en la celeridad obedece al complemento que requiere para dar plenitud al principio; es decir, la concentración por sí sola tendría poca utilidad si el acto secuencial que corresponde no se cumple en el tiempo más próximo posible respecto al que le precede.

2.3 El principio de preclusión

La preclusión se articula con el orden progresivo de las actuaciones procesales. Si éstas tienen una escala que significa cumplir los actos en los períodos asignados, ello significa que el transcurso de una fase para seguir a otra consume la oportunidad y extingue el tiempo disponible para hacerlo.

Esa preclusión origina tres posibilidades diferentes: en la primera, puede suceder que se pierda la alternativa o facultad de alegar por haber transcurrido la oportunidad otorgada en los plazos del procedimiento. Aquí la preclusión castiga la inercia del interesado, dando por perdida la ocasión. En segundo término, si un acto procesal se

cumple en una etapa equivocada queda privado con ello de obrar adecuadamente en la instancia en curso; se habla entonces, de *preclusión por extinción*. Con ella, el error impide regresar reparando el equívoco. También aquí la preclusión opera como sanción al descuido.

Finalmente, la preclusión actúa por *consumación* cuando ya se hubiera ejercido válidamente la facultad de que se trata y se persigue reiterar el mismo acto. Cumplido, no es posible repetirlo aún bajo el pretexto de mejorar o integrarlo con elementos involuntariamente omitidos en la primera contingencia.

Tal como se presenta, el principio de preclusión se vincula con el de impulso procesal. Como una derivación de ambos llegan la *caducidad* y la *negligencia* como presupuestos de control a la celeridad del proceso.

La *caducidad* se ocupa de sancionar el abandono total o parcial del proceso, tarifando el tiempo de acuerdo a la naturaleza del trámite; o bien, teniendo por decaída, de oficio o a petición de partes, la producción de ciertas pruebas ofrecidas.

La *negligencia*, en cambio, refiere a la morosidad de la parte para cumplir con la prueba, generando con su actitud un retardo en el desarrollo de la causa.

En rigor de verdad, el impulso procesal fundamenta la rigidez de los plazos y las modalidades con que se sanciona la inactividad procesal.

2.4 El principio de saneamiento

Este no es un principio destinado a las partes, sino al juez y, en particular, se instala entre sus facultades o poderes de dirección. Se procura expurgar aquellos vicios que inducen al entorpecimiento de la causa, o que provocan dificultades para reconocer el objeto en discusión.

Concilian con este principio, otros tales como el de autoridad, moralidad y celeridad procesal.

El art. 34 inciso 5º ap. b) del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (CPCC) impone a los jueces el deber de "*señalar, antes de dar trámite a cualquier petición, los defectos u omisiones de que adolezca, ordenando que se subsanen dentro del plazo que fije, y disponer de oficio toda diligencia que fuere necesaria para evitar nulidades*".

En el campo de la celeridad procesal, el principio pretende dos objetivos: *a)* depurar al proceso de vicios que inciden en la utilidad del litigio, y *b)* asegurar que el objeto del proceso se encuentre precisamente determinado, liberándolo de manifestaciones dispendiosas o de pruebas inconducentes que sean, en definitiva, un estorbo insalvable para resolver.

Varios principios confluyen en la estructura del instituto; en efecto, la economía procesal, definida como la aplicación de un criterio utilitario en la realización empírica del proceso con el menor desgaste posible de la actividad jurisdiccional, consagra la finalidad esencial del instituto. De su interpretación llegamos al principio de concentración de los actos procesales que con fórmulas simplistas y seguras persigue la eficacia de la tarea jurisdiccional.

En este tramo se ubica el principio de saneamiento o de expurgación, en cuya virtud, todas aquellas cuestiones susceptibles de impedir o entorpecer la marcha regular del proceso pueden ser evaluadas por el tribunal.

2.5. El principio de adquisición

Este es un concepto técnico que armoniza con la celeridad procesal en cuanto a reunir en beneficio del litigio toda alegación, prueba y postulación que efectúen las partes.

Significa que la actividad de los contradictores beneficia o perjudica a cualquiera de ellos, inclusive puede regresar contra la voluntad de aquél que solicitó determinado cumplimiento (v.gr.: en la prueba de absolución de posiciones, cada requerimiento importará para el ponente, el reconocimiento del hecho a que se refiere).

Cuando hablamos de adquirir, pensamos en todo lo que se incorpora al proceso, y siendo éste el producto de una actividad generada a partir de una relación tripartita, va de suyo que la utilidad de los actos que reporte cada uno, serán en beneficio de aquella unidad que, justamente, tiene el proceso.

Llegado al litigio un hecho, una afirmación, una prueba, no importa quien la dice ni quien la aporta, ella se adquiere para la comunidad de intereses discutidos en el pleito.

2.6 Síntesis y crítica

El resumen de estos principios muestra la incongruencia entre el espíritu reglamentario y la intención de celeridad que propicia la economía procesal.

Buena parte del problema se encuentra en la indefinición sobre quién es el responsable por las demoras procesales; dicho en otros términos, ¿sobre quién pesa la carga de impulsar el desarrollo del proceso en el menor tiempo posible? Si la respuesta inmediata asiente en la obligación de la parte actora, institutos como la caducidad de la instancia y principios como los apuntados, tienen cierta lógica, aunque su justificación sea mezquina; en cambio, si la cuestión se enfoca desde la perspectiva del plazo razonable, cabe recordar la obligación del Estado de ofrecer un servicio de justicia eficiente con el fin de garantizar el derecho de toda persona a un proceso rápido y expedito.

La diatriba es evidente cuando se espejan poderes y deberes del juez con las cargas y obligaciones de las partes. Por ejemplo, si el actor tiene el deber de impulsar el proceso haciendo peticiones oficiosas y pertinentes que lo lleven hacia la sentencia; al juez le corresponde advertir a las partes, "*antes de dar trámite a cualquier petición*" (art. 34 inciso 5º ap. b, CPCC) sobre los defectos u omisiones de que adolezcan; por eso, cuando suceden nulidades procesales, el error es compartido, y la demora no puede ser únicamente imputable al que provocó el vicio.

Además, el funcionamiento represivo de la caducidad de la instancia que admite, inclusive, la declaración de oficio, es un contrasentido con el deber jurisdiccional de *"tomar medidas tendientes a evitar la paralización del proceso*" (art. 36 inciso 1º, CPC), porque el proceso por audiencias que consagra nuestro sistema procesal, es un

régimen distinto al de instancias en la medida que la vigilancia *"para que en la tramitación de la causa se procure la mayor economía procesal*" (art. 34 inciso 5º ap. *e*, CPC) está a cargo del juez.

En consecuencia, el impulso procesal a cargo de una de las partes convierte al proceso en una herramienta del interés particular, y al mismo tiempo, una espada de Damocles que pesa sobre el actor al tener que cumplir los tiempos perentorios y fatales que se le imponen.

> Por eso, resolver un proceso en un tiempo razonable no significa desarrollarlo en el plazo marcado por la ley. El incumplimiento de los plazos –dice Vallespín Pérez- reviste un carácter meramente indiciario para la apreciación de la infracción del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas. Por tanto, su apreciación requiere algo más: que la dilación producida adquiera y revista trascendencia suficiente[595].

Mientras que el desarrollo a cargo de la jurisdicción también es impreciso, porque el tiempo procesal no siempre responde con las urgencias del caso; y lo que es peor, las reglas de la bilateralidad y derecho a la contradicción permanentes, provocan dilaciones que únicamente se resuelven con la aventura de la tutela judicial urgente, donde el juez se arroja a un resultado justo pero con el riesgo de sacrificar principios del debido proceso.

En suma, pensar en un proceso rápido manteniendo las reglas y presupuestos comentados, es casi una ilusión, una utopía, porque queda de manifiesto en el punto, la primacía que se otorga al interés privado en lugar de la efectiva actividad jurisdiccional.

La distinción efectuada entre proceso público y proceso privado cobra en la especie una significativa trascendencia porque faculta la injerencia del órgano en la continuidad y celeridad del proceso cuando se ventila una cuestión que importa atraer el interés general.

Por ejemplo, en los procesos penales y laborales, se privilegia la actividad oficiosa por la naturaleza de la cuestión, desplazando el impulso de los actos hacia el tribunal. En cambio, cuando no existen esas consideraciones sociales, el monopolio de la rapidez en la marcha del juicio reposa en la voluntad exclusiva que las partes dispongan.

> La mayor preocupación del principio dispositivo radica en la aportación de la prueba, toda vez que, estando a los lineamientos teóricos puros, solamente las partes pueden allegar los medios de confirmación que pretenda desarrollar, sin que el juez tenga posibilidad alguna de investigación oficiosa (*iudex iudicare debet secundum allegata et probata partium).*

El giro hacia la toma de posición directa del juez en el proceso, muestra como la historia recorre esa visión estática del juez espectador en oposición al juez inquisidor del absolutismo, o del juez dictador de algunos regímenes totalitarios. El tramo final de este camino lo cubre el rol activo del órgano judicial para convertirse en el juez director.

El producto que se obtiene de esta evolución, no es político como lo entiende Guasp[596], sino de técnica procesal porque facilita alcanzar los resultados axiológicos del proceso sin someterse a los designios interesados de las partes.

---

[595] Vallespín Pérez, ob. cit., p. 177.

[596] Guasp, Jaime, *Estudios jurídicos*, edición al cuidado de Pedro Aragoneses, Cívitas, Madrid, 1996 (*La paralización del proceso civil y sus diversas formas*), ps. 355 y ss.

3. La visión economicista de la celeridad procesal

Con otra visión, se señala que la función social del proceso consiste en la satisfacción de pretensiones, desplazando el *prius* de la resolución justa de los conflictos intersubjetivos.

De este modo, la actividad jurisdiccional se establece como una obligación de hacer constante, que evite los tiempos muertos del proceso, y con el fin de lograr la máxima cobertura asistencial en el menor tiempo posible.

Esta imagen acotada se instala en los intereses a tutelar y en la persona que reclama la intervención del Estado a través del proceso jurisdiccional.

No obstante, el proceso como garantía constituida en las normas fundacionales de la organización jurídica, no puede transportar al justiciable las penurias del sistema político económico ante una situación financiera angustiosa; porque al Estado le corresponde ofrecer una vía rápida y expedita para concretar la tutela judicial sin que la misma se coarte o convierta en una utopía por cuestiones de diversa restricción.

Es decir, el acceso a la justicia no puede tener vinculación con la economía, porque el proceso es una garantía para el hombre; a él se debe la formación lógica de esta vía de pacificación que reconoce en los jueces una especie de representantes sociales que tienen el poder-deber de resolver los conflictos por la delegación obtenida a través de la confianza en ellos depositada cuando la sociedad se organizó para vivir en comunión.

Inclusive, podemos afirmar que hasta al tener que pagar una tarifa para acceder a la justicia, sea ésta presentada como tasa, contribución o impuesto, es un obstáculo inconstitucional porque establece condiciones allí donde éstas no debieran existir.

En nuestro concepto, desligados de afanes economicistas que ven al proceso como un medio de inversión a riesgo donde las ventajas que otorga la presunción de obrar a derecho puede generar un cierto índice de seguridad que se desvirtúa por el costo adicional no previsto (honorarios regulados, honorarios de peritos, tasas posteriores del trámite, etc.), creemos que el tema merece abordarse desde otra perspectiva.

La situación se puede observar como un problema de pérdida constante de interés (espiritual y económico) para solucionar la controversia, cuanto mayor sea el tiempo que insuma el trámite para llegar a la sentencia. Es evidente que el costo que tiene el actor difiere del que asume el demandado, como también lo es que ambos pierden, cuanto más distante se vea el horizonte de la solución definitiva.

Por ello, ninguna regla puede resolver el problema de la celeridad sino se adecua a la realidad que lo trasciende, para comprender que cuanto más presupuestos se pongan para la rapidez procesal más lentas serán las respuestas del sistema, porque como ha dicho el Comité de Ministros del Consejo de Europa: *para preservar las garantías de todos los justiciables, contenidas en las reglas tradicionales del procedimiento, y la cualidad de la justicia exigida en una sociedad democrática, convendría que el procedimiento civil fuera más simple, más flexible y más breve...*

> En el plano del derecho internacional -donde se pasó a estudiar los distintos aspectos del derecho intertemporal- del mismo modo, se tornó evidente la relación entre el contenido y

> la eficacia de sus normas y las transformaciones sociales ocasionadas en los nuevos tiempos. Un *locus classicus* al respecto reside en un célebre *obiter dictum* de la Corte Internacional de Justicia, en su Opinión Consultiva sobre Namibia de 1971, en que afirmó que el sistema de los mandatos (territorios bajo mandato), y en particular los conceptos incorporados en el artículo 22 del Pacto de la Sociedad de Naciones, "no eran estáticos sino por definición evolutivos". Y acrecentó que su interpretación de la materia no podría dejar de tomar en cuenta las transformaciones ocurridas a lo largo de los cincuenta años siguientes, y la considerable evolución del *corpus juris gentium* en el tiempo: "un instrumento internacional debe ser interpretado y aplicado en el marco del sistema jurídico vigente en el momento de la interpretación"[597].

3.1 Los días y horas hábiles

Observemos en el plano de las normas como ocurren estas disfunciones entre el tiempo esperado como razonable y el que realmente tienen diseñado las máximas procesales. Uno de los requisitos que vinculan el tiempo con la eficacia de los actos, es la celebración en días y horas *hábiles* o *habilitados.*

De este modo, se impone como regla general y absoluta que *las actuaciones y diligencias judiciales se practicarán en días y horas hábiles, bajo pena de nulidad* (art. 152, CPCC). Esta norma se encarga de aclarar que "*son horas hábiles las comprendidas dentro del horario establecido por la Corte Suprema para el funcionamiento de los tribunales; pero respecto de las diligencias que los jueces, funcionarios y empleados deban practicar fuera de la oficina, son horas hábiles las que median entre la siete y las veinte*".

Además, "*para la celebración de audiencias de prueba, las cámaras de apelaciones podrán declarar horas hábiles con respecto a juzgados bajo su dependencia y cuando las circunstancias lo exigieren, las que median entre las siete y las diecisiete o entre las nueve y las diecinueve, según rija el horario matutino o vespertino*".

Finalmente, el criterio de actuar únicamente en las horas establecidas, se elastiza cuando "a pedido de parte o de oficio", se habilitan días y horas para realizar actuaciones fuera de los tiempos dispuestos, que de otro modo, pudieran tornarse ineficaces u originar perjuicios evidentes a las partes.

En definitiva, mientras el requisito de tiempo referente a días y horas hábiles (o habilitados) es de carácter absoluto, el art. 152 citado, como norma general para los actos del órgano jurisdiccional y otros muchos preceptos como disposiciones especiales, establecen un requisito temporal *relativo* de los actos procesales: que cada uno de ellos se realice en el momento oportuno concreto (*término*) o en el período de tiempo (*plazo*) establecidos específicamente.

> En general, dice Schönke[598], la materia sobre el tiempo de los actos procesales comprende ante todo dos cuestiones: primero, la de cuáles sean los días y horas en que los tribunales están a disposición de las partes, y luego, el referente al lapso de tiempo que dentro de un proceso tienen las partes a su disposición para cada uno de los actos procesales..[...]. Los términos y plazos están sustraídos al acuerdo de las partes, en interés de la concentración

---

[597] Voto concurrente del Dr. Cançado Trindade, en Opinión Consultiva 16/99 del 1 de octubre de 1999.

[598] Schönke, Adolfo, *Derecho Procesal Civil*, traducción de la 5ª edición alemana, Bosch, Barcelona, 1950, p. 211.

> del procedimiento; de manera que por convenio entre ellas nunca pueden los plazos ser prorrogados, sino sólo abreviados. La supresión del poder dispositivo de las partes sobre plazos y términos está asegurada por la prohibición de que las mismas convengan la paralización del procedimiento, ya que ésta sólo puede producirse mediante acuerdo judicial.

La premisa que conduce la instalación de tiempos hábiles en el proceso significa establecer un criterio de rigidez que empalma con el principio de legalidad instrumental propio de los actos procesales. Si bien es cierto que con ello se procura imponer la celebración oportuna de las actuaciones y diligencias, también lo es que la brevedad del período (pese a las aperturas que se indican en el texto legal) limita manifiestamente la posibilidad de concentrar las actividades.

De este modo, los términos conspiran con la posibilidad real de cumplimiento, obligando a anulaciones, postergaciones o suspensiones que difieren hasta el cansancio la efectividad cierta de la utilidad que se espera.

Lo mismo sucede con los plazos, pues ellos se imponen como exigencias de obrar oportunamente, sujetos a que la comunicación sea personal o presunta, condiciones que por su exigencia ritual y solemne, provocan causas permanentes de anulación, o incidencias.

> Aparece así la "paralización del proceso civil" que fuera advertida por Guasp hace muchos años, sin perder vigencia esta observación. Decía el maestro español que cuando se manejan criterios sistemáticos diferentes a los clásicos para estudiar las causas de la suspensión de los tiempos del proceso, se incurre en un error palmario porque no se atienden los requisitos que deben cumplir los sujetos, el objeto procesal y la misma actividad. En efecto, si se atiende a las partes, una de las causas de la paralización (mejor llamada de *interrupción*) proviene de las circunstancias que a ellos le ocurre (v.gr.: muerte, pérdida de capacidad), o que otros les provoca (v.gr.: renuncia del procurador, fallecimiento o promoción del juez de la causa), de modo tal que el proceso se interrumpe hasta que se valida nuevamente la relación jurídica procesal. Cuando la paralización procesal reconoce como causa directa o razón fundamental de ser la producción de una circunstancia que no afecta a los sujetos, sino al objeto, entonces nos hallamos ante una de las manifestaciones de la figura menos reconocida por la teoría y por la práctica, pese a su indiscutible significación dogmática y real. Por ejemplo, las cuestiones prejudiciales que significan un motivo de *detención* procesal. El problema está en paralizar el proceso en toda su práctica, por esperar una resolución que podría no afectar todo el continente litigioso. Finalmente existe una tercera manifestación de la paralización procesal que se da independientemente de los sujetos y del objeto procesal, son los actos procesales mismos; aquellos que engendran la quietud normal del procedimiento por cuestiones vinculadas con la actividad estricta que deben desarrollar. Surge aquí la idea de *suspensión*, concepto empleado por el derecho positivo en general, pero que en realidad, debiera recibir un acotamiento técnico que lo limite a supuestos específicos[599].

En consecuencia, la estructura diseñada para la actividad procesal rápida y concentrada se convierte en pura ilusión, porque la gran mayoría de actos se deben cumplimentar en el horario de funcionamiento de los tribunales, y siendo éste de apenas seis horas diarias, demuestra un contrasentido con lo declamado, y evidencia un actuación contraria a los principios que postula.

Desde una perspectiva económica, la inversión de tiempo útil respecto de resultados alcanzados, es francamente pobre y totalmente distanciado de una media razonable que pondere, al menos, satisfacciones parciales.

---

[599] Guasp, *Estudios Jurídicos*, cit., p. 377.

3.2 El horario de actuación y las ferias judiciales

Con mayor intensidad de crítica y repulsa es la tradición horaria de los tribunales federales y de la ciudad autónoma de Buenos Aires (no generalizamos al resto del país, porque si bien la diferencia no es evidente, también es verdad que existe mejor aprovechamiento de las franjas horarias).

Hasta hace poco tiempo atrás el horario matutino era de 7.00 a 13.00 horas y el vespertino de 7.30 a 13.30 horas !!!.

> La Corte Suprema -dispone el art. 6º del Reglamento para la Justicia Nacional- establecerá el horario para el funcionamiento de los tribunales nacionales de la Capital Federal. Para los tribunales del interior del país regirán los horarios que establezcan las respectivas cámaras nacionales con aprobación de la Corte Suprema. El horario no podrá ser inferior a seis horas, sin perjuicio de la prolongación o disminución que, con carácter general, pueda disponerse por la Corte Suprema o las cámaras nacionales de apelaciones con aprobación de aquélla, o accidentalmente, por los tribunales o jefes de las oficina que lo requieran[600].

Faltaríamos a la verdad si afirmamos que en estas horas se realiza toda la actividad judicial, pero es cierto que la tarea de abogar y las diligencias que partes y terceros suscitan en audiencias, deben concretarse en ese tiempo.

Consecuencia inmediata es que la concentración resulta imposible, porque por más empeño que se ponga, las declaraciones de testigos, el interrogatorio entre partes, la absolución de posiciones, la audiencia preliminar, las entrevistas de conciliación, etc., etc., por disposición expresa del código deben celebrarse ante el juez o el secretario (y esto se reclama como un deber del oficio bajo pena de nulidad del acto, en caso de incumplimiento), obligando al juzgado a sortear el obstáculo normativo haciendo del trabajo un juego de ficciones.

Los plazos y términos son parte del objetivo de celeridad, pero no pueden llevar al extremo de pagar un precio demasiado costoso para lograrlo. De hacerlo, se vuelve real aquella afirmación hecha al tiempo de sancionarse el Código procesal de la Ley 17.454: *se ha creado un Código para el infarto.*

> La Corte de la Nación expresa con naturalidad que los plazos deben ser *razonables*, en forma tal que no impliquen un impedimento serio para el adecuado ejercicio del derecho de defensa (Fallos, 255:72), sin advertir que el problema no asienta en la dimensión temporal que se permite para concretar la actividad útil en el proceso, sino en la restricción horaria que ha llevado a dividir las actuaciones en dos planos diversos: el de lo formal que se concreta en el expediente; y el real que espera en la trastienda la oportunidad para su alegación.
>
> "*Los tribunales no funcionarán durante el mes de enero, la feria de julio, los días domingo, los que no sean laborables y los que el señor presidente de la Corte Suprema o el ministro*

---

[600] En la primera edición de su *Derecho Procesal Civil* (tomo IV) decía Lino Palacio: En la actualidad (1977) rigen las acordadas de fechas 13 de junio y 2 de noviembre de 1950: la primera, aparte de declarar feriado judicial a los días sábado, fijó para los tribunales de la Capital Federal el horario de 11.30 a 18.00 horas; la segunda introdujo una modificación respecto de los meses de verano, y dispuso que desde el 15 de noviembre al 15 de marzo, ambos inclusive, las oficinas de los tribunales de justicia de la Capital Federal permanecerán abiertas al público de lunes a viernes de las 07.00 hasta las 13.00 horas, debiendo las respectivas cámaras de apelaciones introducir, para los tribunales del interior del país, las modificaciones necesarias en los horarios matutinos, comunicándolas de inmediato a la Superintendencia de la Corte.

> *que éste designe declare feriados judiciales. Los tribunales nacionales del interior del país tampoco funcionarán los días señalados no laborables por los respectivos gobiernos"* (art. 2º, Reglamento de la Justicia Nacional, texto conforme Acordada 58/90 del 9 de octubre de 1990). Además, la Acordada de fecha 13 de junio de 1950, de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, mantiene al sábado como *día feriado* con carácter general y permanente.

Hurgando antecedentes de estos períodos vacacionales no encontramos más fundamentos que la reproducción del precepto contenido en la vieja *Ley de Enjuiciamiento civil española* que inspira nuestro sistema procesal repitiendo la idea del período ordinario de actividad de los tribunales, el inicio formal y solemne del año judicial (previsto en el RJN pero suspendido por Acordada del 7 de diciembre de 1955), el horario limitado, etc.

> Para Riba Trepat el horario de trabajo de los tribunales supone un quebranto a las garantías de acceso a los órganos judiciales, y también una dejación de tiempo por parte de los máximos órganos de gobierno del Poder Judicial. Y es que éste se debate en el tema entre dos disyuntivas: su función de juzgar y de proteger el valor justicia -que no conoce horarios-, y el carácter funcionarial de las personas a él adscritas[601].

Si la actividad judicial se observara como actividad empresarial y a los justiciables se los considerara consumidores del servicio, sería evidente el desatino del tiempo empleado para "hacer justicia", toda vez que la única urgencia reconocida es para los asuntos discrecionalmente habilitados, mientras que las demás angustias que se debaten en los tribunales vacacionan por lapsos demasiado extensos para los tiempos menesterosos de mejores realidades.

> Sin embargo, no se vaya a creer que es éste un razonamiento aceptado y válido, pues integra una obra titulada "*Para un proceso civil eficaz*" la opinión del por entonces Decano del Colegio de Procuradores de los tribunales de Barcelona, que afirma en contrario, sosteniendo que, las razones fundamentales que llevaron a la creación de los descansos estivales fueron sociológicas, porque las migraciones y ausencias vacacionales de los litigantes y del resto de la población impedían la realización de numerosos actos, especialmente los probatorios, causando abundantes indefensiones. También influyeron factores laborales y la consideración de que, hasta entonces, los abogados y los procuradores eran ciudadanos discriminados en cuanto a descanso de vacaciones anuales....Por eso, […] "los días señalados para la actuación judicial están correctamente adecuados a la realidad social"[602].

En tren de formular propuestas, la celeridad interna del litigio podría conseguirse aprovechando la totalidad de las horas del día (que fue el criterio rector para considerar la habilidad del tiempo en el proceso), organizando la tarea judicial sin recargar tareas a funcionarios y empleados, y por supuesto, eliminando los extensos períodos de vacaciones, que bien pueden aplicarse por semanas sin paralizar en ningún momento la actividad judicial.

> Según Morello[603], los órganos de la Administración de justicia deben asegurar la eficiencia de los tribunales, necesitados de aplicar también otros criterios de los que le suministra la ciencia del derecho. Las apreciaciones de los ciudadanos -el peso de la opinión pública-

---

[601] Riba Trepat, ob. cit., p. 56.

[602] Anzizu Furest, Antonio María de, *Aspectos sociológicos de la Ley de Enjuiciamiento civil: duración y coste del proceso*, en "Para un proceso civil eficaz", edición al cuidado de Francisco Ramos Méndez, Universidad Autónoma de Barcelona, Belaterra, 1982, ps. 166 y ss.

[603] Morello, Augusto Mario, *Estudios de Derecho Procesal*, Tomo I, Librería editora Platense-Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1998, ps. 177 y ss.

> respecto a la duración del proceso, depende no solamente de la cultura jurídica, del género o naturaleza de los asuntos que se llevan a los tribunales, sino de una multitud de factores o causas, de entre las cuales una *buena organización* de la empresa judicial, el nivel específico de la formación de los jueces, la cooperación en el consejo y selección del abogado con más el apoyo de otras instituciones del Estado, permiten instalar la discusión de los problemas en un nivel de maduración, control y ajuste inéditos. Y la actitud del consumidor jurídico (en algunos países, se dice que "los peores enemigos de la justicia" son los litigantes).

3.3 Los plazos y términos para el ejercicio de la función jurisdiccional

Los plazos procesales se estudian desde ópticas distintas, permitiendo alcanzar conclusiones igualmente diferentes conforme el ángulo de observación analizado.

Una de estas variables consiste en dividir los plazos en *propios* e *impropios.* Los primeros, se dirigen al interesado que plantea pretensiones ante la jurisdicción, a quien se lo somete a exigencias de tiempo, espacio y forma que se amparan bajo el principio de legalidad instrumental.

Los llamados plazos *impropios* son aquellos destinados al órgano judicial que interviene resolviendo la controversia. Estos tiempos no tienen control de las partes, ni determinan consecuencias graves (como sí ocurre con los plazos propios) porque la mayor sanción que reciben son disciplinarias o económicas.

De este modo, los períodos que transita la actuación judicial se convierten en una herramienta propia del doble discurso que tiene el principio de celeridad procesal. Mientras al abogado se lo sanciona con la pérdida del derecho o la caducidad de la instancia, al juez simplemente se lo amonesta.

> Explica Ramos Méndez[604] que es útil distinguir entre los plazos *impropios*, que por regla organizan la actividad jurisdiccional (plazos para notificaciones, señalamientos, dictar las resoluciones, etc.), de los plazos *propios*, que regulan la actividad de las partes en el proceso. La inobservancia de los primeros genera tan solo responsabilidad disciplinaria: Dicho evento será corregido disciplinariamente según la gravedad del caso, sin perjuicio del derecho de la parte agraviada para reclamar la indemnización de perjuicios y demás responsabilidades que procedan.
>
> Incluso, agrega el profesor de Barcelona en otra obra, que el mero enunciado de la distinción y atribución de distintos efectos a uno y otro tipo de plazos es de suyo el reconocimiento del relativo fracaso de someter a disciplina procesal a la jurisdicción.

La ambivalencia se refleja en los efectos que tiene el incumplimiento de los tiempos legalmente previstos. Para las partes los plazos son perentorios y fatales, mientras que los términos precluyen sin posibilidad de repetición; en cambio, el órgano jurisdiccional solamente recibe sanciones disciplinarias que se eluden o derivan hacia el secretario u otros funcionarios o empleados, siendo el juez únicamente la custodia formal prevista por el art. 34 inciso 5º en sus distintos apartados, del Código Procesal nacional.

Recién con la sanción de la Ley 25.488 se tomaron en cuenta modificaciones de otro tipo, que inciden en la consideración de idoneidad, o en la afectación del patrimonio (*hasta un 15 % de su remuneración básica*, dice el art. 167 inciso 2º, párrafo

---

[604] Cfr. Ramos Méndez, Francisco, *Derecho Procesal Civil,* Tomo I, cit., p. 88; *El Sistema procesal español*, Bosch, Barcelona, 2005, ps. 123 y ss.

tercero) cuando la sentencia se pronuncia fuera de los plazos previstos. No obstante, la estructura formalista del proceso civil, sostenida por principios que necesitan renovarse (como el dispositivo, entre otros), mantiene la idea que al comienzo de este trabajo se enunció:

Si son las partes quienes dinamizan el impulso procesal, no puede el juez estar obligado a realizar lo que las partes no concretan. Una vez más, aparece en el discurso procesal el error de encontrar responsabilidad por la conducción del proceso y el impulso que el mismo merece.

En síntesis: plazos y términos constituyen una estructura anquilosada que no respeta las nuevas consignas fundamentales del derecho a contar un proceso rápido y expedito (art. 43, Constitución Nacional), ni tiene presente el mensaje de tratados y convenciones sobre Derechos Humanos que reclaman un proceso breve, sencillo y eficaz.

> Magníficamente resume Riba Trepat que, el plazo, por sí mismo, no presenta elementos suficientes como para sustentar una clasificación más allá de consideraciones superficiales, pues lo verdaderamente significativo es la respuesta del ordenamiento jurídico ante la verificación de una actuación procesal que carece de regularidad temporal. Otra cosa es que, por ser los actos de parte predominantemente potestativos, sea la ineficacia la consecuencia propia de la inobservancia de los plazos que les afectan, de modo que la responsabilidad subjetiva recae fundamentalmente sobre el órgano jurisdiccional, que es quien tiene que cumplir con la obligación de resolver, y de hacerlo en el tiempo que marca la ley[605].

4. Los Tratados y Convenciones Internacionales

Los derechos humanos se ocupan del debido proceso y de terminar conflictos con ellos emergentes dentro de un plazo razonable. Es un mensaje que pone al principio *pro homine* por encima de reglas y principios procesales, que ocupan un campo muy amplio para interpretar su alcance.

En efecto, la *Declaración Americana de los derechos y deberes del hombre* establece la necesidad de tener un procedimiento sencillo y breve por el cual la justicia ampare contra actos de la autoridad que violen, en perjuicio de las personas, alguno de los derechos fundamentales consagrados constitucionalmente (art. XVIII-Derecho de Justicia).

También la *Declaración Universal de Derechos Humanos* contiene varias disposiciones. Entre ellas se dice que *toda persona tiene derecho a un recurso efectivo (art. 8);* o el *Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos* aprobado en nuestro país por la ley 23.313, establece que […] el país se compromete a garantizar a toda persona, cuyos derechos o libertades reconocidos por el Pacto, se hubieran violado, un recurso efectivo, que podrá presentar ante las autoridad competente en condiciones tales que no se pueda frustrar el derecho que se protege (art. 2. apartado 3, incisos a, b y c).

Asimismo, contiene el derecho *a ser juzgado sin dilaciones indebidas.*

---

[605] Riba Trepat, ob. cit., p. 266.

La *Convención Americana sobre Derechos Humanos* (*Pacto de San José de Costa Rica)*, con el mismo sentido y preocupación dispone en el art. 8º (garantías judiciales) que: 1) Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un *plazo razonable*, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad a la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulado contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter...

Además queda establecido el parámetro del recurso sencillo y rápido como mecanismo procesal prometido como amparo contra los actos que violen cualquiera de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución o en la Convención (art. 25).

La función de garantía que el proceso adopta, se expresa también en la *Convención sobre los derechos del niño*, cuyo art. 40 reproduce en parte las condiciones mínimas establecidas, agregando importantes instituciones como el abogado del niño (art. 37).

Vinculando normas con derecho judicial no pueden descartarse las opiniones consultivas de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, pues ellas han dejado bien establecido que la garantía del recurso sencillo y eficaz que todo Estado debe tener para la protección efectiva de los derechos fundamentales, no basta con encontrarlo prescrito en una ley formal o en la misma Constitución, sino que sea auténticamente posible.

> En nuestro "*Tratado de Derecho Procesal Constitucional*" [606] sostuvimos que la inexistencia de un recurso efectivo contra las violaciones a los derechos reconocidos por la Convención constituye una transgresión de la misma por el Estado Parte en el cual semejante situación tenga lugar. En ese sentido debe subrayarse que, para que tal recurso exista, no basta con que esté previsto por la Constitución o la ley o con que sea formalmente admisible, sino que se requiere que sea realmente idóneo para establecer si ha incurrido en una violación a los derechos humanos y proveer lo necesario para remediarla.
>
> No pueden considerarse efectivos aquellos recursos que, por las condiciones generales del país o incluso por las circunstancias particulares de un caso dado, resulten ilusorios. Ello puede ocurrir, porque el Poder Judicial carezca de la independencia necesaria para decidir con imparcialidad o porque falten los medios para ejecutar sus decisiones; por cualquier otra situación que configure un cuadro de denegación de justicia, como sucede cuando se incurre en retardo injustificado en la decisión; o por cualquier causa, no se permita al presunto lesionado el acceso al recurso judicial (Considerando 24, OC- 8/87)

En resumen, si tenemos en cuenta que el art. 75 inciso 22 de la Constitución Nacional establece la complementariedad de estos tratados y convenciones supranacionales con las garantías y derechos reconocidos en la primera parte de la ley superior, queda demostrado que todas las garantías enumeradas deben formar parte de los mínimos requeridos para el debido proceso legal.

Para comprender con mejor definición como se articula el derecho a tener resuelto un proceso judicial en un *plazo razonable*, es conveniente recordar la doble lectura que tiene el artículo 18 de la Constitución Nacional, de modo tal que, por una parte deben analizarse las condiciones previstas para la seguridad personal y la defensa individual; y por otra, las garantías que en todo proceso judicial deben mantenerse vigentes.

---

[606] Gozaíni, *Tratado de Derecho Procesal Constitucional*, tomo I (Porrúa), cit., p. 190.

De este modo, una primera obligación sería respetar el derecho que tiene toda persona a tener un proceso rápido y expedito que afiance la garantía jurisdiccional de resolver los conflictos humanos con seguridad y justicia. E inmediatamente se daría lugar al derecho subjetivo de sustanciar un proceso sencillo, que evite formalidades innecesarias. Evidentemente, no hay una regla común para interpretar la idea de plazo razonable, porque ésta depende de valoraciones y circunstancias coyunturales; solo podrán existir pautas de entendimiento general con la mira puesta en el sentido común.

> Inclusive en el derecho público provincial, la Carta constitucional de la provincia de Buenos Aires establece en el artículo 15 –en su parte pertinente- que: "*...Las causas deberán decidirse en tiempo razonable. El retardo en dictar sentencia y las dilaciones indebidas cuando sean reiteradas, constituyen falta grave...*".

4.1 Derecho subjetivo a obtener sentencia en un plazo razonable

Los tratados y convenciones sobre Derechos Humanos, sumado a la interpretación jurisdiccional que de ellos realizan los tribunales supranacionales, además de la influencia que ejercen los organismos internacionales y la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, todos en conjunto, concitan un llamado a modificar la tradición conceptual del derecho de defensa, para aumentar la garantía hacia un calificación más amplia del *debido proceso.*

Este proceso no ha de ser un simple procedimiento tomado de los ordenamientos procesales, es preciso reformular el método y la ideología, con el fin de propiciar la eficacia del servicio jurisdiccional a través de un proceso sin restricciones (legitimación amplia, prueba conducente y efectiva, sentencia útil y motivada); y de lograr que el enjuiciamiento llegue en su tiempo, que no es otro que el de los intereses que las partes persiguen cuando ponen el conflicto en conocimiento de los tribunales.

> De alguna manera es una reconversión del derecho subjetivo, que conservando la noción de tutela perseguida, exige de ahora en más, que la protección (la sentencia) llegue oportunamente; es decir, cuando se necesita seguridad y certidumbre, evitando las sentencias que por el paso del tiempo pierden interés de los justiciables[607].

Se propicia trabajar los conceptos en armonía, porque de no hacerlo, cualquier infracción al derecho fundamental de simplicidad, celeridad y eficacia en los procesos, serviría para encontrar manifiesto el incumplimiento en el derecho al proceso debido; y de resultar así, bastaría con condenar al órgano judicial que infringe cualquiera de estos deberes.

Por eso, el plazo razonable no se debe confrontar únicamente con los tiempos procesales dispuestos, sino con todas las condiciones que el sistema ofrece para desarrollar adecuadamente el litigio. Además, en la idea de sencillez, brevedad y eficacia implícita, no se pueden eludir las categorías de problemas y conflictos, en la medida que es muy distinta la prioridad que merece una controversia privada respecto de una crisis constitucional; recordando al efecto que, en América, la actuación jurisdiccional cubre varios frentes que en Europa se desgranan en tribunales independientes, ejerciendo una verdadera "administración de justicia", antes que un

---

[607] Gozaíni, Osvaldo A., *Introducción al derecho procesal constitucional*, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires / Santa Fé, 2006, p. 277.

Poder auténtico como el que tiene el método difuso de actuación constitucional de los jueces americanos.

> Por eso señala Gimeno Sendra[608] que algunos países europeos no aplican internamente el citado art. 6.1, habiéndose dicho por la Comisión de Derechos Humanos que, en lo que concierne al procedimiento instruido en el recurso de amparo, se recuerda que, tratándose de la República Federal de Alemania o de Suiza, ellas han declarado que el artículo 6 párrafo primero, es inaplicable a los procedimientos de examen de los recursos de carácter constitucional. En efecto, una Corte Constitucional no se ocupa más que de los derechos fundamentales; dicho en otras palabras, ella soluciona los litigios declarando la compatibilidad con la Constitución nacional de los actos o de las medidas tomadas por los poderes públicos en el ejercicio de la potestad pública.

En suma, la primera conclusión que surge del derecho procesal transnacional, adoptado como temperamento común para idealizar un mecanismo ágil y expedito en los procesos judiciales, determina la creación de un nuevo derecho subjetivo de quienes acuden por necesidad ante los jueces requiriendo la solución de sus conflictos.

El derecho a obtener sentencia en un plazo razonable es la novedad que tiene un proceso con todas las garantías.

4.2 El plazo razonable en el sistema interamericano

La Corte Interamericana ha establecido que los Estados tienen, como parte de sus obligaciones generales, un deber positivo de garantía con respecto a los individuos sometidos a su jurisdicción. Ello supone tomar todas las medidas necesarias para remover los obstáculos que puedan existir para que los individuos puedan disfrutar de los derechos que la Convención reconoce.

Según el artículo 8.1 de la Convención "*Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable*..."

Esta disposición de la Convención consagra el derecho de acceso a la justicia. De ella se desprende que los Estados no deben interponer trabas a las personas que acudan a los jueces o tribunales en busca de que sus derechos sean determinados o protegidos. Cualquier norma o medida del orden interno que imponga costos o dificulte de cualquier otra manera el acceso de los individuos a los tribunales, y que no esté justificada por las razonables necesidades de la propia administración de justicia, debe entenderse contraria al precitado artículo 8.1 de la Convención.

El artículo 25 de la Convención establece que: *"Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales*".

El artículo 25 de la Convención también consagra el derecho de acceso a la justicia, pero lo vincula con el derecho a un proceso rápido, sencillo y eficaz, como veremos más adelante.

---

[608] Gimeno Sendra, Vicente, *Constitución y proceso*, Cívitas, Madrid, 1988, p. 99

Al analizar la norma se ha señalado el establecimiento de una obligación positiva del Estado de conceder a todas las personas bajo su jurisdicción un recurso judicial efectivo contra actos violatorios de sus derechos fundamentales. Y ha observado, además, que la garantía allí consagrada se aplica no sólo respecto de los derechos contenidos en la Convención, sino también de aquellos que estén reconocidos por la Constitución o por la ley.

> La Corte ha señalado, asimismo, en reiteradas oportunidades, que la garantía de un recurso efectivo "constituye uno de los pilares básicos, no sólo de la Convención Americana, sino del propio Estado de Derecho en una sociedad democrática en el sentido de la Convención"[609], y que para que el Estado cumpla con lo dispuesto en el artículo 25 de la Convención no basta con que los recursos existan formalmente, sino que los mismos deben tener efectividad[610], es decir, debe brindarse a la persona la posibilidad real de interponer un recurso que sea sencillo y rápido[611]. Cualquier norma o medida que impida o dificulte hacer uso del recurso de que se trata constituye una violación del derecho al acceso a la justicia, bajo la modalidad consagrada en el artículo 25 de la Convención Americana.

Este cuadro general no interpreta si la demora judicial que lleva a terminar un proceso en un plazo irrazonable constituye una parte del derecho establecido (al proceso rápido, sencillo y eficaz) o si tiene autonomía para establecer la responsabilidad del Estado cuando se constata la deficiencia temporal.

A pesar que la Convención no ha aclarado el alcance de la expresión "plazo razonable" existen muchísimos antecedentes en la jurisprudencia de órganos internacionales de acuerdo con los cuales se ha considerado, a la luz de las circunstancias particulares de cada caso, los siguientes criterios:

a) la complejidad del litigio;

b) la conducta de los demandantes y de las autoridades judiciales y,

c) la forma como se ha tramitado la etapa de instrucción del proceso[612].

> Con respecto a la *complejidad del litigio,* los delitos que se le imputan al General Gallardo son los de malversación, destrucción de lo perteneciente al Ejército y enriquecimiento ilícito. En relación a esto el Código de Justicia Militar establece en su artículo 616 que: *La instrucción se practicará a la brevedad posible, a fin de que el procesado sea juzgado antes de cuatro meses si se tratare de delitos cuya pena no exceda de dos años de prisión y antes de un año si la pena excediere de ese tiempo, salvo que solicite mayor plazo para su defensa*.

---

609. *Caso Cantoral Benavides.* Sentencia de 18 de agosto de 2000. Serie C N° 69, párr. 163. *Cfr. Caso Hilaire, Constantine y Benjamin, supra* nota 5, párr. 163; *Caso Durand y Ugarte.* Sentencia de 16 de agosto de 2000. Serie C N° 68, párr. 101; y *Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros).* Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C N° 63, párr. 234.

610. *Cfr., Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros, supra* nota 5, párr. 186; *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni, supra* nota 96, párrs. 111-113; y *Caso del Tribunal Constitucional, supra* nota 8, párr. 90.

611. *Cfr.. Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni, supra* nota 96, párr. 112; *Caso Ivcher Bronstein.* Sentencia de 6 de febrero de 2001. Serie C N° 74, párr. 134; y *Caso del Tribunal Constitucional.* Sentencia de 31 de enero de 2001. Serie C Nº 71, párr. 90. En igual sentido, *vid. Eur. Court H.R., Keenan v. the United Kingdom, Judgment of 3 April 2001*, párr. 122, 131.

612 Dictamen de la Comisión del 15 de octubre de 1996, "*General Gallardo, Jose Francisco*". Informe Nº 43/1996.

> Los delitos de malversación, de destrucción de lo perteneciente al Ejército y de enriquecimiento ilícito, son de aquellos que su pena excede de dos años de prisión, por lo que de conformidad con el citado artículo el General Gallardo ha debido ser juzgado en el lapso de un año, pues de autos no consta que éste haya solicitado mayor plazo para su defensa.
>
> La Comisión observa que la misma legislación mexicana de una manera objetiva ha establecido los parámetros de complejidad de los casos, colocando como criterio de distinción la gravedad de la pena. Sin embargo, aunque esta Comisión analizase la complejidad de los casos de manera individual, *se estima que dos años y medio sobrepasa el plazo razonable*.
>
> En relación a la *conducta de los demandantes*, en el presente caso al General Gallardo lo han tenido en todo momento en circunstancias de expectativa y de inseguridad jurídica, pues luego de haberse declarado cerrada la averiguación No. 28/89, la misma fue reabierta años más tarde e instruida la causa, y encontrándose detenido en el campo militar Nº. 1 de la Ciudad de México, se le instruyó otra, razones por las cuales se encuentra actualmente detenido. Asimismo de autos se desprende que el General Gallardo ha aportado en el curso de los procesos en mención la debida colaboración para el esclarecimiento de los mismos.
>
> Con respecto a la *conducta de las autoridades judiciales*, la Comisión considera que el comportamiento del tribunal no ha sido diligente, pues en la causa penal Nº 2949/93, instruida luego de 5 años de cometido el presunto hecho, han pasado 2 años y medio sin obtenerse una decisión, y en la causa penal Nº 2389/94, instruida encontrándose éste detenido, ha pasado un año y medio sin tampoco obtenerse alguna decisión.
>
> En consideración al último punto, es decir a la *tramitación de los litigios en la etapa de instrucción*, como ya se ha señalado en los puntos 6 y 7, la instrucción debe realizarse a la brevedad posible para que, como en este caso, el procesado sea juzgado en un plazo de un ano. *Si el plazo establecido por el Código de Justicia Militar para que se decidan las causas de este tipo es de un año, el plazo para la tramitación de la etapa de instrucción debe ser mucho menor*; sin embargo, en las últimas informaciones que ha obtenido la Comisión, consta que las dos causas por las que se encuentra procesado el General Gallardo todavía se encuentran en esta etapa. Asimismo, tampoco se ha obtenido información sobre complicaciones anormales de las causas durante su instrucción.
>
> Asimismo, el artículo 8.2 de la Convención Americana señala que "*toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presume su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad...*".
>
> En este sentido, como ya bien se ha señalado, el hecho de que se hayan abierto una cantidad considerable de averiguaciones y de causas penales, que haya existido una sucesión de juicios seguida a una declaración de inocencia, que los mismos afecten a una misma persona, que esa persona haya sido absuelta en todas las causas que hasta el momento se han decidido, y que actualmente se encuentre detenido, hace presumir a la Comisión que se ha violado el derecho a la presunción de inocencia del General Gallardo, mediante la utilización de los órganos de la justicia militar.
>
> En conclusión, la Comisión consideró que al General José Francisco Gallardo se le habían violado los derechos a las garantías y a la protección judicial estipulados en los artículos 8 y 25 de la Convención Americana.

Conviene sintetizar las opiniones e informes de la Comisión IDH, y otros organismos con jurisdicción supraestatal para observar cómo se dan los cambios en las exigencias temporales del debido proceso.

El punto inicial fue adoptar como criterio general, el establecimiento de un derecho subjetivo a tener sentencia en un plazo razonable; y para ello, al contemplar los casos penales que fueron considerados, se dijo que el proceso penal debe quedar librado de dilaciones indebidas.

El 1º de marzo de 1996, la Comisión emitió un informe relacionado con la República Argentina, donde se resuelve un caso que versa sobre la interpretación de varias disposiciones de la Convención.

En primer lugar, se establece qué supone "*ser juzgado dentro de un plazo razonable*", en el contexto del artículo 7.5 de la Convención. En particular, si en el caso, la privación de libertad prolongada sin condena dejó de ser razonable. Otra cuestión fue determinar si dicha privación de libertad, más allá de un plazo razonable, es o no una violación del principio de presunción de inocencia recogido en el artículo 8.2. Asimismo, la Comisión estimó si la detención prolongada del señor *Gimenez* vulneró también su derecho a un juicio dentro de un plazo razonable conforme el artículo 8.1 de dicha Convención.

Con dicho encuadre, estudió las disposiciones procesales internas y, en particular, el artículo 701 del Código de Procedimientos en Materia Penal, que previene que *todas las causas deben terminarse completamente dentro de los dos años; pero no tuvo en cuenta las demoras resultantes de las peticiones de las partes, los procedimientos relacionados con oficios o cartas rogatorias, declaraciones de testigos o expertos u otros trámites necesarios* cuya duración no dependiera de la actividad del juzgado.

> El Gobierno argumentó que el término de dos años que estipulan los artículos 379.6 y 701 constituyó la base para "un plazo razonable" que guarda relación con las garantías establecidas en el artículo 7.5 de la Convención. Sin embargo, se le dijo que dichas leyes no podían tener una interpretación que llevara al uso de la palabra "podrá" como una consagración de facultades judiciales antes que constituir una verdadera obligación de conceder la libertad a un acusado que está bajo prisión preventiva.
>
> Por tanto, la denegación de la excarcelación en la creencia del Estado era un espacio discrecional del juez, que se revierte con la opinión que emana de la Comisión.

En definitiva, se establece que no se puede constituir en forma abstracta el "plazo razonable" de prisión sin condena y, por lo tanto, contradice el punto de vista expresado por el Gobierno de que el plazo de 2 años que estipula el artículo 379.6 encierra un criterio de razonabilidad que guarda relación con las garantías que ofrece el artículo 7.5 de la Convención.

> Agrega diciendo que, no se puede juzgar que un plazo de detención preventiva sea "razonable" *per se*, solamente basándose en lo que prescribe la ley. Por lo tanto, la Comisión, para llegar a una conclusión en este caso sobre la compatibilidad o falta de compatibilidad de la detención sin condena con lo estipulado en la Convención, debe determinar qué se entiende por "plazo razonable" de prisión sin fallo de culpabilidad de conformidad con lo dispuesto en el artículo 7.5 de la Convención.

La Comisión ha mantenido siempre que para determinar si una detención es razonable, se debe hacer, inevitablemente, un análisis de cada caso. Sin embargo, esto no excluye la posibilidad de que se establezca una norma que determine un plazo general más allá del cual la detención sea considerada ilegítima *prima facie*, independientemente de la naturaleza del delito que se impute al acusado o de la complejidad del caso. Esta acción sería congruente con el principio de presunción de inocencia y con todos los otros derechos asociados al debido proceso legal.

> Aunque la Comisión concuerda con el Gobierno que el artículo 701 del Código de Procedimientos en Materia Penal no implica necesariamente una excarcelación automática cuando se trata de detención preventiva, cualquier detención preventiva que se prolongue más allá del plazo estipulado debe ser considerada ilegítima *prima facie*. Esto guarda

> relación con el razonamiento de que la interpretación de una norma que autoriza la excarcelación de un prisionero no puede conducir a una detención sin sentencia más prolongada que el plazo considerado razonable en el Código de Procedimientos para todo el proceso judicial[613].

Finalmente quedó dicho que, el interés del Estado en resolver presuntos casos penales no puede contravenir la restricción razonable de los derechos fundamentales de una persona. Esta preocupación -menciona el informe- está presente en la legislación Argentina que regula los límites en los plazos de los procesos penales. En este sentido, es esencial tomar nota de que la detención preventiva se aplica sólo en casos excepcionales y que su duración se debe examinar a fondo, especialmente cuando el plazo es superior al límite que estipula la ley para todo el proceso penal. La detención sin condena puede no ser razonable aunque no exceda dos años; al mismo tiempo, dicha detención puede ser razonable aún después de cumplido el límite de dos años que estipulan los artículos 379.6 y 701.

De lo anterior se desprenden dos conceptos importantes en lo referente al problema del "plazo razonable": *primero*, que no es posible establecer un criterio *in abstracto* de este plazo, sino que éste se fijará en cada caso vistas y valoradas las circunstancias del artículo 380.

En este alcance la Comisión acoge el punto de vista de que el Estado Parte aludido "no está obligado (por la Convención) a fijar un plazo válido para todos los casos con independencia de las circunstancias". Este punto de vista es también el de la Corte Europea.

Más o menos sobre la misma base fáctica, ya se había establecido una pauta distinta, porque en el caso de *Mario Eduardo Firmenich* consideró la situación del Estado en lugar del cómputo mecánico de los plazos. Se dijo allí que la libertad no puede ser concedida sobre el plano de una simple consideración cronológica de años, meses y días. Así se ha explicitado también la Corte Europea, quedando el concepto de "plazo razonable" sujeto a la apreciación de "la gravedad de la infracción", en cuanto a los efectos de establecer si la detención ha dejado de ser razonable[614].

Tiempo después, se afirmó que la protección judicial que reconoce la Convención comprende el derecho a procedimientos justos, imparciales y rápidos, que brinden la posibilidad, pero nunca la garantía de un resultado favorable. En sí mismo, un resultado negativo emanado de un juicio justo no constituye una violación de la Convención[615].

La conclusión que precede tiene una gravitante trascendencia porque limita el cuadro de intervención y fija la competencia de revisión que ejerce. En este aspecto, repite en el informe citado que […]

> En las sociedades democráticas, en que los tribunales funcionan en el marco de un sistema de organización de los poderes públicos establecido por la Constitución y la legislación interna, corresponde a los tribunales competentes considerar los asuntos que ante ellos se plantean. Cuando es evidente que ha existido la violación de uno de los derechos protegidos por la Convención, la Comisión tiene competencia para entender en el caso.

---

[613] Asunto *Jorge A. Gimenez c/ Argentina*; dictamen de la Comisión; 1º de marzo de 1996.

[614] Comisión IDH, informe del 13 de abril de 1989, en "*Firmenich, Mario*".

[615] Comisión IDH, informe del 15 de octubre de 1996, en "*Marzioni c/ Argentina*"

Por eso, la Comisión está plenamente facultada para intervenir con respecto a supuestas irregularidades de los procedimientos judiciales internos que den lugar a manifiestas violaciones del debido proceso o de cualquiera de los derechos protegidos por la Convención. Esa práctica ha sido explicada del modo siguiente […]:

> "No obstante, cuando la Comisión declara que una petición es manifiestamente infundada, en realidad se pronuncia sobre el fondo del asunto, basándose en un examen *prima facie* de los hechos aducidos y del fundamento de derecho expresado. Por otra parte, quienes elaboraron la Convención procuraron, de hecho, conferir a la Comisión la función de tamiz del gran número de peticiones que se preveía. La competencia de la Comisión de desestimar las peticiones manifiestamente infundadas, a los efectos de no seguir tramitándolas, parecería congruente con ese objetivo de economía procesal"[616].

En definitiva, un análisis de cualquier denuncia por parte de la Comisión, y una ulterior decisión sobre el fondo del caso, requerirían que la misma actuara como una cuarta instancia cuasi-judicial, o tribunal de alzada de derecho interno, con respecto a la sentencia definitiva dictada por las autoridades judiciales argentinas; lo que se considera improcedente cuando no se advierten violaciones a los derechos humanos, entre los que se considera, el derecho al debido proceso.

Como se aprecia, en estos primeros tiempos de aplicación, no existieron pautas directas para tener un cierto *plazo razonable,* los que veremos progresivamente más adelante con la jurisprudencia interamericana en desarrollo. En cambio, se fijaron estándares que aun continúan sobre el concepto de *dilaciones indebidas* en el proceso penal.

4.3 El plazo razonable en la actual jurisprudencia de la Corte IDH

Un caso testigo de la evolución jurisprudencial que tiene la garantía de plazo razonable en la terminación y sustanciación de los procesos es de Argentina. El caso *Mémoli* comienza en diciembre del año 1997 y después de quince (15) años aún no se había dictado sentencia de primera instancia. Asimismo, desde antes del inicio de dicho proceso, pesaba sobre los señores Mémoli una medida cautelar de inhibición general para enajenar y gravar bienes con el fin de garantizar el eventual pago que resultara del proceso civil, por lo cual dichas medidas han estado vigentes por casi veinte (20) años.

La denuncia que la Comisión IDH encontró admisible, razón sobre el principio general que indica que todos los órganos que ejerzan funciones de naturaleza materialmente jurisdiccional, sean penales o no, tienen el deber de adoptar decisiones justas y en un plazo razonable, basadas en el respeto pleno a las garantías del debido proceso establecidas en el artículo 8 de la Convención Americana[617].

La particularidad del *Caso Mémoli* a diferencia de otros donde el tribunal internacional había construido jurisprudencia, resulta que el Estado no es parte en el proceso judicial y las presuntas víctimas son la parte demandada y no la parte accionante del mismo, por lo cual la tarea de interpretar la garantía debía ser estudiada en el marco del conflicto entre dos personas particulares.

---

[616] Ibídem.

[617] Cfr. *Caso Ivcher Bronstein vs. Perú*, supra, párr. 104, y *Caso López Mendoza vs. Venezuela*, supra, párr. 111.

El tema no involucra el acceso a la justicia, sino la falta de razonabilidad en el plazo de tramitación que constituye, en principio, por sí misma, una violación de las garantías judiciales[618], teniendo en cuenta que el tiempo se debe apreciar en relación con la duración total del procedimiento que se desarrolla hasta que se dicta la sentencia definitiva[619].

Los elementos usualmente considerados[620] tuvieron que replantearse en este caso, porqué después de quince (15) años el proceso no mostraba evolución. El tribunal va a reconocer que la cantidad de recursos intentados por las partes pudo haber dificultado el trabajo de las autoridades judiciales a cargo del caso. Sin embargo, la Corte considera que la naturaleza del proceso civil no involucra aspectos o debates jurídicos o probatorios que permitan considerar que el mismo es *per se* complejo.

De hecho, señala que el proceso es de trámite sumario (cfr. art. 320 del Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires), es decir, que el proceso bajo el cual se tramita la causa de los señores Mémoli es un proceso simplificado en el ámbito civil, por lo que, en principio, no tiene ningún trámite o naturaleza especial que lo haga particularmente complejo.

> Sin perjuicio de lo anterior, la Corte destaca que los retrasos causados por las acciones u omisiones de cualquiera de las dos partes se deben tomar en cuenta al analizar si el proceso ha sido llevado a cabo en un plazo razonable. Al respecto, el principal alegato del Estado consiste en que la dilación del proceso civil se debe a la cantidad de recursos judiciales interpuestos por las partes en el mismo. En este sentido, se constata que, entre ambas partes, se interpusieron más de treinta (30) recursos y coincide con el Estado en que los recursos interpuestos por las partes en el proceso civil han contribuido a complejizar el proceso e influido en su prolongación[621].
>
> No obstante, se destaca que las partes en dicho proceso, entre ellas las presuntas víctimas en este caso, estaban haciendo uso de medios de impugnación reconocidos por la legislación aplicable para la defensa de sus intereses en el proceso civil, lo cual *per se* no puede ser utilizado en su contra[622]. La Corte considera que la interposición de recursos constituye un factor objetivo, que no debe ser atribuido al Estado demandado, y que debe ser tomado en cuenta al determinar si la duración del procedimiento excedió el plazo razonable[623].

---

[618] Cfr. *Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros vs. Trinidad y Tobago. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 21 de junio de 2002. Serie C Nº 94, párr. 145, y *Caso García y familiares vs. Guatemala*, supra, párr. 152.

[619] Cfr. *Caso Suárez Rosero vs. Ecuador. Fondo*. Sentencia de 12 de noviembre de 1997. Serie C Nº 35, párr. 71, y *Caso García y familiares vs. Guatemala, supra*, párr. 152.

[620] Para determinar la razonabilidad del plazo del proceso judicial se toma en cuenta: a) complejidad del asunto; b) actividad procesal del interesado; c) conducta de las autoridades judiciales y d) afectación generada en la situación jurídica de la persona involucrada en el proceso.

[621] En este sentido, ver TEDH, *Stoidis vs. Grecia,* no. 46407/99, § 18, 17 de mayo de 2001.

[622] *Mutatis mutandi, Caso Genie Lacayo vs. Nicaragua. Fondo, Reparaciones y Costas, supra*, párr. 79. Véase también, TEDH, *Kolomiyets vs. Rusia*, no. 76835/01, § 29, 22 de febrero de 2007, y *Eckle Vs.* Alemania, no. 8130/78, § 82, 15 de julio de 1982, Serie A nº 51.

[623] Cfr. TEDH, *Eckle vs. Alemania*, no. 8130/78, § 82, 15 de julio de 1982, Serie A N° 51; *Poiss vs. Austria*, nº 9816/82, § 57, 23 de abril de 1987, Serie A Nº 117, y *Wiesinger vs. Austria*, no. 11796/8, § 56, 30 de octubre de 1991, Serie A Nº 213.

Donde se comienzan a insinuar nuevos factores o estándares es sobre quienes son los responsables de la duracion del litigio, tal como formulamos con anterioridad el tema de la pertenencia del proceso.

Dicho en otros términos, si el juicio solo interesa a las partes son éstas quienes disponen de los tiempos; pero si le dejamos al juez la dirección, pues el Etado asume una responsabilidad directa sobre la finalización dentro de un plazo razonable.

Esta es la idea que tiene la Corte cuando recuerda que es el Estado, a través de sus autoridades judiciales, quien debe conducir el proceso, manteniendo la igualdad de las partes en el proceso, vigilando que la tramitación de la causa procure la mayor economía procesal y evitando la paralización del proceso.

Por eso, cuando constata la existencia de varios períodos de inactividad en el proceso civil que son enteramente atribuibles a las autoridades judiciales y que habían estado sancionadas por los órganos jerárquicos de revisión, encuentra que existe una falta de debida diligencia por parte de las autoridades que no es cuantificable en una demora específica de tiempo, pero que sin duda contribuyó a la dilación en el procedimiento[624].

> La Corte advierte que los constantes recursos interpuestos por las partes del proceso pueden generar cierta confusión en su tramitación, no obstante, al ser el juez el director del proceso, debe asegurar la tramitación correcta de los mismos. Adicionalmente, la Corte resalta que en el proceso aún está pendiente la producción de prueba, a pesar que dicha etapa procesal fue abierta el 18 de septiembre de 2003 por veinte (20) días.

Un tema tangencial, pero relevante, se observa cuando la Corte IDH da cuenta del impacto que tiene la medida cautelar de inhibición que pesa sobre las presuntas víctimas por más diecisiete (17) años[625]. En suma, la duración prolongada del proceso, en principio de naturaleza sumaria, unida a la inhibición general de bienes ha significado una afectación desproporcionada al derecho a la propiedad privada de los señores Mémoli y ha llevado a que las medidas cautelares se conviertan en medidas punitivas.

> La Corte destaca que, inclusive si las presuntas víctimas hubieran podido ofrecer los bienes suficientes para que la medida cautelar decretada se sustituyera por otra, ello no significa que la imposición de tales medidas por más de diecisiete (17) años en el presente caso hubiera sido proporcional. En este sentido, la demora en la obtención de una sentencia definitiva en el proceso de daños y perjuicios ha prolongado la duración de la medida cautelar y ha afectado el derecho a la propiedad privada de las presuntas víctimas. Adicionalmente advierte que luego de haber sido condenados en la jurisdicción penal, las presuntas víctimas han estado sometidos por más de quince (15) años a la amenaza de ser condenados por los mismos

---

[624] Véase, por ejemplo: (i) las devoluciones del expediente durante la primera etapa del proceso por parte de la Cámara de Apelaciones para que el juzgado de primera instancia resolviese otros recursos que tenía pendiente (*supra* párr. 96), y (ii) el dar por contestado "en tiempo y en forma" la respuesta de 17 de marzo de 1999 de una solicitud de nulidad de 3 de abril de 1998, a la cual se le había dado traslado por cinco días el 10 de julio de 1998. *Cfr.* Escrito de 3 de abril de 1998 (expediente de anexos a la contestación, Anexo 1, folios 1891 a 1893); escrito de 17 de marzo de 1999 (expediente de anexos a la contestación, Anexo 1, folios 1937 a 1944), y resolución de 6 de abril de 1999 (expediente de anexos a la contestación, Anexo 1, folios 1945).

[625] Dicha medida fue primero decretada en el marco del proceso penal con el fin de resguardar la posibilidad de un eventual proceso por daños y perjuicios. En el 2001 la medida fue levantada en el marco del proceso penal y un mes y medio después nuevamente fueron decretadas nuevas medidas, ahora en el marco del proceso civil. Desde ese momento las medidas ha seguido vigentes hasta la fecha. Dichas medidas han sido reinscritas en dos oportunidades. La Corte no cuenta con información sobre si en algún momento entre dichas reinscripciones las medidas han dejado de estar vigentes.

> hechos en el ámbito civil y, en consecuencia, a ser obligados a pagar todo, o al menos parte, del monto demandado por los demandantes por daños y perjuicios (en su momento el equivalente a noventa mil dólares de los Estados Unidos de América), más las costas de dicho proceso.

Todo esto demuestra que las autoridades judiciales a cargo no actuaron con la debida diligencia y el deber de celeridad que exigía los derechos e intereses en juego. En definitiva, para la Corte la duración por más de quince (15) años de un proceso civil de daños y perjuicios de naturaleza sumaria, fundamentado en una sentencia penal por un delito de injurias, aunado a la vigencia durante todo ese tiempo de una inhibición general de enajenar y gravar bienes, sobrepasa excesivamente el plazo que pudiera considerarse razonable para que el Estado resolviese un caso de esta naturaleza y afecta, de una manera desproporcionada, el derecho a la propiedad, sosteniendo así que el Estado violó el principio del plazo razonable[626].

La duración del proceso penal tiene estándares mejor definidos en razón de que hay contingencias procesales que se analizan en forma particular. Por ejemplo: a) la duración del tiempo de investigación; b) la diligencia que tiene el curso de la pesquisa; c) el tiempo que tiene la pérdida de libertad mientras no existe acusación formal; d) la proporcionalidad de la pena; e) limitaciones procesales al ejercicio efectivo del derecho de defensa, f) la imposibilidad de impugnar la pena impuesta; entre otros supuestos.

Estos parámetros van a ser interpretados en el caso *"Tarazona Arrieta vs. Perú"*[627], dando un paso más sobre los contenidos del plazo razonable en la duración total del proceso, incluido en el caso, la etapa de ejecución de la sentencia judicial puesto que la reparación civil surge como parte del proceso penal al cual fue sometido el autor de los hechos[628].

> En el presente caso, la Corte constata que la duración total del procedimiento penal seguido en contra de Evangelista Pinedo fue de aproximadamente 16 años y 2 meses, computado entre el primer acto de procedimiento, el 2 de noviembre de 1994, y la ejecución de la sentencia condenatoria en firme el 6 de enero de 2011. El Tribunal constata que durante este período, el proceso penal estuvo archivado por más de 7 años y 4 meses, entre el 11 de septiembre de 1995 y 21 de enero de 2003.

En el caso, la Corte IDH advierte que el plazo razonable se mide globalmente pero también por el tiempo que insume cada etapa procesal. Las fases del procedimiento tienen atención preferente.

En efecto, a los cuatro criterios ya señalados, pero que a los fines de memorizarlos se reiteran, la Corte propone nuevos criterios. De manera repetida toma en cuenta cuatro elementos para determinar la razonabilidad del plazo: i) complejidad del asunto; ii) actividad procesal del interesado; iii) conducta de las autoridades

---

[626] *Caso Mémoli vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas***.** Sentencia de 22 de agosto de 2013. Serie C Nº 265, párr. 183.

[627] *Caso Tarazona Arrieta y otros vs. Perú*. *Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 15 de octubre de 2014. Serie C Nº 286, párrs. 98 y ss.

[628] *Cfr. Caso Furlán y Familiares Vs. Argentina*, párr. 151. Sobre el presente caso, ver: Sentencia emitida por la Sala Penal Nacional en el expediente N° 13-06 el 23 de julio de 2008 (expediente de prueba, folios 55 a 65).

judiciales, y iv) afectación generada en la situación jurídica de la persona involucrada en el proceso[629].

El primero es objetivo y de cierta facilidad para determinar; el segundo es verificable para comprobar el impulso procesal y el interés evidenciado para alcanzar un resultado definitivo; el tercero tiene connotaciones especiales que se relacionan con: i) el tiempo de la instrucción; ii) la determinación del juez interviniente; iii) en varias oportunidades el fiscal solicitó ampliaciones de los plazos para efectuar diligencias de investigación, los cuales fueron otorgadas salvo en una ocasión; iv) el archivo del caso por la aplicación de la Ley de Amnistía, que dilató por un período aproximado de siete (7) años el desarrollo del proceso; v) la captura efectiva del responsable, y vi) sobre el tiempo transcurrido para hacer efectivo el pago de las reparaciones. El último es de carácter subjetivo y depende de apreciaciones personales.

Lo que interesa ver es el análisis de cada etapa […]

> En conclusión, la Corte considera que, respecto del primer período que transcurrió entre la instrucción penal y el archivamiento del caso, el Estado no ha violado el plazo razonable con referencia al análisis de los elementos anteriormente realizado. En relación con el segundo período que transcurrió durante el archivo del caso, este Tribunal establece que el Estado ha violado el plazo razonable, incluyendo el período que transcurrió entre la solicitud de "desarchivamiento" y la reapertura del caso. Durante este período, se liberó al entonces presunto responsable de los hechos y no se efectuó ninguna diligencia en razón de que el caso estuvo archivado por más de siete años en aplicación de la Ley de Amnistía, la cual posteriormente fue dejada sin efecto por el tribunal interno. Finalmente, respecto del tercer período que transcurrió entre la reapertura del caso y el pago por el Estado de las reparaciones en ejecución de la sentencia condenatoria, la Corte establece que en este período de ocho (8) años aproximadamente, en que además fueron otorgadas varias ampliaciones de plazos procesales, las actuaciones de las autoridades superaron los límites del plazo razonable, por lo que el Estado ha violado dicho principio respecto de este período. Por tanto, el Tribunal encuentra que se violó el principio del plazo razonable del proceso penal interno […][630].

El estándar del tiempo global va de la mano con la complejidad del asunto, pero eso no cambia el parámetro del paso del tiempo y su incidencia relevante en la situación jurídica del individuo, de modo que sea posible evidenciar que la diligencia puesta por las partes sea confrontado con los hechos y el derecho aplicable. Es decir que el estándar señala: *con más diligencia el caso se resuelve en un tiempo breve*[631].

4.4 El plazo razonable en el discurso Europeo

Esto último no es un detalle, porque son demasiados los estudios que reproducen ideas traídas desde el viejo continente, sin advertir nuestras particularidades e idiosincrasias. Concretamente, el "plazo razonable" y las "dilaciones indebidas", son

---

[629] Cfr. *Caso Valle Jaramillo y otros vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 27 de noviembre de 2008. Serie C Nº 192, párr. 155, y *Caso Hermanos Landaeta Mejías y otros vs. Venezuela. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 27 de agosto de 2014. Serie C Nº 281, párr. 246.

[630] *Caso Tarazona Arrieta y otros vs. Perú* , párr. 122

[631] Cfr. *Caso Valle Jaramillo y otros vs. Colombia*, párr. 155, y *Caso Kawas Fernández vs. Honduras*, párr. 115. *Caso Argüelles y otros vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas***.** Sentencia de 20 de noviembre de 2014. Serie C Nº 288.

temas resueltos en la dimensión del proceso penal, o del contencioso administrativo, principalmente, aun reconociendo sus proyecciones a la jurisdicción ordinaria y constitucional.

Pero lo cierto es que en Europa hay varias jurisdicciones claras y concretas que actúan diferente respecto de nuestros jueces de América; allí la justicia administrativa, comunitaria, constitucional y ordinaria tienen independencia recíproca, no comulgan con el mismo procedimiento; mientras que nuestro país, por ejemplo, aplica el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación para resolver el mismo tipo de cuestiones litigiosas sin diferenciar la magnitud o dimensión de los problemas.

> Bien apunta Gimeno Sendra[632] que, ciertamente, cuando las dilaciones indebidas inciden sobre el derecho a la libertad, el celo del juzgador a la hora de reparar dicho derecho ha de ser mucho mayor, puesto que, tal y como declara el propio Tribunal Constitucional, "cuando se juzga en materia penal o desde otro orden, en materia de derechos a los que el constituyente ha asignado una preferencia, la idea de plazo razonable tiene otros componentes y otras exigencias. Mientras un proceso, más allá de ciertos límites temporales, puede generar un rechazo claro cuando se trata de materia penal, no lo es cuando la demora se da en otras materias".

El plazo razonable se comprende en Europa a partir de las dilaciones indebidas. La Corte Europea de Derechos Humanos (CEDH), originó una amplia cobertura jurisprudencial que interpreta el art. 6.1 de la Convención, habiendo dictado más de un centenar de sentencias.

Hay que observar que estos pronunciamientos analizan la garantía del plazo razonable en el contexto de los tribunales administrativos y judiciales nacionales, y pensando inclusive, en que el mismo procedimiento ante el tribunal debía ser simplificado a tono con las exigencias que a los demás se recomendó.

> En lo que respecta al debido proceso legal, el art. 6.1 citado sostiene *que toda persona tiene derecho a que su causa sea vista equitativa y públicamente en un plazo razonable, por un tribunal independiente e imparcial establecido por la ley, que decidirá sea sobre sus derechos y obligaciones civiles, sea sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella*
>
> Entre ellos, los más resonados fueron los casos *König* del 28 de Junio de 1978[633], *Buchholz* del 6 de mayo de 1981, *Zimmermann y Steiner*[634] del 13 de julio de 1983 y *Baraona*[635] del 8 de julio de 1987, por tomar solo algunos. El caso *König* fallado por el Tribunal de Estrasburgo (CEDH) pone en claro que el carácter razonable de la duración de un procedimiento debe aplicarse en cada caso y de acuerdo con sus circunstancias a cuyo fin se toman como pautas la complejidad del asunto, el comportamiento del demandante y la manera en que el problema fue llevado por las autoridades administrativas y judiciales.

El primer aspecto se mide en relación con la mayor o menor sencillez del tema conflictivo, de manera que la dificultad para el esclarecimiento depende del tipo de asunto a considerar.

Estos inconvenientes pueden asentar en la complejidad de la prueba; en la imposibilidad de practicar notificaciones personales imprescindibles; en cuestiones

---

[632] Gimeno Sendra, ob. cit., p. 88.

[633] CEDH, Serie A nº 27 - Serie A Nº 42.

[634] Serie A Nº 66.

[635] Serie A Nº 122.

prejudiciales que dejan latente la continuidad de las actuaciones, etc. Sin embargo, como se comprenderá, estas son contingencias procesales que no alteran el conocimiento jurisdiccional, porque se trata de dilaciones probables y no de demoras injustificadas. Por eso, la precisión se busca a partir del complejo mundo de situaciones que el juez debe resolver.

La conducta procesal de las partes se confronta en su comportamiento activo y pasivo. Es decir, en las maniobras utilizadas para dilatar sin causa el procedimiento, obligando a demoras inusitadas; o a través de alegaciones inconducentes que evidencian la conciencia de obrar sin derecho.

> El caso König se refiere a la situación de un médico que, sancionado disciplinariamente por el colegio profesional al que pertenece (faltas éticas), tuvo como consecuencia la condena impuesta por un tribunal administrativo de Alemania retirándole la autorización para funcionar de la clínica que le pertenecía.
>
> Se recurren ambas resoluciones en 1967 y 1971 respectivamente, para llegar a la CEDH denunciando la excesiva duración del procedimiento. En 1978, se dicta sentencia y se reconoce la dilación indebida al encontrar injustificada la suspensión del trámite por espacio de 21 meses, entre otros aspectos.

Esta forma de prolongar sin razones puede castigarse en la misma sede jurisdiccional por las medidas sancionatorias a la conducta desleal y artera o temeraria y maliciosa. No obstante, la pasividad de los jueces que con su tolerancia propician el descontrol, admiten prever el supuesto de procesos demorados a causa del tribunal.

En efecto, la disposición puesta a nivel constitucional pretende conseguir la eficacia del servicio jurisdiccional de manera que las demoras inusuales injustificadas puedan generar responsabilidades civiles, esto es, pretensiones indemnizatorias que reparen el daño efectivamente adquirido por la tardanza del tribunal.

> En palabras de Gimeno Sendra, "conviene remarcar aquí que, si bien el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas ofrece un marcado carácter instrumental con el derecho a la tutela, por cuanto el exceso de tiempo puede producir una satisfacción platónica a las partes litigantes, tampoco es menos cierto que el derecho fundamental del artículo 24.2 constituye un derecho autónomo y distinto al de la tutela, cuya infracción ha de ocasionar el nacimiento de la oportuna pretensión de resarcimiento"[636].

En el caso "*Buchholz*" se dijo que el plazo razonable se mide en proporción con el entorpecimiento pasajero de las tareas que el tribunal debe remediar con la presteza debida.

> En esta causa el problema que se trataba era el reclamo que hizo el actor por la larga tramitación que tuvo el procedimiento judicial seguido ante los tribunales laborales de Alemania, a raíz del despido que padeció. Si bien las demoras eran, esencialmente, de la segunda instancia, se estimó que en gran medida ellas fueron producto de determinadas cuestiones que el mismo demandante había propuesto. Además, el Tribunal de Estrasburgo expresó en su sentencia que no se podía olvidar que las demoras procedimentales sucedieron en un período durante el cual la República citada estaba inmersa en una aguda crisis económica que había aumentado notablemente el volumen de conflictividad.

Si las demoras provienen de sucesivos requerimientos del interesado, la dilación injustificada se torna con causa, de manera que aunque transcurra un tiempo demasiado prolongado hasta llegar a la sentencia definitiva, no se puede descartar que en ese tránsito procesal fatigoso y pausado ha tenido seria influencia la conducta de la parte.

---

[636] Gimeno Sendra, ob. cit., p. 90.

Uno de los precedentes más renombrados fue "*Zimmermann y Steiner*", donde estos dos ciudadanos de Suiza demandan al Estado a consecuencia de las demoras sufridas en el proceso que habían entablado contra el Cantón de Zurich, reclamando indemnización por los daños y perjuicios que les provocaba el ruido y la polución del aire como consecuencia del tráfico del aeropuerto cercano a sus respectivos domicilios.

En ese expediente, al no poderse llegar a un acuerdo amistoso, las autoridades resolvieron someter las propiedades de los demandantes a un procedimiento de estimación de valores con el fin de expropiarlos. De todos modos, tras una larga tramitación, se decidió que la pretensión era de contenido moral y no material, de manera que no era procedente aplicar la ley federal de expropiación.

> Estas actuaciones se suscitaron ante jueces con jurisdicción administrativa, y el recurso se articuló ante el Tribunal Federal, que al conocer de la queja, sostuvo que "según las estadísticas facilitadas por el gobierno, de 1969 a 1979, el número total de recursos pasó de 1.629 a 3.037, es decir que el aumento fue del 86 por ciento. La tasa de crecimiento supone el 107 por ciento para los recursos de derecho público (1.336 contra 634), y alcanza incluso al 318 por ciento para los de derecho administrativo (590 contra 141)".

Con este argumento pretendió solapar las lentitud procesal.

La CEDH terminó por resolver que si el propio tribunal federal había tomado medidas de orden práctico para hacer frente a la situación que lo abrumaba, debía considerarse ese gesto de voluntad.

Por ello, si estaban convencidos de que la tramitación de los litigios por orden cronológico produciría injusticias graves, adoptando en su lugar el temperamento o sistema denominado "*triage*" o "*sorting*", fundado en el grado de urgencia y en las implicancias de cada asunto, podían tener un fundamento contrario al que se les denunciaba.

> No obstante, en el fallo del 13 de Julio de 1983 se fijan los criterios para encontrar dilaciones indebidas. De este modo se analiza: a) *la complejidad del asunto*, diciendo que el mismo Estado había reconocido que el problema no era complejo; b) *la conducta de los demandantes*, que demostraba su falta de participación en las causas que motivaron las demoras, y c) *la conducta de las autoridades Suizas*, donde si bien se había invocado el precedente Buchholz para excusar responsabilidades, la diferencia era manifiesta, pues mientras en aquél el tránsito por varias instancias indicaba un devenir apropiado aunque lento, en el presente solamente había un largo y único período de completa pasividad que no encontraba justificación por circunstancias excepcionales.

Finalmente, la cita estadística aun cuando fue considerada, se advirtió que existía inacción del tribunal para revertir ese cuadro que, antes que afectar al proceso en sí mismo, provocaba una clara afectación en la estructura judicial.

El caso "*Baraona*" se dio la misma extensión de plazos, con la diferencia que esta vez el alongamiento se produce por las reiteradas peticiones del Ministerio Público en pos de lograr ampliaciones de tiempo para cumplir determinadas diligencias procesales.

La CEDH sostiene que, aun cuando la legislación interna permita al Estado demandar una prórroga de plazos, no excluye su responsabilidad por los retardos resultantes, ya que hubiese podido renunciar a solicitar esas prórrogas o el juez, rechazarlas.

> Por eso, dice Albanese[637] que, cuando los diversos órganos que componen el Estado no asumen su nivel de responsabilidad y, por ejemplo, no aplican la jurisprudencia de los tribunales internacionales competentes, provocan con su accionar el desarrollo del procedimiento internacional correspondiente, con todas las consecuencias que ello implica para el Estado denunciado, donde la reparación es solo una de las fases que debe ser considerada.

5. El derecho al proceso rápido, expedito y eficaz

La influencia de los Pactos y Convenciones, sumado a lo dispuesto en los arts. 18, 43 y 75.22 de nuestra Constitución Nacional, proponen un nuevo cuadro de situación en la interpretación de los alcances que tiene la noción de "debido proceso".

El derecho que tiene toda persona para ser oída *dentro de un plazo razonable*, que establece el denominado *Pacto de San José* es más amplio y menos restrictivo que el *Pacto de Derechos Civiles y Políticos* (art. 14 inciso 3º, *c*) que solamente tiene en cuenta al proceso penal para la obligación de resolver sin dilaciones indebidas.

La renovación constitucional Argentina surgida en el año 1994, trajo un emplazamiento distinto al concepto de celeridad del trámite judicial, cuando el art. 43 dispone que *toda persona tiene derecho a un proceso rápido y expedito.*

Esa obligación fundamental de actuar en tiempo y oportunamente, se acentúa en los procesos constitucionales, pero supone, además, incorporar a todo proceso el valor de la *tutela judicial efectiva*.

> Coincide con la reflexión, el fallo dictado por el Tribunal Constitucional español en la causa *"Ruiz-Mateos c. España*" comentado por Víctor Fairén Guillén[638], donde destaca que, en los procesos constitucionales, el deber de obrar con rapidez es mayor, sin que se justifiquen las demoras posibles, por el carácter incidental, o prejudicial que tengan este tipo de actuaciones.

En suma, el resultado de un proceso, sea para otorgar una satisfacción jurídica a las partes, o para cumplimentar el deber jurisdiccional de resolver los conflictos intersubjetivos, debe ser pronunciado en un lapso de tiempo compatible con la naturaleza del objeto litigioso y de las circunstancias que rodean al caso; en caso contrario, la tutela judicial sería ilusoria, haciendo cierto el aforismo que dice "*injusta la sentencia que juzga cuando ya no debe juzgar*".

De alguna manera, nuestro artículo 43 refresca los alcances del art. 24.2 de la Constitución española, estableciendo el derecho a la tutela judicial efectiva (nuestro derecho de amparo) aplicable en todo tipo de procesos.

> Por tanto –afirma Vallespín Pérez-, frente a aquellos autores que consideran que el art. 24.2 de la Constitución supone la especificación de una serie de derechos que no son más que concreciones o manifestaciones del derecho a la tutela judicial efectiva; cabe entender que los derechos del segundo párrafo de este precepto, entre ellos el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, forman parte del contenido propio del derecho a un proceso con todas las garantías[639].

---

[637] Albanese, Susana, *Garantías Judiciales*, Ediar, Buenos Aires, 2000, ps. 11 y ss.

[638] Fairén Guillén, ob. cit., p. 78.

[639] Vallespín Pérez, ob. cit., p. 271.

Este concepto, articulado con el resto de los Tratados y Convenciones que se agregan como derechos fundamentales a nuestra Constitución nacional (art. 75 inciso 22) generan un nuevo marco al debido proceso: *el derecho a un proceso rápido, sencillo y eficaz*.

5.1 Proceso rápido y dilaciones indebidas

El problema de la *rapidez* que ha de lograr un proceso se asocia con las *dilaciones indebidas* para definir la garantía a la seguridad jurídica que deben tener las partes en el conflicto judicial.

Lo que no hay que hacer es vincular celeridad con demoras incorrectas, para deducir de ello la responsabilidad del órgano jurisdiccional; este no es el tema del acápite, pues existen procesos rápidos con lentitudes provocadas por el mismo sistema, así como hay juicios ordinarios que se resuelven con apuros intencionados.

En realidad, la conexión trata de establecer un plazo razonable, adecuado a las circunstancias de cada conflicto, pero siempre asociado al principio de economía procesal y de eficacia de la institución.

Debe quedar en claro que la rapidez no supone establecer una finitud perentoria, vencida la cual el proceso quedaría anulado. Solamente es un marco referencial que significa distribuir en cada etapa del procedimiento la mayor parte de actos de impulso y desarrollo, de modo tal que se permita, en el menor número de ellos, alcanzar el estado de resolver sin agregar trámites.

> En el art. 6.1 del Convenio de Roma -informa Riba Trepat-, promovido por el Consejo de Europa, los Estados contratantes coincidieron en atribuir la condición de derecho humano a la garantía procesal consistente en obtener una decisión judicial en un plazo razonable; y consecuentemente, asumieron la obligación de Derecho Internacional Público, de articular los mecanismos jurídicos necesarios para que las causas que se sustancien ante sus órganos jurisdiccionales sean resueltas en un plazo que, permitiendo el adecuado ejercicio del derecho de defensa, incorpore el factor temporal indispensable para no hacer ilusoria la tutela judicial[640].

La rapidez prevista como destino tiene en cuenta las características del objeto a resolver; la presencia de partes múltiples; las dificultades de encontrar el juez competente o la jurisdicción a intervenir; la complejidad del asunto; entre muchas otras variables que obligan a dar pautas, antes que condiciones de tiempo preciso.

No es posible establecer una regla finita como se ha establecido en el proceso penal cuando establece como criterio de orientación el plazo de dos años sin resolver la situación procesal del individuo detenido. Ello así, porque la razonabilidad de un plazo se debe compulsar en su contexto específico, sin más limitación que el sentido común.

> La Comisión Interamericana de Derechos Humanos sigue al Tribunal Europeo de Derechos Humanos cuando expresa que, hasta que recaiga sentencia condenatoria, el acusado debe ser considerado inocente y la finalidad del precepto que otorga derecho a un proceso sin dilaciones indebidas es, fundamentalmente, que se conceda la libertad provisional desde que la continuación de la detención deja de ser razonable. Por ello, esta razonabilidad de la medida, o de un plazo, debe apreciarse en su circunstancia, toda vez que no existen criterios generales de validez universal.

---

[640] Riba Trepat, ob. cit., p. 188.

> Según Albanese, la interpretación de la Comisión se refiere al alcance del art. 7 de la Convención Americana y la afirmación del derecho a la libertad. El principio de legalidad que establece la necesidad de que el Estado proceda al enjuiciamiento penal de todos los delitos, no justifica que se dedique un período de tiempo ilimitado a la resolución de un asunto de índole criminal. De otro modo, se asumiría de manera implícita que el Estado siempre enjuicia a los culpables y que, por lo tanto, es irrelevante el tiempo que se utilice para probar la culpabilidad[641].

La obligación de celeridad se asume como un deber de la jurisdicción y como una potestad del justiciable, por tanto, asume esa doble configuración de compromiso judicial por la rapidez y de derecho esencial del hombre.

De esta síntesis se desprende que el "plazo razonable" que se menciona en los documentos transnacionales incorporados a la legislación interna, puede ser considerado como un derecho humano o como una obligación internacional, pero aquello que lo caracteriza es precisamente que se trata de una *garantía procesal* y, por consiguiente, que genera una expectativa individual ante la actuación de los poderes públicos, así como los mecanismos para hacerla efectiva.

Sancionar la demora inusitada no resuelve el problema. Se comprueba con la ineficacia del articulado procesal en los institutos de la pérdida de jurisdicción y la sanción por mal desempeño, donde no existe, prácticamente, jurisprudencia señera.

Sin embargo, la violación al plazo razonable que debe tener el proceso judicial, origina un deber de resarcimiento hacia la parte perjudicada por la rémora jurisdiccional.

> Pico i Junoy dice que debe diferenciarse la tutela judicial efectiva que promete el art. 24.1 de la Constitución española, respecto del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, aunque entre ellas existe una relación instrumental innegable. Así el Tribunal Constitucional ha destacado que la carta fundamental (de España) no sólo ha integrado el tiempo como exigencia objetiva de la justicia, sino que además, ha reconocido como garantía individual el derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas, autónomo respecto al derecho a la tutela judicial efectiva, aunque ello no significa negar la conexión entre ambos derechos (sentencia del 1º de diciembre de 1994)[642].

5.2 Proceso sencillo

La *sencillez* es una de las dificultades superiores para comprenderlo en la noción de "debido proceso". Sencillo puede ser simple, respondiendo así a la idea de simplificar el trámite judicial de manera que pueda ser comprensible para todo neófito en lidias o conflictos ante la justicia.

El modelo a desarrollar podrá ser oral o escrito, pero tiene que resultar entendido por quien debe acudir al proceso. La simplicidad de las formas y la comprensión del método empleado para el debate es el problema acuciante en la actualidad, por el cual se observa en los trámites y procedimientos más ficciones que realidades.

Se persigue concretar reglas elementales carentes de formalismo y solemnidad, donde la ceremonia no domine el desarrollo central del acto procesal.

---

[641] Albanese, ob. cit., p. 12.

[642] Pico i Junoy, ob. cit., p. 117.

Un análisis superficial demuestra cuánto de este absurdo ocupa el territorio del procedimiento. Desde la formalización sacramental de la demanda, hasta la redacción de la sentencia, pasando por la confección de cédulas, testimonios y comunicaciones entre tribunales, actuaciones testimoniales, declaraciones de terceros, etc., en todos ellos queda impresa la emoción del leguleyo de encontrarse en un pasado glorioso de pelucas, y entogados.

Por tanto debe quedar en claro que el argumento dogmático que trasunta el "debido proceso" cuando preconiza el ideal de información y derecho de defensa, no puede resultar bastante para una sociedad moderna que exige participación plena y reconocimiento efectivo sobre la forma del debate.

"Saber de qué se trata", "resolverlo sin absurdos ritualismos", "en el menor tiempo posible", y fundadamente, parecen ser las consignas necesarias para la sencillez procesal.

En nuestro país un ejemplo elocuente para observar como las formas procesales agreden el derecho de defensa, y proyectan una severa restricción al concepto constitucional del "proceso debido", ocurre con el denominado "exceso ritual manifiesto", por el cual el litigante es afectado por la estricta aplicación de los principios procesales, llevados a extremos de increíble restricción (v.gr.: no poder defenderse ante una demanda por contestarla un minuto después de vencido el plazo; imposibilidad de llevar al proceso prueba documental esencial para el esclarecimiento de la litis cuando se pretende hacerlo fuera de los tiempos previstos para ello; negativa de recepcionar escritos o peticiones por la falta de cumplimiento en los tipos o caracteres de impresión; etc.).

Es evidente que la esencia de tratamiento injusto para un reclamo aparece cuando se produce esa desviación grotesca del proceso, la cual supera un margen de error tan grande que resulta intolerable para la sociedad.

> Dice Comoglio[643] que se pueden trazar algunas bases mínimas de armonización para un proceso justo: a) La enunciación de algunos conceptos fundamentales; b) La formulación de numerosas normas generales sobre la jurisdicción; c) La individualización de precisas directivas de política procesal. En lo primero, se ha trabajo con intensidad en las convenciones internacionales que procuran que la jurisdicción actúe mediante un proceso justo y ecuánime regulado por la ley. Se presenta, luego, la expresión de otros corolarios que se refieren a las estructuras procedimentales de la justicia (y de la civil, en particular). En línea de principio, el proceso civil se desenvuelve en el contradictorio entre las partes en condiciones de paridad, ante los órganos jurisdiccionales. Estos últimos, en primer grado, son preferiblemente monocráticos y, de todas formas, son compuestos por jueces terceros independientes e imparciales, a los cuales le corresponde: -el poder/deber de desarrollar las actividades a ellos atribuidas por ley como "diligentes directores"; -el deber de adoptar las resoluciones jurisdiccionales en el momento oportuno, *asegurando en todo momento, la razonable duración y finiquito de los litigios.*

Procedimiento sencillo también puede ser aquél que resume las actuaciones procesales en etapas bien delimitadas en sus posibilidades de tiempo y actuación efectiva.

---

[643] Comoglio, Luigi Paolo, *Garantías mínimas del "proceso justo" civil en los ordenamientos hispano-latinoamericanos*, Relación presentada en el VII Seminario Internacional sobre "*Formazione e caratteri del sistema giuridico latinoamericano e problemi del processo civile*" (Roma, 16 al 18 de mayo de 2002), publicado por Revista Iberoamericana de Derecho Procesal, nº 1, ps. 217 y ss.

Conspira contra la sencillez el fatalismo de las formas que han acostumbrado al litigante a obrar de una determinada manera, sin analizar cuanto tiene el acto de necesario y fundamentado (por ejemplo, la necesidad de acompañar copias al tiempo de presentar escritos de los cuales se debe dar traslado, cuando la obligación de notificar está en cabeza del interesado quien, en su caso, podría agregarlas en esa oportunidad; las ficciones irritantes de la notificación por edictos que se podría resolver comunicando a la autoridad nacional que registra el domicilio de las personas en una sola ocasión; el emplazamiento personal realizado para el traslado de la demanda que recuerda al vocero del Alcalde de las épocas primeras de nuestra patria cuando comunicaba al pueblo los bandos del Cabildo; las formas complicadas de los interrogatorios al testigo que deben preparar con anterioridad las partes, cuando el que debe interrogar es el juez y *prima facie*, no necesitaría de esas piezas de orientación; etc., etc., etc.)

5.3 Proceso eficaz

La *eficacia* es un concepto pragmático. Se mide con resultados. De seguir este piso de marcha seguramente la noción de "debido proceso" golpearía su realidad ante cada litigio, frente a los avatares que sufre con su cumplimiento intrínseco.

Pero la eficacia que referimos se debe valorar desde una perspectiva constitucional. No hay un proceso debido por sí mismo. La garantía se le debe a la sociedad y a cada individuo en particular, por eso, el proceso existe con anterioridad al conflicto, y puesto en marcha, "mide" su eficacia en relación con los derechos que viene a tutelar.

> Por ello algunos juristas americanos interpretan que el "debido proceso procesal" no puede ser asimilado a la condición de un derecho humano que tenga existencia por sí mismo y que como tal goce de ese rango.
>
> Hasta ese punto -dice De Bernardis- va la concepción predominante en el constitucionalismo norteamericano. A partir de ella, se intenta desarrollar la idea de que existe un interés de la justicia para resolver con soluciones procesales definitivas -sin interesar la materia controvertida ni la trascendencia de los intereses que están siendo afectados- que se encuentra inmerso en el derecho a la libertad y, por tanto, para afectar este derecho se requiere de un debido proceso[644].
>
> De esta manera, por un camino indirecto, se estaría consagrando la calidad de derecho autónomo del debido proceso con rango constitucional. Si la libertad solamente puede ser afectada por un debido proceso y dentro del concepto de libertad se enmarca la imposibilidad de ser afectado por sentencias arbitrarias, entonces se llegaría al absurdo lógico que solamente se podría dar una sentencia arbitraria luego de observarse un debido proceso de ley, lo cual, siendo una contradicción en sus términos, resulta imposible de verificarse en la realidad puesto que la observancia de un debido proceso resulta la vacuna más efectiva para prevenir los males que las sentencias arbitrarias pueden causar.

En el fondo, la cuestión "debida" resuelve su efectividad confrontada con el mérito que obtiene el tratamiento de los derechos en juego. El procedimiento será importante pero no por sí mismo, sino antes bien, como un modelo técnico solvente para debatir los conflictos que la sociedad y las personas tienen.

---

[644] De Bernardis, Luis Marcelo, *La garantía procesal del debido proceso*, Cuzco S.A., Lima, 1995, p. 96.

Una vez más queda de manifiesto la doble naturaleza del "debido proceso", con su *status* negativo (libertad frente al Estado) como por su *status* positivo (pretensión frente al Estado).

Si cotejamos la "eficacia" como valor declamado, un buen signo lo obtenemos del art. 24 constitucional de España, por el cual surge el famoso derecho a la "tutela judicial efectiva". Este concepto, se ha dicho, obliga a los procesalistas a realizar el esfuerzo de abandonar la reconducción del principio a los moldes acuñados en el derecho procesal, porque necesariamente al tratarse de un derecho cívico, de un derecho subjetivo público, debe engarzarse con naturalidad y con vigor en el ámbito del derecho procesal constitucional.

> La consideración del derecho al proceso debido, al proceso dotado de las suficientes garantías, como derecho encuadrado en los derechos de seguridad frente a los derechos personalísimos, o los derechos cívico-políticos, o los derechos de sociedad, de comunicación o de participación en la tradicional clasificación de Gregorio Peces Barba, plantea la cuestión de la necesidad de su desarrollo legal.
>
> A diferencia de aquellos otros derechos fundamentales cuyo ejercicio, dependiendo de la voluntad humana no necesita de ninguna intermediación, y exigen un desarrollo legal como presupuesto para su ejercicio, el derecho al proceso se desenvuelve necesariamente dentro de la actividad procesal enmarcada por las leyes reguladoras de los procesos jurisdiccionales.
>
> Se advierte así la aparente contradicción al constatar que si el derecho al proceso debido no necesita leyes complementarias de desarrollo en su condición de derecho fundamental, sin embargo la actualización de su contenido sólo es posible dentro de los formalismos procesales definidos por el Estado a través de la ley, para posibilitar al ciudadano en ejercicio de este derecho, actuar ante la Administración de Justicia, de modo que el derecho al proceso se escinde en el cauce de una multiplicación de preceptos legales, operación no urgida por ningún otro derecho fundamental[645].

6. Dilaciones indebidas en el proceso penal

La expresión "proceso sin dilaciones indebidas" es tributaria del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Nueva York, 1966), que simplifica la exigencia para los procesos penales.

No obstante, la tendencia mundial extiende el concepto a todo tipo de procedimientos donde se debe hacer realidad la noción de "tutela judicial efectiva".

Se propicia que en el desarrollo de las etapas procesales no se provoquen acciones dilatorias o obstruccionistas (de manera que el principio de moralidad procesal está implícito en la idea) que paralicen o demoren inútilmente la solución final de la controversia.

La dilación se produce por el comportamiento intencionado de las partes, o mediante la inejecución por el órgano judicial de las obligaciones que están bajo su responsabilidad.

---

[645] Bandrés Sánchez-Cruzat, ob. cit., p. 288.

> Por dilación, en una primera aproximación conceptual, cabe entender todo retardo o detención de una cosa o situación durante un espacio temporal. Se trata de una visión interesante que alude a una de las lacras tradicionales del proceso: su lentitud[646].

A veces, estas actitudes propias de la rémora judicial se convalidan por la ausencia de denuncia de los perjudicados, haciendo real e irritante, el principio que sostiene que en el proceso, *todas las nulidades son relativas.*

En otras, el mismo sistema deja sin defensas al interesado que afronta, en tal caso, la imposibilidad de reclamar y contradecir el método que se le impone, debiendo quedarse a la espera de una sentencia que nunca llega.

Muchas veces, la inercia se produce en el escalonamiento de las etapas del procedimiento, y en el desinterés de actuar conforme a la obligación ya anunciada, es decir, de "tutelar el derecho, en un proceso rápido y expedito".

Cuando las demoras procesales son producto de la acción de las partes, la dilación compromete el deber jurisdiccional de controlar la regularidad de las actuaciones que el proceso suscita; mientras que si la lentitud se produce por la injustificada reacción de la judicatura a los pedidos de los litigantes, la consecuencia es hacer responsable al órgano judicial.

Por tanto, el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas se vincula con el derecho a la jurisdicción y no puede entenderse como algo desligado del tiempo en que debe prestarse por los órganos del Poder Judicial, sino que ha de ser comprendido en el sentido de que se otorgue por éstos, dentro de los razonables términos temporales en que las personas lo reclaman en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos.

> Por eso, dijo el Tribunal Constitucional español que, "el ámbito temporal en que se mueve el derecho a la tutela efectiva de los jueces y tribunales lo viene a consagrar el párrafo segundo del artículo 24 de la Constitución, al hablar de un proceso público sin dilaciones indebidas, y aunque pueda pensarse que por el contexto general en que se utiliza esta expresión sólo está dirigida en principio a regir en los procesos penales, ello no veda que dentro del concepto general de la efectiva tutela judicial deba plantearse como un posible ataque al mismo, las dilaciones injustificadas que puedan acontecer en cualquier proceso"[647].

De este modo, el plazo razonable está íntimamente vinculado con los estándares de las dilaciones indebidas, en los que los criterios antes expuestos que dividen cuatro espacios de consideración especial (complejidad de la causa, conducta de las partes, comportamiento del Estado e impacto en la víctima) se amplían en el llamado de los "siete criterios" para deducir si hay dilaciones indebidas en el proceso penal.

> En el caso *Suarez Rosero,* la Corte IDH sostuvo que, el principio de "*plazo razonable*" al que hacen referencia los artículos 7.5 y 8.1 de la Convención Americana tiene como finalidad impedir que los acusados permanezcan largo tiempo bajo acusación y asegurar que ésta se decida prontamente. Considera la Corte que el proceso termina cuando se dicta sentencia definitiva y firme en el asunto, con lo cual se agota la jurisdicción, y que, particularmente en materia penal, dicho plazo debe comprender todo el procedimiento, incluyendo los recursos de instancia que pudieran eventualmente presentarse. Asimismo comparte el criterio de la Corte Europea de Derechos Humanos, la cual ha analizado en varios fallos el concepto de plazo razonable y ha dicho que se debe tomar en cuenta tres elementos para determinar la razonabilidad del plazo en el cual se desarrolla el proceso: a)

---

[646] Vallespín Pérez, ob. cit., p. 218.

[647] TC, sentencia del 14 de Julio de 1981..

la complejidad del asunto, b) la actividad procesal del interesado y c) la conducta de las autoridades judiciales.

De este modo y encuadre, estima que en el principio de presunción de inocencia subyace el propósito de las garantías judiciales, al afirmar la idea de que una persona es inocente hasta que su culpabilidad sea demostrada. De lo dispuesto en el artículo 8.2 de la Convención se deriva la obligación estatal de no restringir la libertad del detenido más allá de los límites estrictamente necesarios para asegurar que no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones y que no eludirá la acción de la justicia, pues la prisión preventiva es una medida cautelar, no punitiva. Este concepto está expresado en múltiples instrumentos del derecho internacional de los derechos humanos y, entre otros, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que dispone que la prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general (art. 9.3). En caso contrario se estaría cometiendo una injusticia al privar de libertad, por un plazo desproporcionado respecto de la pena que correspondería al delito imputado, a personas cuya responsabilidad criminal no ha sido establecida. Sería lo mismo que anticipar una pena a la sentencia, lo cual está en contra de principios generales del derecho universalmente reconocidos.

Como la Corte ha sostenido, los Estados Partes en la Convención no pueden dictar medidas que violen los derechos y libertades reconocidos en ella[648]

6.1 La libertad y el tiempo de estar en prisión

Nos vamos a ocupar en detalle de este tema cuando hablemos del debido proceso penal; solo conviene anticipar su relación con el plazo razonable por la implicancia que tiene el art. 7.5, relativo al derecho a la libertad personal, porque allí se sostiene que toda persona detenida o retenida "tendrá derecho a ser juzgada dentro de un *plazo razonable* o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso".

Un caso de Argentina fue convincente cuando diferenció el estándar del plazo razonable para el cómputo de la privación de libertad respecto al que corresponde verificar con los tiempos del proceso judicial.

En el *Caso Bayarri vs. Argentina*[649] se dijo […]

> El artículo 7.5 de la Convención Americana garantiza el derecho de toda persona detenida en prisión preventiva a ser juzgada dentro de un plazo razonable o ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Este derecho impone límites temporales a la duración de la prisión preventiva, y, en consecuencia, a las facultades del Estado para proteger los fines del proceso mediante este tipo de medida cautelar. Cuando el plazo de la prisión preventiva sobrepasa lo razonable, el Estado podrá limitar la libertad del imputado con otras medidas menos lesivas que aseguren su comparecencia al juicio, distintas a la privación de su libertad mediante encarcelamiento. Este derecho impone, a su vez, una obligación judicial de tramitar con mayor diligencia y prontitud aquellos procesos penales en los cuales el imputado se encuentre privado de su libertad.

En estos casos es importante resolver desde que momento se empieza a contar la razonabilidad de los períodos, pues podría ser desde el comienzo del litigio o la investigación, o en caso de limitación de derechos, desde que estos quedan afectados. Vale decir, una cosa es el tiempo total que insume el proceso, otro el plazo que cumple

---

[648] *Responsabilidad internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias de la Convención (arts. 1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, Opinión Consultiva OC-14/94 de 9 de diciembre de 1994. Serie A Nº 14, párr. 36.

[649] Corte IDH. *Caso Bayarri vs. Argentina*. *Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia del 30 de octubre de 2008, párr. 70.

la orden de poner sin demora al imputado ante el juez o la autoridad competente, y finalmente, analizar el tiempo que está detenido en una u otra situación.

Ya en el *Caso Genie Lacayo vs. Nicaragua* se consideró para el análisis del plazo razonable el tiempo transcurrido desde el auto de apertura del proceso hasta la emisión de sentencia firme, sin considerar la investigación policial y la formulación de acusación fiscal. No obstante, este criterio ha variado para incluir actos previos al auto de apertura del proceso[650].

Los tiempos de encarcelamiento tienen en cuenta la razonabilidad y legalidad del auto que lo dispone, de modo que es común analizar el contexto de la legislación interna. Al respecto se utiliza el criterio del art. 7 del Pacto de San José, según el cual tras la orden de detención el encartado debe ser puesto de inmediato a disposición del juez interviniente.

Son muchos los casos donde la Corte actúa, y ha considerado irrazonables períodos de corta duración[651], o de extensión diversa de quince (15) días[652], treinta y seis (36) días[653], y a veces muy variables que solo dependen del modo como se cumple la regla llevar al imputado sin demora ante juez o autoridad judicial competente.

> La parte inicial del artículo 7.5 de la Convención dispone que la detención de una persona debe ser sometida sin demora a revisión judicial. El control judicial inmediato es una medida tendiente a evitar la arbitrariedad o ilegalidad de las detenciones, tomando en cuenta que en un Estado de Derecho corresponde al juzgador garantizar los derechos del detenido, autorizar la adopción de medidas cautelares o de coerción, cuando sea estrictamente necesario y procurar, en general, que se trate al inculpado de manera consecuente con la presunción de inocencia[654].

6.2 Los siete criterios en el proceso penal

La famosa distinción que hace el uso forense entre causas "con o sin presos", pareciera evidenciarse en la dogmática que estudia los criterios de la dilación indebida.

Y ello no está mal, porque en definitiva al quedar en juego la libertad de las personas, de otro modo considerado, se podría llevar a sostener que no existe el

---

[650] *Caso Genie Lacayo vs. Nicaragua*. *Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia del 29 de enero de 1997, párr. 81.

[651] En el caso *de los «Niños de la Calle» (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala (Fondo)*. Sentencia del 19 de noviembre de 1999, se pudo comprobar que cuatro jóvenes habían sido secuestrados por miembros de la Policía Nacional, y no habían sido puestos a disposición del juez competente dentro de las seis horas siguientes, según lo ordenaba el artículo 6 de la Constitución Política de Guatemala. Cfr. Salmón, Elizabeth – Blanco, Cristina, *El derecho al debido proceso en la jurisprudencia de la Corte IDH*, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2012, ps. 97 y ss.

[652] Cfr. Corte IDH. *Caso Durand y Ugarte vs. Perú* (*Fondo*). Sentencia del 16 de agosto de 2000, párrs. 109 y 110.

[653] Caso Castillo Petruzzi, párr. 111

[654] Cfr. *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 8 de julio de 2004. Serie C Nº 110, párr. 96; *Caso Maritza Urrutia vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 27 de noviembre de 2003. Serie C Nº 103, párr. 66, y *Caso Bulacio vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 18 de Setiembre de 2003. Serie C Nº. 100, párr. 129.

principio de la "presunción de inocencia", y que se enjuicia siempre al culpable que, detenido preventivamente, va pagando con anticipación la condena a que se verá expuesto.

La duración total del procedimiento se visualiza para estimar si hubo o no demoras injustificadas que permitan sancionar al responsable. Para ello es preciso encontrar el momento preciso donde aparecen las dilaciones, y luego que se las determina, habrá que comprobar si ellas son indebidas o injustificadas.

> Pico i Junoy dice que los criterios para encontrar dilaciones indebidas, dependen de las circunstancias siguientes: el exceso de trabajo del órgano jurisdiccional; la defectuosa organización, personal y material, de los Tribunales; el comportamiento de la autoridad judicial; la conducta procesal de la parte; la complejidad del asunto; y la duración media de los procesos del mismo tipo[655].

Por tanto, en la definición del instituto es necesario realizar dos etapas. En la primera se tiene que resolver el significado de proceso con dilaciones indebidas; y en la segunda, determinar los criterios que orienten soluciones particulares.

El concepto de dilación se puede relacionar con demora o retraso en la práctica de alguna actuación judicial, de manera que el tiempo invertido para decidir o hacer, no sea oportuno ni razonable, y aparezca manifiestamente inexcusable. No se castiga la simple inactividad, ni la rémora por la desorganización, sino la tardía producción de actuaciones necesarias para evitar perjuicios materiales o morales en la persona que ha requerido la intervención judicial.

> Riba Trepat sostiene que hay un género de dilaciones que está a medio camino entre la omisión, entendida como ausencia total de actividad jurisdiccional, y el acto judicial expreso de contenido dilatorio; y es aquel en el que el Tribunal Constitucional español entra a valorar la trascendencia temporal en la sustanciación de un proceso como resultado de la impugnación de una resolución judicial que, por sí misma, no es capaz de producir dilación alguna, sino que únicamente sirve a la parte como vehículo formal de acceso al Tribunal. De alguna forma, el núcleo del debate constitucional en asuntos como éste, gravita en torno al contenido del deber de impulso de oficio que incumbe al órgano judicial responsable del proceso[656].

Por su parte, la individualización de acciones constitutivas de la demora irracional del proceso, las podemos resumir en criterios que la Corte IDH fue estableciendo -tomando el modelo de la jurisprudencia europea-, que desde el caso *Genie Lacayo*[657] fue de tres elementos (complejidad del asunto; actividad procesal del interesado; y conducta de las autoridades judiciales), y a partir del *Caso Valle Jaramillo y otros vs. Colombia*[658] agregará un cuarto integrante al elenco referido a la afectación en la situación jurídica de la persona involucrada, generada como consecuencia de la demora prolongada del proceso[659].

Sin embargo, plazo razonable y dilaciones indebidas tienen relación solo que

---

[655] Pico i Junoy, ob. cit., p. 99.

[656] Riba Trepat, ob. cit., p. 188.

[657] *Caso Genie Lacayo vs. Nicaragua*. , cit., párr. 81.

[658] *Caso Valle Jaramillo vs. Colombia*. *Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia del 27 de noviembre de 2008, párr.98.

[659] Salmón – Blanco, ob. cit., p. 204.

para determinar lo segundo es preciso ver la posibilidad de justificaciones por parte del Estado. En consecuencia de ello nosotros consideramos lo que llamamos los siete criterios de ponderación, que juegan en forma conjunta o aislada, dependiente siempre del estudio singular de cada caso concreto.

6.3 Primer criterio: Duración de la detención en sí misma

La Corte IDH no establece un plazo especial para contabilizar la razonabilidad de la detención (cuando es provisional porque aun no hay proceso y el detenido está en etapa de investigación) o de la prisión preventiva (etapa de juicio, propiamente dicho), pero el artículo 7 numeral 5 de la CADH, expresamente indica que la persona detenida debe ser inmediatamente puesta ante un juez u otro funcionario competente, a fin de que, dentro un plazo razonable, se opte por juzgarla o ponerla en libertad sin perjuicio de la continuación del proceso.

La detención comienza a computar la razonabilidad de perder transitoriamente la garantía de libertad personal, sin haber aún una acusación formal que sea resuelta en juicio, desde el mismo momento de la aprehensión del individuo. Cuando no es aplicable esta medida pero se halla en marcha un proceso penal, dicho plazo se cuenta a partir del momento en que la autoridad judicial toma conocimiento del caso[660].

Precisamente el problema principal no es el tiempo de la prisión, sino el cercenamiento de la garantía que sufre una persona ante los acatares de un proceso lastimosamente lento y cansino. Quizás, siendo éste un problema ancestral, la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano había aclarado que la presunción de inocencia no prohibía la detención cuando ésta fuera indispensable pues […] "todo rigor que no sea necesario para apoderarse de su persona debe ser severamente reprimido por la ley".

En el Informe 2/97 La Comisión IDH expone que desde el mes de octubre de 1993 hasta el 11 de marzo de 1997, había recibido numerosas denuncias contra el Estado argentino, que tuvieron como denominador común la excesiva duración de la prisión preventiva para las personas sometidas a proceso criminal sin sentencia. Muchas de ellas fueron desestimadas por falta de cumplimiento de las normas establecidas en la CADH y en el Reglamento de la Comisión, pero a partir de la fecha arriba indicada se inició la tramitación de un total de treinta y seis (36) casos que sí cumplían con los requisitos que establece el artículo 46 del Pacto de San José, referidos a los siguientes puntos:

> El principal motivo es la aplicación del sistema de cómputo previsto en la Ley 24.390, vigente desde noviembre de 1994. Los artículos 1, 2, y 7 dicen:
>
> La prisión preventiva no podrá ser superior a dos años. No obstante, cuando la cantidad de los delitos atribuidos al procesado o la evidente complejidad de las causas hayan impedido la finalización del proceso en el plazo indicado, ésta podrá prorrogarse un año más por resolución fundada que deberá comunicarse de inmediato al tribunal de apelación que correspondiese para su debido contralor (artículo 1).

---

[660] Cfr. *Casos Juan Humberto Sánchez vs. Honduras, Hilarie Constantine vs.Trinidad y Tobago y Suárez Rosero vs. Ecuador*.

> Los plazos previstos en el artículo precedente serán prorrogados por seis meses más cuando los mismos se cumpliesen mediando sentencia condenatoria y ésta no se encuentre firme (artículo 2).
>
> Transcurrido el plazo de dos años previsto en el artículo 1°, se computará por un día de prisión preventiva dos de prisión o uno de reclusión (artículo 7).

En consecuencia, lo que se debe verificar es si los procesados que han sufrido una prisión preventiva prolongada, tienen la posibilidad de recuperar su libertad por cumplimiento de la pena al emitirse la sentencia condenatoria.

La Comisión IDH sostuvo que […]

> El plazo razonable para la prisión preventiva no puede ser establecido en abstracto, y por lo tanto el período de dos años establecido por el artículo 379.6 del Código de Procedimientos y en la Ley 24.390 no corresponde en forma literal a la garantía del artículo 7.5 de la Convención Americana. La duración de la prisión preventiva no puede ser considerada razonable en sí misma solamente porque así lo establece la ley. La Comisión coincide con la postura del Gobierno argentino en el sentido de que la razonabilidad debe estar fundada en la prudente apreciación judicial.
>
> La determinación de la razonabilidad del plazo corresponde al juzgado que entiende en la causa. En principio, la autoridad judicial tiene la obligación de asegurarse de que la prisión preventiva de un acusado no exceda un plazo razonable. Para tal efecto, debe analizar todos los elementos relevantes a fin de determinar si existe una necesidad genuina de mantener la prisión preventiva, y manifestarlo claramente en sus decisiones referentes a la excarcelación del procesado. La efectividad de las garantías judiciales debe ser mayor a medida que transcurre el tiempo de duración de la prisión preventiva.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, argumentó que la opinión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos debía servir de guía para la interpretación de los preceptos de la Convención Americana sobre Derechos Humanos[661]; y en tal sentido en la causa "*Bramajo, Hernán J.*"[662], resolvió que la validez del art. 1º de la ley 24.390 estaba supeditado a que los plazos fijados no resulten de aplicación automática por su mero transcurso, sino que debían ser valorados en relación a las pautas establecidas en los arts. 380 y 319 del Código de Procedimientos en Materia Penal y Código Procesal Penal, respectivamente, a los efectos de establecer si la detención dejaba de ser razonable.

Posteriormente agregó que, si bien el "plazo razonable" de duración del proceso penal no podía ser fijado con precisión matemática, eso no eximía al juzgador de formular argumentos racionalmente controlables, a fin de evitar que se convierta en una expresión de mera subjetividad (del voto en disidencia de los doctores Petracchi y Boggiano)[663]

> Informa Albanese[664] que, en el ejercicio de sus atribuciones, la Comisión Interamericana ha desarrollado algunos aspectos de la normativa convencional; entre ellos, el derecho al plazo razonable como elemento indisoluble del debido proceso legal (art. 8º.1); el principio de inocencia (art. 8º.2); y el derecho a la libertad personal y a la razonabilidad de la duración de la detención preventiva (art. 7º.5).

---

[661] Cfr. CS, 4 de julio de 1995, "*Giroldi, Horacio D.*", La Ley, 1995-D, 462.

[662] CS, 12 de setiembre de 1996, La Ley, 1996-E, 409, con nota de Francisco Javier Posse.

[663] CS, 16 de marzo de 1998, "*Kipperband, Benjamín*", La Ley, 2000-B, 831 [42.449-S]).

[664] Albanese, ob. cit., p. 20.

> Con respecto al art. 7º.5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos -dice-, la Comisión, entre otras consideraciones sostuvo que el principio de legalidad que establece la necesidad de que el Estado proceda al enjuiciamiento penal de todos los delitos, no justifica que se dedique un período de tiempo ilimitado a la resolución de un asunto de índole criminal; destacando "*...de otro modo, se asumiría de manera implícita que el Estado siempre enjuiciaría a culpables y que, por lo tanto, es irrelevante el tiempo que se utilice para probar la culpabilidad"* (Informe nº 12/96, Caso 11.245).

En la causa " *Sánchez Reisse, Leandro y otros*", explicó que el concepto de plazo razonable de detención, previsto en el art. 7º.5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en el art. 9º, inc. 3º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ambos de jerarquía constitucional -art. 75, inc. 22, Constitución Nacional-, tiene como fundamento la injusticia que significa la morosidad en un proceso donde una persona encarcelada espera su veredicto, y tiende a acelerar el proceso penal. Con ello se debe evitar razonablemente la prisión preventiva, y dar cauce a la excarcelación durante su trámite, con subordinación a garantías que hacen a la eficacia del mismo[665].

> En consecuencia, se agregó que, en los casos de juicios de extradición en que el lapso de la detención en el exterior haya sido prolongada, cabe considerar como plazo de detención razonable sólo el tiempo de prisión preventiva como medida cautelar en el proceso penal, que es cuando se puso al imputado a disposición del magistrado competente para procesarlo y, eventualmente juzgarlo, -art. 24, Código Penal y art. 66, ley 24.767- (fallo citado).
>
> De igual alcance resulta el párrafo que indica la validez del art. 1º de la ley 24.390 -que autoriza al juez de grado a prorrogar excepcionalmente y por un año más la prisión preventiva de los imputados una vez superado el plazo previsto-, pues la supedita a la circunstancia de que los plazos fijados en ella no resulten de aplicación automática por su mero transcurso, sino que han de ser valorados en relación a las pautas establecidas en el Código Procesal Penal, según el caso, a los efectos de establecer si la detención ha dejado de ser razonable (CNCrim. y Correc., Sala IV, 4 de marzo de 1997, "*Iglesias, María M."*, La Ley, 1998-F, 883 [41.088-S]).

El análisis del tiempo de detención preventiva, llevó a tener que estudiar si existe un plazo máximo de prisión para los procesados aún no condenados, circunstancia que se articula con la excarcelación del inculpado frente al delito que se le imputa.

> En la causa "*Fasciutto, Julián*" resuelta por la Cámara Criminal y Correccional de Mar del Plata, Sala II (Suplemento de Derecho Constitucional, La Ley, 1997/12/05) se estableció que, la duración razonable del proceso está incluida dentro de la garantía constitucional de la defensa en juicio. Ello se encuentra reconocido por las disposiciones contenidas en los arts. 7º.5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y art. 9º.3 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos que gozan de jerarquía constitucional (art. 75 inciso 22, CN), al asegurar el derecho de toda persona detenida a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Lo contrario implica tergiversar el carácter meramente cautelar de la prisión preventiva para convertirla en una verdadera pena anticipada. Por tanto, la prisión por más de tres años y medio, sin sentencia, constituye una violación de la garantía a ser juzgado dentro de un plazo razonable.
>
> Allí también se dijo que, el cese de la prisión preventiva se diferencia de la excarcelación, razón por la cual debe considerarse cancelada la fianza real oportunamente fijada, pudiendo imponerse aquellas garantías que se aplican a los casos de imputados que sufren un auto de procesamiento sin prisión preventiva.
>
> Por eso se ha dicho que, si en el delito tipificado en el art. 165 del Código Penal, el lapso de detención preventiva ha triplicado el "plazo razonable" al cual refiere el art. 7º. 5 del Pacto

---

[665] CS, 14 de marzo de 2000, La Ley, 2000-D, 394.

> de San José de Costa Rica, estimado por el tribunal en dos años, corresponde ordenar la libertad; salvo que por las circunstancias de la causa cobren virtualidad las pautas de naturaleza negativa fijada en el art. 319 del Código Procesal Penal (C. Fed. San Martín, Sala II, 1994/12/16, "*Franco, Carlos G.*", La Ley, 1995-C, 550 - DJ, 199-2-540).

La detención preventiva se aplica sólo en casos excepcionales y su duración se debe examinar a fondo, especialmente cuando el plazo es superior al límite que estipula la ley para todo el proceso penal.

De todos modos, la prisión sin condena puede no ser razonable aunque no exceda dos años, como, asimismo, dicha detención puede ser razonable aun después de cumplido el límite de dos años.

Esta es la lectura que hace el Informe de la Comisión IDH n° 11245 en el caso *Giménez vs. Argentina*[666] donde agrega que, si el Estado no determina el juicio de reproche dentro de un plazo razonable, y justifica la prolongación de la privación de libertad del acusado sobre la base de la sospecha que existe en su contra, está sustituyendo la pena con la prisión preventiva. De este modo, la detención preventiva pierde su propósito instrumental de servir a los intereses de una buena administración de justicia, y de medio se transforma en fin.

Cabe observar que la Comisión ha mantenido siempre que para determinar si una detención es razonable, se debe hacer, inevitablemente, un análisis de cada caso. Sin embargo, esto no excluye la posibilidad de que se establezca una norma que determine un plazo general más allá del cual la detención sea considerada ilegítima prima facie, independientemente de la naturaleza del delito que se impute al acusado o de la complejidad del caso. Esta acción sería congruente con el principio de presunción de inocencia y con todos los otros derechos asociados al debido proceso legal.

> Cabe recordar que en el Informe N° 17/89 de la Comisión, se afirmó que: "Al consagrar esta facultad, el legislador apela a la 'sana crítica' del juez". En otras palabras, se trata de una facultad regulada, y no de una obligación, y, por lo tanto, la excarcelación del detenido cae dentro del ámbito de la autoridad discrecional del juez. Por lo tanto, Argentina argumentó que, en cada caso, la definición de un "plazo razonable" debe estar fundamentada en la consideración armónica de los artículos 379.6 y 380. La detención preventiva que exceda dos años puede ser "razonable" con arreglo a la legislación interna si así lo decide una autoridad nacional judicial de conformidad con lo establecido en el artículo 380.
>
> Estos argumentos que ya se han transcripto, llevaron a La Comisión ha sostener que solo a ella le cabe decidir si los criterios elegidos por los tribunales internos "son pertinentes y suficientes" para justificar la duración del período de privación de libertad anterior a la sentencia.

En suma, no se puede juzgar que un plazo de detención preventiva sea razonable "*per se*" solamente basándose en lo que prescribe la ley, sino que debe fundamentarse en la sana crítica del juez, quien llega a una decisión utilizando los criterios que establece la ley.

6.4 Segundo criterio: Naturaleza del delito y la pena que tiene señalada

---

[666] *Caso Jorge A. Giménez vs. Argentina*, Caso 11.245 Informe N° 12/96, Inter-Am.C.H.R., OEA/Ser.L/V/II.91 Doc. 7 a 33 (1996), ver La Ley 1998-D, 628

Conviene advertir en este aspecto las sustanciales diferencias que tienen las causas, sean estas motivadas por faltas, contravenciones o delitos, pues mientras se admite en unas la suspensión del procedimiento -por la bagatela o escasa gravedad del hecho- en otras, las punitivas, puede llevar al entorpecimiento y virtual bloqueo del desarrollo del enjuiciamiento, postergando una decisión que -esté o no detenido el imputado- obliga a despejar la incertidumbre que el principio de inocencia no consigue doblegar.

Cabe aclarar que en nuestro país, la ley 24.390 es una reglamentación de la ley 23.054, que consagra el derecho de ser juzgado dentro de un plazo razonable. La norma internacional abre la alternativa entre la celeridad del proceso penal y el derecho a estar en libertad, por ello no impone la excarcelación automática en un plazo inexorable, dejando margen para la reglamentación legal de los requisitos de la excarcelación en el derecho interno.

La Ley 25.430 del año 2001 modificó el artículo 1º de la ley 24.390, por el siguiente:

> *Artículo 1º* — La prisión preventiva no podrá ser superior a dos años, sin que se haya dictado sentencia. No obstante, cuando la cantidad de los delitos atribuidos al procesado o la evidente complejidad de la causa hayan impedido el dictado de la misma en el plazo indicado, éste podrá prorrogarse por un año más, por resolución fundada, que deberá comunicarse de inmediato al tribunal superior que correspondiere, para su debido contralor.79).

En consecuencia, para establecer la duración razonable del encarcelamiento preventivo deben tenerse en cuenta, por un lado, aquellos *límites absolutos* como el principio de proporcionalidad, por el cual no se puede prolongar la prisión preventiva excediendo el plazo de la pena privativa de libertad prevista para el delito; y por otro, *límites relativos*, constituidos por la complejidad e implicancias del caso, actividad de los órganos judiciales y la conducta procesal del acusado[667].

Pero si bien es cierto que la aplicación de la ley 24.390, en cuanto determina el plazo razonable de prisión preventiva, ha de conjugarse con las normas aplicables a la excarcelación, también lo es, que para ello dicho término debe haber sido prorrogado al tiempo de operar su vencimiento.

> Problema éste bastante complejo, tanto en materia civil como penal, pues como sostiene Albanese, la Corte Europea de Derechos Humanos argumenta que en el orden sustancial el punto de partida para la evaluación del "plazo razonable" debe comenzar el día en que se acude a la jurisdicción competente (caso *Buchholz*, 1981/05/06); mientras que en materia penal, se trata de saber a partir de cuándo una persona se encuentra delante de una "acusación": puede ser el momento del arresto (caso *Wemhoff*, 1968/06/27, caso Corigliano, 1982/12/10); de la acusación (caso caso *Neumeister*, 1968/06/27); de la iniciación de incidentes preliminares contra el presunto acusado (caso caso Ringeisen, 1971/6/16); de la fecha en la cual el presunto acusado recibe la notificación de una orden de arresto (caso *Eckle*, 1982/7/15), entro otros momentos a tener en consideración[668].

---

[667] T. Oral. Crim. Fed. Mar del Plata, 2000/08/17, "*N. Ch., C.*", La Ley, 2001-B, 354, con nota de José I. Cafferata Nores - DJ, 2001-1-1071.

[668] Albanese, ob. cit., p. 21.

6.5 Tercer criterio: Efectos personales sobre el detenido de orden material, moral u otros

Aquí la Corte ha dicho que, tanto el principio de progresividad como el de preclusión reconocen su fundamento en la necesidad de lograr una administración de justicia rápida dentro de lo razonable, evitando así que los procesos se prolonguen indefinidamente; pero, además, y esto es esencial atento los valores que entran en juego en el juicio penal, dichos principios obedecen al imperativo de satisfacer una exigencia consustancial con el respeto debido a la dignidad del hombre, cual es el reconocimiento del derecho que tiene toda persona a liberarse del estado de sospecha que importa la acusación de haber cometido un delito, mediante una sentencia que establezca, de una vez para siempre, su situación frente a la ley penal[669].

En suma, debe reputarse incluido en la garantía de la defensa en juicio consagrada por el art. 18 de la Constitución Nacional, el derecho de todo imputado a obtener un pronunciamiento que ponga término del modo más rápido posible a la situación de incertidumbre y de innegable restricción de la libertad que comporta el enjuiciamiento penal.

> Riba Trepat explica que la noción de rapidez se debe asociar también a la tutela judicial efectiva, porque la permanencia de incertidumbre conspira con la garantía de seguridad que el proceso debe ofrecer. Así sostiene que existe una idea de equilibrio entre la actividad procesal tendiente a determinar la verdad jurídica subyacente en el caso se sustancia, y el tiempo invertido en la resolución del mismo. Todo lo cual necesariamente conduce a la identificación, en dicha noción constitucional, del principio de economía procesal, entendido como factor de ponderación jurídica que articula e integra los diferentes derechos contenidos en el art. 24 (Constitución española), para que obedezcan a un fin último, cual es la eficacia del proceso como instrumento indispensable para una verdadera realización de la Justicia[670].

6.6 Cuarto criterio: Dificultades de la instrucción del proceso

En estos casos se trata de equilibrar la complejidad de la instrucción sumarial con el tiempo de la detención preventiva. La Comisión IDH, ha dicho que […]

> No es legítimo invocar la complejidad de un caso y las necesidades de investigación en el curso del proceso, de manera general y abstracta, para justificar la imposición de prisión preventiva, ya que debe existir un peligro efectivo de que tal investigación sea impedida por la liberación del acusado.
>
> Toda persona que se encuentra privada de libertad tiene derecho a que su caso sea analizado con prioridad, y que se imprima una diligencia especial en su tramitación. De esta forma, el poder del Estado para detener a una persona en cualquier momento del procedimiento constituye el fundamento principal de su obligación de sustanciar tales casos dentro de un plazo razonable[671].

La Corte IDH reitera en este tema los criterios que venimos repitiendo, y que para definir la complejidad verifica la prueba, la pluralidad de sujetos procesales o la cantidad de víctimas, el tiempo transcurrido desde la violación, las características del recurso consagradas en la legislación interna y el contexto en el que ocurrió la

---

[669] Fallos, 272:188, "*Caso Mattei*"

[670] Riba Trepat, ob. cit., p. 200.

[671] Comisión IDH, Informe 2/97.

violación[672]. Asimismo, el Tribunal Europeo ha indicado que la complejidad debe determinarse por la naturaleza de las acusaciones, el número de acusados y la situación política y social reinante en el lugar y tiempo de la ocurrencia de los hechos[673]. En este sentido, respecto a los criterios tomados en cuenta por este Tribunal en aras de determinar la complejidad del caso se observa la presencia de: 1) un amplio número de acusados; 2) una situación política y social compleja, y 3) dificultades en la obtención de prueba.

La Corte nacional afirma que, la morosidad que tiende a evitar el principio de plazo razonable establecido por el art. 7º, inc. 5º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, se refiere al trámite del proceso, pero no a las demoras que sufre por complejos y delicados trámites de extradición, en los que no se puede avanzar en el juicio del imputado, pues en nuestro sistema procesal penal está prohibido celebrarlo en ausencia -art. 290, Código Procesal Penal y 151, Código de Procedimientos en Materia Penal-[674].

> Atinadamente, el voto del señor Presidente de la Cámara de Casación Penal de la provincia de Buenos Aires, sostiene que la noción de plazo razonable cede ante la de seguridad de comparecencia en juicio, puesto que ese es el texto del inciso 5 del artículo 7 del Pacto de San José de Costa Rica. Pero esa interpretación hace que prevalezca -dice Federico Domínguez- este valor "seguridad de sometimiento a juicio" por encima de otros que son los que sustentan el valor plazo razonable. Más claramente, por virtud de la operancia del principio de inocencia, la norma en materia de sometimiento a proceso penal es la libertad. Ello no sólo resulta de la interpretación progresiva de las normas constitucionales de los arts. 18 y 19 de la Constitución Nacional y 21 de la Constitución de la provincia, sino -ahora- de las expresas mandas de los arts. 1º y 144 del Código de Procedimientos Penal (Causa 25/98, Boletín de Jurisprudencia nº 95 del Colegio de Abogados de La Plata).

En la práctica la duración razonable debe guardar correspondencia con la factibilidad de sustanciación de la causa, lo que no se da cuando hay sucesos fortuitos como la destrucción o extravío del expediente.

> De lo anterior se desprenden dos conceptos importantes en lo referente al problema del "plazo razonable": primero, que no es posible establecer un criterio in abstracto de este plazo, sino que éste se fijará en cada caso vistas y valoradas las circunstancias del artículo 380. En este alcance la Comisión acoge el punto de vista de que el Estado Parte aludido "no está obligado (por la Convención) a fijar un plazo válido para todos los casos con independencia de las circunstancias". Esta lectura es también compatible con la que realiza el Tribunal Europeo; En la causa de Mario Eduardo Firmenich se concretó esa interpretación sosteniéndose que la libertad no puede ser concedida sobre el plano de una simple consideración cronológica de años, meses y días[675].

Cabe agregar que la Corte IDH no ha trabajado con precisión la creación de un estándar para que se verifique la complejidad de la causa. Esto que es reconocido por sus propios integrantes, llevó a que el juez García Ramírez en el caso *López Alvarez vs. Honduras* (2006), intentara una descripción aproximativa, y que después ampliara en el

---

[672] Caso Genie Lacayo vs. Nicaragua. Excepciones Preliminares. Sentencia de 27 de enero de 1995. Serie C N° 21, párr. 78, y Caso Luna López vs. Honduras, párr. 189.

[673] TEDH, *Caso Milasi vs. ltaly.* Sentencia de 25 de junio de 1987, párr. 16. Esto también fue citado en *Caso Luna López vs. Honduras,* párr. 189.

[674] Del dictamen del Procurador Fiscal que la Corte hace suyo. CS, 14 de marzo de 2000, "*Sánchez Reisse, Leandro y otros*", La Ley, 2000-D, 394.

[675] Dictamen de la Comisión IDH del 13 de abril de 1989, "*Firmenich, Mario*".

voto concurrente del caso *Valle Jaramillo y otros (Colombia)* […].

> Por lo que toca a la complejidad del asunto, la Corte que verifica la compatibilidad entre la conducta del Estado y las disposiciones de la Convención -es decir, el órgano que practica el "control de convencionalidad"- debe explorar las circunstancias *de jure* y *de facto* del caso. Es posible que el análisis jurídico sea relativamente sencillo, una vez establecidos los hechos acerca de los cuales se ha producido el litigio, pero éstos pueden ser extraordinariamente complejos y hallarse sujetos a pruebas difíciles, necesariamente prolongadas o de complicada, costosa, azarosa o tardía recaudación. También puede suceder lo contrario: relativa claridad y sencillez de los hechos, en contraste con problemas severos en la apreciación jurídica o en la calificación de aquéllos: pareceres encontrados, jurisprudencia cambiante, legislación incierta, razones atendibles en sentidos diferentes o discrepantes.
>
> También parece preciso, en el análisis de esta misma materia, considerar el número de relaciones que concurren en el litigio. A menudo no se trata de una sola, sino de múltiples relaciones que acuden a la controversia y que es preciso explorar, desentrañar. Igualmente es menester tomar en cuenta el número de participantes en las relaciones materiales y en la tramitación procesal, con sus respectivas posiciones, sus derechos, sus intereses llevados a juicio, sus razonamientos y expectativas. Y habrá que atender a las condiciones en las que se analiza la causa, que pueden hallarse bajo presión de contingencias de diverso género, desde naturales hasta sociales […].
>
> En este campo vienen a cuentas la insuficiencia de los tribunales, la complejidad del régimen procedimental envejecido, la abrumadora carga de trabajo, incluso con respecto a tribunales que realizan un serio esfuerzo de productividad. Es necesario conocer estos datos de la realidad, pero ninguno de ellos debiera gravitar sobre los derechos del individuo y ponerse en la cuenta desfavorable de éste. El exceso de trabajo no puede justificar la inobservancia del plazo razonable, que no es una ecuación nacional entre volumen de litigios y número de tribunales, sino una referencia individual para el caso concreto. Todas aquellas carencias se traducen en obstáculos, desde severos hasta irremontables, para el acceso a la justicia. ¿Dejará de ser violatoria de derechos la imposibilidad de acceder a la justicia porque los tribunales se hallan saturados de asuntos o menudean los asuetos judiciales?[676].

El criterio de la complejidad de la causa es un modelo que se aplica también a otro tipo de procesos no penales, dando lugar a que se estudien y analicen los argumentos que se tengan para explicar las demoras inusitadas de un caso judicial. Así Argentina fue condenada en el Caso *Furlan* pues se encontró que en el asunto no existían aspectos o debates jurídicos o probatorios que permitiesen inferir una complejidad cuya respuesta requiriera el transcurso de un lapso de casi doce (12) años. Por lo tanto –se dijo-, la dilación en el desarrollo y ejecución del proceso civil por daños y perjuicios en el presente caso no puede justificarse en razón de la complejidad del asunto[677].

6.7 Quinto criterio: La actitud de la autoridad judicial en el trámite del expediente

También la Comisión IDH había sostenido que la detención preventiva representa la privación de la libertad de una persona que todavía goza de la presunción

---

[676] Voto concurrente de Sergio García Ramírez en el *Caso Valle Jaramillo y otros vs. Colombia.* Sentencia de 27 de noviembre de 2008. Serie C N° 192, párrs. 3 y ss.

[677] *Caso Furlán y Familiares vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 31 de agosto de 2012. Serie C N° 246.

de inocencia, por ello entiende que la encarcelación debe basarse exclusivamente en la probabilidad de que el acusado abuse de la libertad condicional y proceda a la fuga, y en el hecho de que un acusado libre pueda convertirse en un riesgo significativo.

De ambos conceptos, se reconoce la imposibilidad de traducir el concepto "plazo razonable" utilizado por el art. 7° inc. 5° de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos -art. 75 inc. 22, Constitución Nacional- en un número fijo de días, meses o años, o en variar la duración según la gravedad de la infracción, sino que hay que tener en cuenta la complejidad de los acontecimientos analizados, el número de personas involucradas y otras circunstancia.

Claro está que el tiempo incide sobre la persona que está detenida, y no lo es tanto para quien no lo sufre. Pero en esta diatriba uno se pude interrogar si el plazo razonable es un derecho individual, o también interesa a la sociedad la pronta solución de los conflictos de cualquier especie[678]. Si así fuera, es indudable que habrá que analizar el comportamiento de las autoridades que responsables para derivar de ello la premura o abulia que ponen en el deber de investigar, o de actuar con celeridad.

El principio de legalidad, que establece la necesidad de que el Estado proceda al enjuiciamiento penal de todos los delitos, no justifica que se dedique un período de tiempo ilimitado a la resolución de un asunto de índole criminal.

> De otro modo, como ya se adelantó, se asumiría de manera implícita que el Estado siempre enjuicia a culpables y que, por lo tanto, es irrelevante el tiempo que se utilice para probar la culpabilidad, cuando, conforme con las normas internacionales, el acusado debe ser considerado inocente hasta que se pruebe su culpabilidad (1 de marzo de 2001, *Informe 12/96*, caso 11.245: Argentina).

> Si bien no hay plazos ni términos, se considera que se ha llevado por demasiado tiempo el expediente que prolonga el proceso por más de cinco años, sin que se haya dictado sentencia de término (informe anterior citado). Temperamento que asume la jurisprudencia al sostener que, la prolongación del proceso por más de cinco años sin que se haya dictado sentencia constituye una violación del derecho a ser oído con las debidas garantías y dentro del plazo razonable que establece el art. 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CNFed. Crim. y Correc., Sala I, 25 de septiembre de 1998, "*Fridman, Salomón*", La Ley, 1999-C, 266).

En materia civil los principios no son diferentes, aunque se puedan encontrar distancias respecto al tiempo preciso que debe tener un determinado procedimiento.

Partiendo de los planteos antes efectuados, existen condiciones necesarias para evidenciar las dilaciones indebidas (injustificadas) del juez o tribunal. No se trata únicamente de sancionar la conducta omisiva, ni la pasividad o lentitud tenida en el

---

[678] La Corte Suprema ha dicho que […]: La garantía a obtener un pronunciamiento judicial que defina de una vez y para siempre la situación ante la ley y la sociedad, se basa en que el Estado con todos sus recursos y poder no tiene derecho a llevar a cabo esfuerzos repetidos para condenar a un individuo por un supuesto delito, sometiéndolo así a las molestias, gastos y sufrimientos, y obligándolo a vivir en un continuo estado de ansiedad e inseguridad, y a aumentar también la posibilidad de que, aun siendo inocente, sea hallado culpable (Fallos: 272:188). Amén de tales perjuicios que le ocasiona al imputado un proceso que dura años, el Estado también se ve perjudicado con dicha práctica, no sólo por el dispendio jurisdiccional que ella significa, sino porque se distorsionan todos los fines de la pena, que para su eficacia requieren la menor distancia temporal entre el hecho y la condena". Además, mientras más tiempo transcurre, las pruebas que apoyan a la prosecución también se debilitan, pues "en la investigación criminal el tiempo que pasa es la verdad que huye" (del voto de los ministros doctores Carlos S. Fayt y Gustavo A. Bossert en Fallos: 322:360, considerando 17).

trámite, sino de advertir que el deber de respuesta judicial oportuna se desvirtúa por la inacción *in tempore*.

> El Tribunal Constitucional español dice respecto a un proceso examinado, que en él se han producido actuaciones redundantes e inútiles que provocaron una zigzagueante tramitación, de tal manera que el retraso ocasionado es imputable total y exclusivamente a la burocracia judicial, cuya despreocupación en este caso fue la causa de que se prolongara indebidamente una situación tan penosa como la estancia en una cárcel, cuando ello se pudo haber evitado desde el principio (TC, sentencia del 17 de enero de 1994, cfr. Riba Trepat).

Hay que recordar un viejo precedente nacional[679] que comenzó a incluir en la garantía de la defensa en juicio consagrada por el art. 18 de la Constitución Nacional el derecho de todo imputado a obtener -luego de un juicio tramitado en legal forma- un pronunciamiento que, definiendo su posición frente a la ley y a la sociedad, pudiera finalizar del modo más rápido posible, a la situación de incertidumbre y de innegable restricción de la libertad que comporta el enjuiciamiento penal.

Uno de los fundamentos da pie a una lectura que observa si la demora es imputable al tribunal y señala que […]

> Que tal derecho a un juicio razonablemente rápido se frustraría si se aceptara que cumplidas las etapas esenciales del juicio y cuando no falta más que el veredicto definitivo, es posible anular lo actuado en razón de no haberse reunido pruebas de cargo, cuya omisión sólo cabría imputar a los encargados de producirlas, pero no por cierto al encausado. Todo ello con perjuicio para éste en cuanto, sin falta de su parte, lo obliga a volver a soportar todas las penosas contingencias propias de un juicio criminal, inclusive la prolongación de la prisión preventiva; y con desmedro, a la vez, del fundamento garantizador -como tal de raigambre constitucional- que ha inspirado la consagración legislativa de ciertos pilares básicos del ordenamiento penal vinculados con el problema en debate, cuales son el del "non bis in ídem", el del "in dubio pro reo" y el que prohíbe la "simple absolución de la instancia".

En suma, este aspecto de la dilación indebida ocurrida por hechos que encuentran responsable al propio obligado de intervenir, no tiene vínculo con las dificultades de la instrucción e, inclusive, con el comportamiento de los demandantes, porque en ningún caso se explica, por sí solo, la duración del procedimiento, uno de cuyos principales motivos reside en la manera en que las autoridades condujeron el asunto[680].

6.8 Sexto criterio: La actuación de estas autoridades durante todo el procedimiento

La complejidad de la causa no exime ni excusa al juez para alcanzar una decisión oportuna, de modo tal que las dificultades de sustanciación no son motivos para facilitar la lentitud jurisdiccional.

La autonomía del criterio respecto al anterior no es solo funcional y subjetiva, pues se trata de verificar objetivamente las razones que llevan a una dilación imprudente de la causa. Por tanto, el respeto hacia el tiempo procesal justo, en materia punitiva, comienza desde que una persona conoce de la acusación, lo cual puede ser anterior al

---

[679] CS, "*Mattei, Ángel*", Corte Suprema de Justicia de la Nación, Fallo. 272:188.

[680] Fallos, 322:360.

mismo enjuiciamiento (supuestos de arresto, instrucción preliminar, averiguación previa, etc.) y se confronta con la duración del procedimiento.

Mientras antes se observa la actitud de obrar y de preferir una causa por otra; ahora se analiza objetivamente los procedimientos y sus consecuencias.

La privación de libertad previa a la sentencia no debe basarse únicamente en el hecho de que un presunto delito es especialmente objetable desde el punto de vista social, pues […]

> La decisión de mantener la prisión preventiva del imputado en el caso, como resultado de sus condenas previas, vulnera el principio de presunción de inocencia -protegido por la CADH-, así como el concepto de rehabilitación en el derecho penal, pues fundar en dichas condenas previas la culpabilidad de un individuo o la decisión de retenerlo en prisión preventiva es, en esencia, una perpetuación del castigo. Una vez que la persona condenada ha cumplido su sentencia o ha transcurrido el período de condicionalidad, debe restablecerse a dicha persona en el goce pleno de todos sus derechos civiles.
>
> La restricción a los derechos humanos debe ser proporcional al interés que la justifica y debe ajustarse estrechamente al logro de ese legítimo objetivo, por ello la razonabilidad y proporcionalidad se pueden determinar únicamente por la vía del examen del caso específico. En el caso, la inspección vaginal de las visitantes que ingresan a la penitenciaría -realizada por los agentes del Servicio Penitenciario Federal- es mucho más una medida restrictiva, pues implica la invasión del cuerpo de la mujer, por lo que el equilibrio de intereses que se debe hacer, al analizar la legitimidad de dicha medida, necesariamente requiere sujetar al Estado a una pauta más alta con respecto al interés de realizar una revisión vaginal o cualquier tipo de requisa invasiva del cuerpo[681].

En suma, es oportuno precisar el concepto de dilación, caso por caso, de forma tal que permita discernir algunas pautas sobre lo que debe entenderse por razonabilidad de los tiempos de duración de un proceso, y el significado y alcance de su exceso. Además, permite descubrir cuando esa dilación es indebida, por superar negativamente todos los criterios de justificación y pertenecer al ámbito de diligencia exigible a los tribunales de justicia, con abstracción de la laboriosidad de su titular.

> Una vez más dice el Tribunal Constitucional español que, en estos casos, sólo al órgano judicial es reprochable el retraso. Que éste sea imputable al titular del órgano judicial, o sea producto de defectos estructurales o de organización carece de relevancia para apreciar la lesión del derecho fundamental (TC, sentencia del 5 de mayo de 1990). De este modo, dice Riba Trepat, se institucionaliza la imputación de la violación del art. 24.2 de la Constitución, de manera que, en principio, se objetivaría la responsabilidad derivada del ilícito procesal[682].

6.9 Séptimo criterio: Conducta del acusado

Este es un argumento que se aplica en sentido inverso al principio; es decir, si es el mismo acusado quien no colabora para la celeridad en el trámite, su propia conducta no puede aplicarse como argumento en favor de encontrar dilaciones indebidas en el proceso.

---

[681] Comisión IDH, Informe Nº 38/96¸ *Caso* 10.506 Argentina.

[682] Riba Trepat, ob. cit., p. 292.

Son los supuestos clásicos de quienes se pretenden amparar en los beneficios de la eximición de prisión sin haberse puesto a disposición de las autoridades jurisdiccionales.

> Pese a que el criterio tiene fundadas resistencias. En este aspecto se ha dicho que, no se advierte la necesidad de que a quien se le haya revocado la excarcelación o la eximición de prisión deba constituirse como detenido para peticionar su libertad, pues la concesión del beneficio de disfrutar de ella mientras dure el proceso no depende de que el procesado la pida desde el encierro, sino de las prescripciones permisivas del ordenamiento iguales, como ya se dijo, para uno y otro instituto. Por otra parte, la ley no autoriza a hacer distinciones, pero si alguna duda subsistiere al respecto, el espíritu de aquélla indica que debe evitarse todo encarcelamiento inútil (del voto en disidencia del doctor Gómez) (CNCrim. y Correc., Sala III, 21 de noviembre de 1980, "*Castellanos, Luis M. R.*", JA, 981-II-140).

En materia civil, el problema de las demoras injustificadas deben ponerse en paralelo con la interpretación judicial que se tenga respecto al deber de instar el proceso, la pertenencia del objeto procesal y, en mayor medida, el sentido que se asigne a la garantía de la defensa en juicio.

En efecto, la dinámica procesal permite considerar como se dijo al comienzo, dos posiciones claves en la cuestión. Quienes dicen que el proceso es cosa de partes, no autorizarían bajo ningún concepto que se pudiera sancionar la demora judicial o la inactividad de las partes; mientras que el sector que procura el activismo judicial -donde predicamos-, estima que el control y dirección del juez es imprescindible, y obliga a cumplir tiempos y responsabilidades para los litigantes y para el mismo órgano jurisdiccional, porque el plazo razonable se concibe en términos de solución justa, equitativa y oportuna.

> Hemos mostrado en otro libro[683] la diferencia que se traza entre estas dos tendencias de la teoría procesal, para tomar posición sosteniendo que, el proceso judicial tiene dos variables. Por un lado se puede interpretar que es una actividad política del Estado por medio de la cual ejerce el poder de resolver el conflicto que tienen las personas que habitan en su suelo. Ese poder es una derivación de la confianza de las personas que antes resolvían por sí mismas las diferencias (siendo una evolución que va desde la venganza privada a la confianza en un tercero que puede ser el más anciano, el buen padre de familia, el jefe del clan, etc.), y por ello, la recepción de esa delegación del poder de juzgar se convierte, al mismo tiempo, en un deber inexcusable.

Por otro lado, el proceso judicial es una garantía constitucional. Preexiste al conflicto y es la reserva de justicia que tiene asegurada cualquier persona cuando encuentra que sus derechos están afectados. Esta garantía puede ser vista desde un modelo estanco y simple, que asegura el derecho de defensa en juicio y con ello, dejar en manos de las personas el ejercicio activo de esa defensa y en el poder del Estado la facultad de ofrecerle un instrumento, medio o lugar donde debatir en igualdad de condiciones y bajo un sistema de absoluta imparcialidad. O bien, se puede exigir del Estado algo más, es decir, que la justicia que ofrece sea útil y efectiva. Que no se destine a un formalismo simplista de dar u ofrecer el instrumento o medio de debate, sino que esos jueces estén atentos y vigilantes al contenido de la contienda, para dar un servicio activo, basado en la prudencia, donde la oportunidad y la justicia deben llegar juntas. Es decir, el proceso judicial es una esperanza que no se puede desvanecer por su ineptitud para llegar a tiempo con sus respuestas.

---

[683] Gozaíni, *Problemas actuales del Derecho Procesal Garantismo vs. Activismo*, cit., ps. 77 y ss.

La defensa en juicio es otro aspecto de una misma cuestión. Nuestro sistema procesal permite repetir actuaciones inoficiosas y desgastantes que se amparan en el derecho de postulación, alegación y réplica, exagerando demasiado los tiempos procesales que se dilatan ante la obligación de sustanciar. Si a ello se agrega el poco, escaso o nulo control judicial -oportuno-, observaremos que la dilación procesal y todas las demoras tienen justificaciones formales, pero inapropiadas en el marco actual donde se emplaza el debido proceso constitucional.

El principio de colaboración debiera revertir la noción de lucha en el proceso, y aunque esto pueda verse como un desatino teórico, no está lejos del fin último que la justicia persigue: alcanzar la verdad y resolver con justicia dando satisfacción a cada litigante. De otro modo, pervive el criterio respecto a unos ganan y otros pierden y ambos salen insatisfechos por circunstancias diversas.

Por eso, si la conducta procesal tiene consecuencias, será posible remediar la eficacia de sus actuaciones en orden a mejorar los tiempos y pese a que se diga que ello es un acto propio del autoritarismo judicial. Por otro lado, cuando la prolongación judicial sea fruto de la inadecuada actuación del juez o del Tribunal, el comportamiento de las partes no tendrá importancia porque el impulso ha de ser de oficio, y aunque no lo sea, será deber judicial encontrar en los principios procesales enunciados al comienzo, las pautas certeras para alcanzar una sentencia oportuna.

> Esta es la tendencia que trae el Tribunal Europeo de Derechos Humanos al considerar sobre hechos concretos la noción de "plazo razonable". Sea como fuere -dice Riba Trepat-, lo cierto es que el planteamiento que actualmente subyace en la doctrina constitucional en materia de dilaciones indebidas se ha subjetivizado de tal forma que en realidad el carácter indebido de la dilación descansa en el agente de la produce; de modo que si se entiende que la misma obedece al comportamiento de la parte, se resuelve desestimando el recurso. Por el contrario, cuando de las circunstancias del caso, más allá de la mera contemplación de su dimensión temporal, se llega a la convicción de que el recurrente en nada interfirió respecto al desarrollo del proceso, se imputa al órgano judicial y, en consecuencia, se declara la lesión del art. 24.2 de la Constitución (española).

7. Autonomía del concepto de *plazo razonable*

Si dejamos sentado que el plazo razonable define un derecho subjetivo nuevo que tiene todo litigante para que su conflicto sea resuelto en tiempo razonablemente oportuno; cabe también proyectar el análisis a una segunda línea de investigación que consiste en resolver si el derecho a la tutela judicial efectiva, que reiteramos tiene correspondencia con nuestro derecho al amparo (art. 43, CN), es independiente del derecho a obtener sentencia en un plazo razonable.

La conexión parece obvia pero no lo es tanto cuando se trata de perseguir la rapidez como un objetivo del debido proceso.

En efecto, el contenido de una y otra garantía se autoabastecen y retroalimentan, llegando a confundirse en algunas circunstancias; por ejemplo, cuando la sentencia tarda en llegar y se pierde el interés en la resolución definitiva por haber devenido abstracta.

Pero el plazo razonable, si bien no tiene varas ni es conveniente que las tenga, sí encuentra parámetros de medición en las dilaciones indebidas.

Éstas tienen reconocimiento en los Tratados y Convenciones antes citados, y establecen el derecho que se propicia aunque no se refieran expresamente al cumplimiento estricto de los plazos procesales. Por ello, no cualquier violación en los términos (v.gr.: el plazo de prueba será de cuarenta días, y en los hechos supera holgadamente este espacio temporal) supone violación al principio (o regla) del plazo razonable, pero sirve para advertir si la demora sucede por un motivo indebido de dilación estructural o provocada por las partes.

La tutela judicial efectiva se integra en el conjunto de requisitos constitucionales y supranacionales que venimos destacando: acceso a la justicia, juez independiente e imparcial, juicio justo y sin abyectas solemnidades, sentencia fundada y ejecución posible, todo en el marco de una dimensión temporal que sea razonable.

Este marco de garantías mínimas no se ciñe ahora al clásico perfil del art. 18 de la Constitución Nacional, porque debe cubrir dichas exigencias que se integran como *componentes actuales* de esa obligación de preservar el derecho a la protección judicial efectiva.

> Dice Morello[684] que la derivación del nuevo emplazamiento de las garantías no es producto solamente de la evolución, sino que está previsto en los arts. 1º, 2º, 8 y 25 del Pacto de San José de Costa Rica, que repudian las manifestaciones del exceso ritual, las contradicciones y negligencias que agravan el acceso o impiden el reconocimiento de los derechos fundamentales. El primer y básico es el de contar efectivamente con la jurisdicción a fin de que el querellante haga valer los medios que le preserven su reputación y el acceso a la justicia (arts. 11 y 8.1, Convención citada). Obligación de garantía que también deben cumplimentar los órganos jurisdiccionales, atento que el ya mencionado art. 2º impone al Estado adoptar al efecto no solo medidas legislativas, sino también de otra naturaleza, entre las que se cuentan, indudablemente las decisiones judiciales.

Tampoco se trata de crear en el derecho un contenido inasible, como tampoco provocar una reglamentación que lo torne estéril. La razonabilidad sigue siendo el molde donde adaptarse.

En ese grupo contextual se inserta el *plazo razonable* como derecho autónomo a reclamar una indemnización del Estado cuando la demora en dictar sentencia, o habiéndola dictado, excede todo límite tolerable. La independencia conceptual no impide espejar ambas circunstancias: si el proceso se interpreta vulnerado en su eficacia por la resolución adoptada fuera de los tiempos considerados como razonables; al mismo tiempo se afecta la garantía a la tutela judicial efectiva; mientras que la situación inversa no es igual.

De todas formas, considerar que es éste un derecho de contenido indemnizatorio supone limitar su alcance y eficacia, al dejarlo yacente en el campo de lo puramente individual y como derecho subjetivo privado.

> Los derechos entendidos como pretensión de reparación de la injusticia tienen sólo un valor transitorio –dice Zagrebelsky-, por cuanto persiguen la vigencia del orden justo y pierden significado una vez alcanzado el resultado. En ese momento, los derechos en sentido subjetivo están destinados a confundirse con el derecho objetivo. En una situación de justicia realizada, si se debe algo a alguien no es porque éste tenga un *derecho*, en el sentido de una pretensión de su voluntad, sino porque eso viene impuesto como deber por el orden del ser. Son los deberes de todos hacia los demás los que están destinados a asentarse de una manera estable, como situación empírica permanente. En otras palabras,

---

[684] Morello, *Estudios de Derecho Procesal*, tomo I, cit., p. 123..

> en las sociedades justas la categoría dominante es la de los deberes, no la de los derechos[685].

Si se trata de definir (o encontrar) la longevidad de un proceso judicial, lo es para resolver la crisis que lo lleva a esa situación; como para resolver el daño sufrido por quien lo padece.

Lo primero es de política judicial donde el sistema organizacional trasciende el espacio de estos comentarios; en cambio, para deducir si un proceso devino irrazonable por la pauta temporal cumplida, tiene consideraciones de posible comprensión.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos marca conductas a considerar, que en alguna medida hemos desarrollado como los *siete criterios* de dilaciones indebidas en el proceso penal. La diferencia está en que se extienden los presupuestos a todo tipo de procesos.

Dichos estándares procuran establecer cuando aparece violado el principio del plazo razonable; y que perjuicios tiene o provoca al que afirma dicho resultado.

Ellos son:

a) la complejidad de la causa;

b) la conducta de las partes en el proceso;

c) el análisis de la función jurisdiccional, y

d) las consecuencias que tiene la demora.

> Dice Vallespín Pérez que el Tribunal Constitucional español agregó un quinto elemento: *la duración media de los procesos del mismo tipo.* Condición que tiene gran resistencia en la doctrina, porque como ha dicho Díez Picazo, el carácter indebido de una dilación no puede hacerse depender de la estadística ni del mejor o peor funcionamiento de la administración de justicia. Es más, la incorporación del criterio del estándar medio de la duración de los procesos entre en contradicción con el resto de la doctrina del Tribunal Constitucional sobre dilaciones indebidas, pues es incongruente predicar, de una parte, que la avalancha y acumulación de asuntos o las deficiencias estructurales no son justificación de las dilaciones; y, de otra, afirmar que la razonabilidad o no de una demora depende, entre otras cosas, de la duración media de los procesos de un tipo[686].

7.1 Complejidad de la causa. Dificultades intrínsecas

Varias veces se ha dicho que no se puede válidamente confrontar los tiempos previstos para el desarrollo del procedimiento con los acaecidos en el devenir judicial de la causa, para deducir de ellos la aplicación de la regla del plazo razonable.

Los retrasos judiciales tienen que ser imputables, lo que no sucede cuando se aprecian factores extraprocesales que explican las demoras.

> La Corte Nacional por ejemplo, sostuvo que, la gravedad, complejidad y especificidad de los sucesos investigados con motivo del atentado perpetrado contra la Embajada de Israel, así como la extensión del sumario instruido hasta la fecha, y la posible vinculación de la causa con diferentes expedientes judiciales en trámite ante otros tribunales, exige la creación de una estructura especializada y con dedicación exclusiva, para agilizar la

---

[685] Zagrebelsky, *El derecho dúctil*, cit., p. 46.

[686] Vallespín Pérez, ob. cit., p. 236.

> pesquisa. Así, por medio de la acordada 26/97, se dispone la creación de la secretaría especial para la sustanciación de dicha causa (CS, 12 de agosto de 1997, "*Embajada de Israel*", La Ley, 1997-E, 98 - DJ, 1997-3-306).

La complejidad de la causa es un concepto que se relaciona con los hechos y con la prueba, que suponen tener que invertir un esfuerzo mayor al que normalmente tiene la etapa probatoria, o la interpretación de las circunstancias que concomitan en la litis. No se trata, claro está, de asignar demora imputable al juez que aplica el Código a pie juntillas, porque en definitiva, es el sistema procesal que impera y tiene que respetar.

> Por eso, se afirma que corresponde desechar la imputación relativa al excesivo formalismo y retardo de justicia atribuidos al magistrado, cuando la complejidad de la causa e incluso la propia negligencia del letrado al formular sus peticiones, explican el prolongado trámite de las inhibiciones y del embargo decretado, pero no autorizan a presumir anomalía alguna (Fallos, 301:242).

Hay situaciones donde el exceso en las facultades judiciales puede ocasionar una rémora atribuida a dichas potestades.

> En este aspecto se afirma que, en caso de procedencia de la acción de amparo por mora de la administración, el plazo que se determina para que ésta se expida no obedece a cánones fijos, sino que responde a una estipulación prudencial del juez de la causa, sobre la base de la naturaleza o complejidad de las tramitaciones pendientes. No obstante ello, el ejercicio de tales atribuciones jurisdiccionales no puede aparejar que el tribunal amplíe los plazos para que las oficinas técnicas de la comuna laboren en mejores condiciones, cuando esa concesión se hace a costa de los padecimientos del administrado, que por el solo hecho de pagar sus contribuciones e impuestos, tiene derecho a la prestación de un servicio adecuado en el que está comprendido el despacho en tiempo propio de los expedientes administrativos (CNCiv., Sala A, 27 de mayo de 1996, "*Ceriani, Benjamín V. c. Municipalidad de Buenos Aires*", La Ley, 1997-F, 942 [39.999-S]).

La complejidad requiere de lecturas flexibles, porque no se pueden dar reglas generales ni aplicar criterios estancos. Por ejemplo, la complejidad de la investigación de los hechos en averiguación en la causa y el gran número de implicados, no pueden ser obstáculo para que sea llevado a juicio un caso perfectamente deslindado de las investigaciones pendientes y de los trámites respecto de otros imputados.

> Por eso, no se configura defecto en la administración de justicia si las demoras no son imputables a los funcionarios judiciales o la ausencia de ellos, máxime, si el proceso duró casi 5 años debido a la complejidad de la causa y a la cantidad de medidas de prueba, por aplicación del art. 442 Código Procesal que excluye expresamente del cómputo de plazos del art. 701 del mismo cuerpo legal las demoras causadas por articulaciones de las partes, diligenciamiento de oficios o exhortos, realización de peritaciones u otros trámites necesarios, cuya duración no dependa de la actividad del juzgado (CNFed. Civ. y Com., Sala III, 2 de mayo de 1997, "*Rosa, Carlos A. c. Ministerio de Justicia y otro*", La Ley, 1998-B, 561).

En la misma senda transitan los plazos acordados desde la Convención Americana sobre Derechos Humanos, donde se ha de indicar que el plazo máximo de duración de dos años que prevé el art. 1° de la ley 24.390 (de acuerdo con las recomendaciones oportunamente dadas por la CIDH) respecto de la prisión preventiva no es absoluto, por cuanto la misma norma faculta la prórroga de dicho lapso cuando sean varios los delitos que se endilguen o bien cuando así lo exija la complejidad de la causa.

Finalmente cabe agregar que, la dificultad que tenga el trámite debe apreciarse objetivamente, sin que ello impida encontrar casos de dilaciones indebidas en alguna

etapa del conjunto (v.gr.: un proceso puede tener lentitud sin constituir *in totum* un plazo irrazonable, y llevar varios años esperando la decisión del Superior Tribunal de la causa, constituyendo esa instancia un retraso temporal imputable a un órgano en particular).

7.2 Conducta de las partes

El proceso judicial tiene reglas temporales y principios que afirman la conducta leal, proba y honesta de los litigantes. En líneas generales, la buena fe en el proceso supone que las partes ejercitarán su respectivo derecho de defensa sin excesos ni abusos.

La mala fe, a *contrario sensu*, es una noción compleja. Para advertirla en el litigio, es menester atender su componente subjetivo, consistente en la intención o conciencia de perjudicar o engañar, y su elemento objetivo, es decir, la imprescindible manifestación externa de esa conciencia dolosa.

Ambas relaciones coinciden con el concepto ético social que comprende la buena fe. El elemento ético sería la mala intención o conciencia de la propia sinrazón; y el valor social, la actuación de la parte demostrada en sus propios actos.

> Por eso, en el derecho procesal, la intención no es causa bastante para sancionar, aunque debe recordarse que "*la conducta observada por las partes durante la sustanciación del proceso podrá constituir un elemento de convicción corroborante de las pruebas para juzgar la procedencia de las respectivas pretensiones*" (art, 163 inciso 5º párrafo agregado por la Ley 22.434, al Código adjetivo de la Nación).

Ahora, si la buena fe es la justa opinión de que lo que se ha hecho o se tenía el derecho de hacer; la presunción de buena fe, no es más que un principio general, del cual cabe apartarse, no sólo cuando se proporciona la prueba de la mala fe -que puede ser a través de presunciones graves, precisas y concordantes- sino también cuando las circunstancias del caso demuestren que la *bona fides* no puede haber existido.

En tal sentido, quien ha urdido con sus actos una prolongación innecesaria del proceso (malicia, en sentido estricto) no puede reclamar después por la demora inusual, y menos aun, pretender beneficiarse con una reparación indemnizatoria. De esta conclusión surge que un litigante va contra sus propios actos cuando intenta formular una pretensión, dentro de una determinada situación litigiosa, que no es compatible con su obrar primero.

La doctrina de los actos coherentes se ampara en la buena fe, en cuanto el ordenamiento jurídico impone a los sujetos el deber de proceder, tanto en el desenvolvimiento de las relaciones jurídicas como en la celebración y ejecución de los negocios jurídicos, con rectitud y honradez.

Esta política, extendida al proceso, significa que la pretensión marca el hilo conductor de un juicio, condicionando a las partes y al juez, en razón del principio de congruencia, a ajustar sus intervenciones a los hechos y al derecho suscitado en la instancia.

7.3 Análisis de la función jurisdiccional

Las demoras procesales, a veces, son producto de la actividad del órgano jurisdiccional. Ello puede tener dos ángulos de observación: o se limita al caso concreto medido en su dimensión de tiempo y espacio; o se analizan otras circunstancias coadyuvantes en la rémora, como las deficiencias estructurales o la coyuntura afrontada.

> El primer supuesto tiene consideración jurisprudencial en el caso "*Mattei*" (Fallos, 287:248) donde la Corte destaca que, debe reputarse incluido en la garantía de la defensa en juicio consagrada por el art. 18 de la Constitución Nacional el derecho de todo imputado a obtener –luego de un juicio tramitado en legal forma- un pronunciamiento que definiendo su posición frente a la ley y a la sociedad, ponga término, del modo más rápido posible, a la situación de incertidumbre y de innegable restricción de la libertad que comporta el enjuiciamiento penal.
>
> También se afirmó que, como la duración razonable de un proceso depende en gran medida de diversas circunstancias propias de cada caso, el derecho a ser juzgado sin dilaciones indebidas no puede traducirse en un número de días, meses o años; sin embargo hay algunos factores insoslayables para saber si se ha conculcado la garantía a obtener un juicio rápido: la duración del retraso, las razones de la demora y el perjuicio concreto que al imputado le ha irrogado dicha prolongación (del voto en disidencia de los doctores Fayt y Bossert (CS, 16 de marzo de 1998, "*Kipperband, Benjamín*", La Ley, 2000-B, 831 [42.449-S]).

En el caso "*Cantos*", la Corte IDH afirmó al analizar la conducta de las autoridades competentes, que no era un plazo razonable los diez (10) años transcurridos desde la presentación de la demanda hasta la resolución emitida por la Corte Suprema. Además, la Comisión advirtió que el expediente judicial estuvo un año fuera de la Corte Suprema de Justicia, y ésta, a su vez, demoró otro año en resolver la última solicitud sobre el beneficio de litigar sin gastos; mientras tanto, expidió el auto para dictar sentencia y emitió ésta un año después.

Desde otra perspectiva, se piensa que la insuficiencia de medios económicos, la ausencia de infraestructura, la imposibilidad de afrontar situaciones de emergencia, sin contar otras deficiencias estructurales y normativas, son fundamentos que impiden imputar responsabilidad a los jueces por las demoras incurridas en la sustanciación y resolución de un litigio.

> Esta es una posición más flexible que permite distinguir entre aquellas situaciones pasajeras que surgen como consecuencia de un imprevisto y extraordinario aumento del número de procedimientos en determinadas jurisdicciones y órganos judiciales; y aquellas otras, de carácter prolongado y estructural, que se producen tan sólo a partir de la inactividad del órgano judicial, que sin justificación alguna deja transcurrir el tiempo sin impulsar de oficio el procedimiento, sin emitir su resolución de fondo u omitiendo la adopción de medidas oportunas y adecuadas para lograr la satisfacción real de las pretensiones de las partes (caso *Neumeister*, sentencia de la CEDH, del 27 de Junio de 1968; cfr. caso *Buchholz* del 6 de Mayo de 1981).

No obstante, cuando se aplica este criterio también suele derivarse la responsabilidad hacia el Poder Ejecutivo, por no haber aportado soluciones presupuestarias y, en consecuencia, haber contribuido a las dilaciones provocadas en los procesos judiciales.

> Dice Vallespín Pérez que el Tribunal Constitucional español sintetiza el problema en tres factores: a) el carácter indebido de la dilación no exige negligencia del juez en la protección del retraso; b) la acumulación de asuntos que pueda exculpar al juez no justifica la dilación

> en la producción del retraso; y c) la carencia de medios estructurales de los órganos judiciales no puede ser esgrimida como elemento de carácter exculpatorio[687].

7.4 Consecuencias de la demora. Reparación y prevención del daño

Las demoras en el trámite judicial que lo llevan a desarrollarse en un plazo irrazonable, obliga a resarcir a la víctima, que se ampara en el principio "*el daño injustamente causado origina el deber de reparar*".

Al referir al plazo razonable, la imputación de los factores de postergación que viola la oportunidad temporal para conseguir resultados útiles y efectivos, no se considera únicamente con la terminación del proceso. En efecto, también las etapas pueden balancear el tiempo aplicado, de manera que la reparación pensada al inicio, puede tornar hacia otra pretensión, de carácter preventivo, que busca evitar el daño.

De este modo, en lugar de pagar una indemnización que sustituye el dolor a cambio de una suma de dinero, aparece la denominada acción preventiva que pretende impedir el perjuicio derivado de un daño potencial.

El tránsito de la reparación *ex post facto* a la prevención del daño, supone al mismo tiempo, modificar el eje de atención normativo. Mientras *ab initio* se castigó al autor del ilícito, actualmente se atiende la situación de la víctima. De este modo, el derecho a la indemnización que era un valor equivalente a la ponderación del daño sufrido, ahora se convierte en un derecho creditorio que persigue garantir en su integridad al derecho en sí mismo.

La relación daño efectivamente sufrido igual a derecho a la reparación, pierde consistencia en este fenómeno que visualiza la asignación de responsabilidad allí donde haya probabilidad de un daño injusto, difuminando el sentido objetivo antes consagrado. Con este mecanismo, la idea fuerza que impulsa el principio de "*plazo razonable*", se adecua mejor al destino pensado. Es decir, antes que reparar el perjuicio sufrido, es mejor prevenir la repetición de las demoras inusuales o provocadas en el procedimiento judicial.

Teniendo en cuenta la dimensión constitucional del problema, las posibilidades de actuar con el principio mentado pueden perseguir:

a) la satisfacción económica por la rémora judicial; o

b) impedir la continuación o repetición del plazo procesal excedido e irrazonable.

El peligro de daño debe ser acreditado sin necesidad de forzar el proceso de prueba, pues debe ser manifiesta la gravedad del hecho o estar apoyado en una fuerte probabilidad para que suceda.

> En la doctrina del Tribunal Constitucional español es posible distinguir tres niveles diferentes referidos al supuesto de retraso que pueden ser extrapolados a todo caso de funcionamiento anormal: el primero, constituido por la simple irregularidad procesal, que no goza de la consideración de funcionamiento anormal indemnizable cuando no exceda de las cargas o molestias inherentes al desarrollo de la actividad en cuestión; el segundo, aquél en que tienen cabida los casos en los que existen irregularidades procesales o con

---

[687] Vallespín Pérez, ob. cit., p. 288.

> incidencia en el proceso que alcanzan a ser configuradas como funcionamiento anormal indemnizable al concurrir los requisitos indispensables para ello; y el tercero, que incorpora aquellas irregularidades procesales o con incidencia en el proceso que comportan la vulneración de un derecho fundamental, que son también funcionamiento anormal, como ocurre en los casos de apreciación de las dilaciones indebidas (Vallespín Pérez[688]).

8. Extensión del plazo razonable a todo tipo de procesos

Así como el concepto repetido de dilaciones indebidas se tiene como pautas de medición para el plazo razonable; también las materias que conciernen con la determinación de los derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter, son llevadas al terreno de la solución en tiempo oportuno.

Dice la Comisión Interamericana que el concepto de debidas garantías se aplica también a esos órdenes y, por ende, en ese tipo de materias el individuo tiene derecho también al debido proceso que se aplica en materia penal (Opinión Consultiva 11/90; 10 de agosto de 1990).

> Asimismo, el artículo 8.1 establece el derecho que tiene toda persona de ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente. El derecho a un proceso "dentro de un plazo razonable" que prevé la Convención Americana se fundamenta, entre otras razones, en la necesidad de evitar dilaciones indebidas que se traduzcan en una privación y denegación de justicia en perjuicio de personas que invocan la violación de derechos protegidos por la referida Convención (dictamen de la Comisión del 15 de octubre de 1996, en "*Gral. Gallardo, José Francisco*").

Una vez más se aplica para nuestro país el art. 43 de la Constitución Nacional (que empalma con los arts. 8.1 y 25 del Pacto de San José de Costa Rica), imponiendo el derecho de *toda persona* a un *proceso rápido y expedito*.

Además, como el plazo razonable integra los contenidos esenciales del debido proceso, no se podría interpretar un sistema procesal diferente según la fisonomía del problema o el interés que en el mismo se ponga.

> Explica Zagrebelsky que los principios constitucionales carecen de supuestos de hecho y, por tanto, no pueden ser utilizados en la operación lógico jurídica de una sentencia (en particular, la *subsunción en el supuesto de hecho*), que según la tradición del positivismo jurídico, es la única a la que podría referirse el término "aplicación" efectuado al concretar el control de constitucionalidad.

9. ¿Se pueden dar pautas generales para definir el tiempo del plazo razonable?

Con insistencia destacamos la inconveniencia de establecer pautas temporales para indicar la aparición del plazo irrazonable en la duración de los procesos.

Inclusive, el mismo sentido de las palabras "*plazo razonable*" deja abierto el camino para la amplitud interpretativa; y hasta sería imprudente propiciar reglas o principios que con el devenir y progreso de las instituciones lleve a su misma contradicción. De algún modo, el *plazo razonable* es un concepto abierto, como lo son la moral, las buenas costumbres, el buen padre de familia, el orden público, y otras tantas voces donde la indefinición muestra la incapacidad del legislador para encontrar

---

[688] Vallespín Pérez, ob. cit., p. 290.

precisión conceptual, o quizás, porqué no también, el mensaje implícito de impedir bloqueos lingüísticos donde se necesita libertad y criterios amplios.

Vale decir que la idea se concreta como un derecho en permanente evolución que se influye y modifica por los cambios y transformaciones que le inciden (v.gr.: reformas procesales; cambios constitucionales; exigencias sociales; etc.). Es un principio antes que una regla, y como tal tiene su norte en la justicia, antes que en resolver una deficiencia estructural.

> Por eso mismo, agrega Zagrebelsky, en las sociedades volcadas hacia el progreso, los derechos son una exigencia estructural y su difusión y potenciación constituyen factores de aceleración en los que se ha considerado una dirección empírica. El tiempo de estos derechos no tiene fin [...]. Por lo demás, que entre los derechos concebidos en vista de la justicia y la justicia *tout court* no existe un salto lógico es algo que ya se puede colegir de cuanto se ha dicho a propósito de su común naturaleza objetiva. Esto además se confirma en las discusiones actuales vinculadas a la definición de nuevos parámetros de justicia en las relaciones humanas. Es el tema que aparece bajo el nombre acaso demasiado fácil, de "nuevos derechos" o "derechos de la cuarta generación", en los que no resulta sencillo establecer si debe prevalecer el aspecto objetivo del deber o el subjetivo de los derechos[689].

Empero es válido tener un field donde reflejar los tiempos y comparar las circunstancias, criterio que como antes se dijo tiene España, aplicado como *duración media de los procesos de igual tipo.*

De este modo, el Poder Judicial recibe una doble imposición de fuente constitucional. Por un lado tiene que dar solución a los conflictos estructurales del sistema, y a renovar el método de enjuiciamiento cuando sea éste el motivo de los desvelos. Por otro, ha de fiscalizar el cumplimiento de los tiempos establecidos y aplicar con firmeza y prudencia las dilaciones que el tribunal mismo provoque.

El art. 167 del Código Procesal, sanciona con la pérdida de jurisdicción al juez o tribunal que no hubiere dictado sentencia dentro del plazo pertinente y prescribe la nulidad de la sentencia dictada con posterioridad a ese vencimiento. Si la parte se opone expresamente a tener por válida una sentencia tardía, la misma deberá ser anulada sin perjuicio de los agravios que se tengan contra la misma.

> Ahora bien, ese planteo expreso, no resulta atendible la cuestión si es deducida una vez que la parte ha tenido conocimiento de la sentencia que le es desfavorable, doctrina ésta fundada en el principio que exige rectitud y buena fe en el ejercicio de las acciones ante los tribunales de justicia (CS, 18 de noviembre de 1992, "*Destri, Humberto M. c. Zatti, Luis A. y otros*", Fallos, 304:1663).
>
> La nulidad que contempla el art. 167 apart. 3º del Código Procesal, como consecuencia de la pérdida automática de la jurisdicción derivada del vencimiento del plazo para fallar, sólo rige en los supuestos de sentencias definitivas, según resulta de generalizada interpretación y expresa referencia en el texto normativo citado, por lo que no procede dicha hipótesis en los casos de demora en proveer el escrito de apelación y en el que se plantee la nulidad de las actuaciones, ya que no se trata en ninguno de los casos de sentencia definitiva (del dictamen del Fiscal ante la Cámara que ésta comparte y hace suyo) (CNCom., Sala A, 29 de febrero de 1996, "*Tavella y Cía. S. A. s/ quiebra s/ inc. de rev. por: Banco Español del Río de la Plata",* La Ley, 1997-A, 361 (39.234-S), DJ, 1997-1-416).
>
> La multa es una sanción pecuniaria que no podrá exceder el 15% de la remuneración básica del juez de primera o segunda instancia, que resulta independiente de la pérdida de jurisdicción. No obstante no corresponde aplicar la multa, a los jueces de la Cámara de

[689] Zagrebelsky, ob. cit., p. 77.

> Apelaciones a quienes el recurrente denuncia por haber dictado sentencia vencido el plazo legal y sin solicitar uno nuevo a la Corte Suprema, si las razones expuestas por aquellos en el informe producido justifican, en el caso, la demora y omisión en que incurrieron (CS, 18 de noviembre de 1982, "*Berardi de Berardo, Adela c. Acre, María R*.", La Ley, 1983-C, 600 [36.405-S]).

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, cuando debió considerar el tiempo razonable de los procesos, estableció pautas en distintos casos. Por ejemplo, en *Neves e Silva c. Portugal* (27 de abril de 1989) dijo que el plazo de seis años y siete meses era excesivo para comprobar si la causa estaba o no prescripta. En *Troiani Marcelo c. Italia* (6 de diciembre de 2001) se ocupó de una denuncia radicada ante el Tribunal de disciplina de los abogados y sostuvo que ella no juzgaba en tiempo equitativo y razonable si había llegado a trece años y nueve meses, habiendo recorrido siete instancias. En la causa *Selva c. Italia* (11 de diciembre de 2001) que versaba sobre un reclamo contractual también declaró irrazonable el lapso corrido de catorce años en dos instancias; y finalmente en *Gentilhomme c. Francia* (14 de mayo de 2002), resolvió que se violaba el principio del plazo razonable cuando para decidir un juicio de daños y perjuicios, en única instancia, se había llegado a cumplir siete años, un mes y diecisiete días.

En definitiva, el derecho a un proceso rápido, sencillo y eficaz que obtenga sentencia dentro de un plazo razonable, evitando dilaciones indebidas, se consagra desde los Tratados y Convenciones internacionales, concretándose como derecho a la tutela judicial efectiva en el art. 43 de la Constitución Nacional.

No hay una obligación temporal establecida con parámetros, porque la medida del tiempo depende de las circunstancias, y pese a la generalidad del aserto, creemos que es más útil el sentido común, que la peligrosidad de reglas que impongan la rapidez sin control ni razones.

En suma, debido proceso es aquél que tiene reglas claras y simples que no dificultan el tránsito por sus diversas etapas, donde la actividad se ejercita en primer lugar a través de los recursos y mecanismos procesales que permitan dar al pleito el curso legal correspondiente.

La primera trinchera contra el retardo injustificado es el proceso mismo. Sólo cuando han fallado estas armas y se ha producido un daño a la parte, queda expedita la fórmula indemnizatoria que surge respaldada por la violación al plazo razonable. No se trata de resarcir el daño producido por el error judicial, que en todo caso, es diferente al supuesto que se analiza. Se pretende indemnizar al perjudicado por el anormal funcionamiento del servicio de justicia.

10. El procedimiento indemnizatorio en caso de violación al principio de *plazo razonable.*

Ya hemos visto que para determinar la existencia de un proceso ineficaz por violar el principio del plazo razonable, no se requiere comparar parámetros específicos; aunque se pueda echar mano a los criterios generales que tienen presente la complejidad del caso, el volumen de asuntos ante el órgano judicial, la conducta de los litigantes, el comportamiento de los órganos judiciales, las consecuencias perjudiciales del retardo, el alargamiento del proceso en relación con el "nivel medio admisible" y la valoración de las deficiencias estructurales de la organización judicial.

Si el cuadro a confrontar evidencia, por ejemplo, que la conducta de las partes obró a favor de la demora, en ningún caso habrá lugar a la indemnización cuando el error judicial o el anormal funcionamiento de los servicios proviene de quien reclama por el tiempo invertido que él mismo contribuyó para eternizar.

Lo mismo puede decirse cuando se comprueba el mero incumplimiento de plazos procesales establecidos (v.gr.: plazos para dictar las resoluciones judiciales), porque no es una causal aislada de los demás criterios.

La determinación de la indemnización tiene un sistema procesal específico, que parte de asignar competencia al órgano judicial de igual competencia que el denunciado, y si éste fuera la Corte Suprema de Justicia de la Nación, la misma se integraría con jueces *ad hoc* designados al efecto.

Cabe aclarar que se habla de un procedimiento especial independiente de los procesos de responsabilidad civil y penal de jueces y magistrados; porque lo que interesa es la producción de un daño en el patrimonio del litigante a causa de un retardo irregular del servicio de administración de justicia.

Esta cuestión es separable de la concurrencia de ilicitud en el juez o en los magistrados actuantes. Una variable sucede con el derecho de repetición que tenga el Estado contra el juez o magistrado que -con dolo o culpa grave- causó la demora indemnizada.

En realidad el sistema no es muy diferente del que debe situarse cuando se demanda la responsabilidad patrimonial del Estado. Corre el mismo plazo de prescripción, y se aplica el proceso ordinario de conocimiento.

> En España, el proceso es el propio de toda solicitud de iniciación de un procedimiento administrativo, tal como lo establece el art. 70 LRJPAC: nombre y apellidos del interesado (y, en su caso, del representante); identificación del lugar a efectos de notificaciones; hechos, razones y petición; lugar y fecha; firma del solicitante; órgano administrativo al cual se dirige.
>
> Se deben indicar las lesiones producidas y relación de causalidad entre éstas y el funcionamiento del servicio público. Recordemos: no basta la mera dilación. Es preciso que ésta genere un concreto daño en cualquiera de los bienes o derechos del litigante.
>
> Se debe evaluar la magnitud económica de la responsabilidad patrimonial: tal como indica el art. 2.2. del R.D. 429/1993, el procedimiento tiene como objetivo la fijación de la cuantía y del modo de la indemnización (no se limita, pues, a la declaración de la existencia de responsabilidad). Como pauta general, el art. 141.2 LRJPAC indica que "la indemnización se calculará con arreglo a los criterios de valoración establecidos en la legislación de expropiación forzosa, legislación fiscal y demás normas aplicables, ponderándose, en su caso, las valoraciones predominantes en el mercado".
>
> También se debe establecer el momento en que la lesión efectivamente se produjo: el art. 141.3 de la LRJPAC recuerda que "la cuantía de la indemnización se calculará con referencia al día en que la lesión efectivamente se produjo". Este precepto se remite, en materia de intereses de demora, a la Ley General Presupuestaria de 1988 (que declara que se tendrá en cuenta el interés general del dinero: arts. 45 y 36). Dicho esto, es cierto que el cómputo puede ofrecer dificultades (máxime en el momento primigenio del trámite). Por eso, el art. 6.1 del R.D. 429/193 sólo exige ahora esta evaluación económica "si fuera posible".
>
> Además, la instancia "irá acompañada de cuantas alegaciones, documentos e informaciones se estimen oportunos, y de la proposición de prueba, concretando los medios de que pretenda valerse el reclamante" (art. 6.1 del R.D. 429/1993).

En Europa donde el sistema se ha afinado, se establece un sistema por audiencias donde cabe lugar principal al encuentro de conciliación.

> Manuel J. Silva Sánchez y Juan Amenós Álamo, informan que el art. 8 de las normas antes citadas (LRJPAC) dispone que, en cualquier momento del procedimiento anterior al trámite de audiencia, el órgano competente, a propuesta del instructor, podrá acordar con el interesado la terminación convencional del procedimiento mediante acuerdo indemnizatorio. Si el interesado manifiesta su conformidad con los términos de la propuesta de acuerdo, se procederá a evacuar el trámite de informe del Consejo General del Poder Judicial. Posteriormente, el órgano competente someterá la propuesta de acuerdo para su formalización por el interesado y por el órgano administrativo que deba suscribirlo. Ahora bien, el Ministro de Justicia (o el órgano en que delegue) puede estimar improcedente la formalización de la propuesta de terminación convencional. En tal caso, dictará resolución en los términos ordinarios (que veremos de inmediato).
>
> Durante el plazo del trámite de audiencia, lo haya hecho o no con anterioridad, el interesado podrá proponer al órgano instructor la conclusión convencional del procedimiento, fijando los términos definitivos del acuerdo indemnizatorio que estaría dispuesto a suscribir con la Administración Pública (art. 11.2 del mencionado Real Decreto). Si el instructor está de acuerdo, se procede como en el supuesto anterior (informe del Consejo General del Poder Judicial y elevación de la propuesta ante el órgano competente para resolver).
>
> Estamos, en definitiva, ante una concreción de la terminación convencional del procedimiento administrativo, dispuesta con carácter general en el art. 88 LRJPAC. Al acuerdo también puede llegarse cuando -impugnada la resolución administrativa- nos hallamos ya en el litigio ante la jurisdicción contenciosa. El justiciable, que empezó solicitando a la Administración Pública una indemnización por dilación de un pleito, ha vuelto de nuevo al ámbito judicial y quizás el cuerpo le pide ya (perdónese la expresión) un mal acuerdo o lo que sea. Como un clavo ardiendo, aparece ante sus ojos el art. 77 de la nueva LJCA, que regula la transacción judicial. El art. 77.1 recuerda que esta transacción puede promoverse, en particular, cuando el juicio verse sobre estimación de cantidad. Del art. 77.2 se deriva que podrá producirse en cualquier momento anterior al día en que el pleito haya sido declarado concluso para sentencia. El art. 77.3, en fin, precisa que "si las partes llegaran a un acuerdo que implique la desaparición de la controversia, el juez o Tribunal dictará auto declarando terminado el procedimiento, siempre que lo acordado no fuera manifiestamente contrario al ordenamiento jurídico ni lesivo del interés público o de terceros". Dato capital en esta transacción será no únicamente la cuantía de la indemnización, sino también la posible estipulación de concretos plazos para su cobro.

El proceso se resuelve mediante la prueba del perjuicio, y aligerando la carga de las afirmaciones teniendo en cuenta que es el Estado quien está en mejores condiciones para demostrar que su funcionamiento no ha sido irregular.

> La resolución se ajustará con carácter general a lo dispuesto en el art. 89 LRJPAC expresión de los recursos que procedan y plazo para interponerlos, utilización de informes o dictámenes como motivación, etc.). Pero el art. 13.2 del R.D. 429/1993 exige que la resolución se pronuncie "necesariamente" sobre:
>
> • La existencia o no de relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público y la lesión producida.
>
> • La valoración del daño causado y la cuantía de la indemnización, explicitando los criterios utilizados para su cálculo.
>
> Un punto de generosidad nos ofrece el art. 141.4 LRJPAC cuando precisa que "la indemnización procedente podrá sustituirse por una compensación en especie o ser abonada mediante pagos periódicos, cuando resulte más adecuado para lograr la reparación debida y convenga al interés público, siempre que exista acuerdo con el interesado".

> Contra la resolución ya no cabe recurso administrativo (salvo el extraordinario de revisión) y queda expedita, por tanto, la vía contencioso-administrativa. Ya estamos de nuevo, pues, en el ámbito judicial. No hay aquí especialidad procedimental alguna, aunque sí queremos consignar la nueva redacción del art. 71.1.d) LJCA, relativo a un supuesto de estimación del recurso contencioso-administrativo:
>
> "Si fuera estimada una pretensión de resarcir daños y perjuicios, se declarará en todo caso el derecho a la reparación, señalando, asimismo, quién viene obligado a indemnizar. La sentencia fijará también la cuantía de la indemnización cuando lo pida expresamente el demandante y consten probados en autos elementos suficientes para ello. En otro caso, se establecerán las bases para la determinación de la cuantía, cuya definitiva concreción quedará diferida al período de ejecución de sentencia".

Cabe agregar que la persecución por lograr un plazo razonable en la terminación de los procesos, no es una máxima declamada sin más razonamientos que la utopía. Se trata nada más, ni nada menos que resolver uno de los más graves problemas de la administración de justicia en la hora presente y su resolución demanda una reflexión global sobre esta función del Estado.

Por tanto, para garantizar el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas (tal como propone el art. 24.2 Constitución española), el ordenamiento comparado ha dispuesto dos mecanismos.

El primero es la invocación del defecto en el curso del proceso (a través de la queja del litigante o de los recursos dispuestos por la ley rituaria). El segundo es la percepción de una indemnización que repare los daños que, en el patrimonio de la parte procesal, ha causado el retardo. Se configura así la dilación indebida como un supuesto de funcionamiento anormal de la Administración de Justicia.

La determinación de la indemnización sólo cabe si el retardo procesal ha causado un daño efectivo, evaluable económicamente e individualizado.

10.1 Legitimación

Una de las derivaciones que tiene otorgar un derecho indemnizatorio a quien padece los efectos del tiempo procesal, ocurre con la asignación de titularidad o legitimación procesal para el ejercicio de la pretensión resarcitoria.

Sucede que si al concierto de lo explicado con anterioridad este derecho se otorga a todos quienes hayan sido partes en sentido procesal, podría quedar el Estado constituido en damnificado, confundiendo la naturaleza y finalidad que tiene la dimensión constitucional del principio.

En efecto, si bien es cierto la doctrina administrativa esclareció oportunamente la personalidad del Estado cuando actúa en un proceso judicial, también sucede que consentir esa individualidad colisiona con esta garantía que se ejerce esencialmente “contra el Estado”.

> Consecuentes con esta interpretación, el Tribunal Constitucional español –dice Vallespín Pérez- sostienen también la exclusión de la Administración Pública en orden a que ésta pueda reclamar cuando sea parte en un proceso en el cual se ventilan relaciones sometidas al derecho privado. Esta conclusión la hacen descansar, de una parte, en que los derechos fundamentales son de titularidad exclusiva de los particulares frente al Estado; y, de otra, en que todos los poderes públicos han de prestar colaboración en el respeto de los derechos

> fundamentales, comprometiéndose a lograr el respeto del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas[690].

A igual tiempo, una interpretación tan sesgada genera una desigualdad en el tratamiento que debiera relegarse. No obstante, el estudio sistemático de los plazos procesales muestra, una vez más, la ambivalencia con que se reglamenta las situaciones procesales del Estado frente a los particulares, ofreciendo al primero una ampliación de plazos que no resiste el menor análisis cuando se piensa en el objetivo de aceleración y simplificación del litigio (v.gr.: art. 338 párrafo segundo del CPCC). En consecuencia, aunque se ratifica que el plazo razonable de un proceso no se cumplimenta con comprobar la oportunidad de los términos dispuestos; también es verdad que la extensión irrazonable de los plazos que benefician al Estado no le puede servir de causa para alegar, posteriormente, que el proceso violó el principio que venimos comentando.

Con relación a *las partes*, se entiende que la legitimación se concede a quienes así han quedado declarados en el proceso donde se ha ocasionado la dilación que provoca el incumplimiento al plazo razonable.

> No obstante, Vallespín Pérez sostiene que esta conclusión no debe ser tan certera, porque si el art. 162.1.b de la Constitución española, permite deducir el recurso de amparo a toda persona que invoque un interés legítimo, podría concluir que no debería cerrarse la eventual posibilidad de intervención como demandante o codemandante en el proceso de amparo por violación del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, de aquellas personas que aunque no hayan sido parte formal en el proceso donde éstas se produjeron, tienen no obstante, un interés legítimo en su reparación[691].

Inclusive, la legitimación se consigna en favor del *Defensor del Pueblo* que tiene la tutela y protección de los derechos humanos y demás derechos, garantías e intereses que la Constitución Argentina y las leyes contienen al respecto; aun cuando es preciso destacar que la persecución lleva como objeto principal la prevención de un daño eventual ante el transcurso prolongado de los plazos; antes que requerir una reparación material que no es posible.

El enunciado que trae el art. 86 de la Constitución Nacional Argentina, lejos de ser genérico, apunta a aspectos muy particulares de la función que lleva a cabo el ombudsman, que se completa en el párrafo final del apartado, cuando agrega que tiene también en su cometido, el control del ejercicio de las actividades administrativas públicas.

Los demás derechos parecieran referirse a lo que podríamos llamar el "bloque de constitucionalidad" atrapado por las normas y tratados con jerarquía constitucional que se incorporan reconocidos al texto de la ley superior.

Sería el caso, también, de las defensas contra cualquier forma de discriminación, las relativas a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva, que deben esperar de sus normas reglamentarias, pero que no impiden el obrar protector del ombudsman cuando el desconocimiento se advierta.

Esta apertura en la legitimación procesal que la Constitución asigna, enfoca más que a la faceta del derecho de petición (art. 14), al derecho de tener un proceso útil y

---

[690] Vallespín Pérez, ob. Cit., p. 298.

[691] Ibídem, p. 299.

efectivo (art. 18), por el cual se pueda obtener el ansiado derecho a la tutela jurisdiccional, que se encuentra tan bien perfilado en el art. 24 de la Norma Fundamental española.

> Este derecho a la jurisdicción incluye la facultad de deducir la inconstitucionalidad de las leyes (art. 43, párrfo primero, apartado final) cuando ellas afecten los derechos e intereses legítimos, y tanto más, cuando la agresión sea sobre derechos humanos.

El último eslabón que asume la defensa a través del ombudsman, está indicado para los "intereses" (demás derechos, garantías e intereses, dice la Constitución). Estos están referidos al conjunto de acciones que el individuo tiene derecho a sostener y no los encuentra entre los anteriores.

En consecuencia, la legitimación procesal contrae también las pretensiones que se pueden plantear y los tiempos cuando se concretan, a saber:

a) Cuando el proceso termina en tiempos absurdos respecto a la razonabilidad de los plazos aplicados, no importa el resultado final; es decir, la legitimación procesal supone reclamar por la violación al principio de plazo razonable, demandando por los perjuicios que ello ha generado y que no se pueden derivar del resultado de la sentencia. Son daños diferentes que se deben alegar y probar.

b) La legitimación le corresponde tanto al actor como al demandado, quedando fuera de este marco –en nuestra lectura- el Estado Nacional constituido en justa parte en el proceso donde han sucedido las dilaciones indebidas.

c) Se puede demandar preventivamente, persiguiendo evitar los efectos perniciosos del paso del tiempo, cuando el proceso se paraliza, detiene o tiene rémoras inusuales en el trámite de una instancia en particular. El objeto puede ser restitutivo cuando la pretensión llega de las partes; y es inhibitorio o preventivo si la demanda la deduce el Defensor del Pueblo.

10.2 Responsabilidad del juez y del Estado

No vamos a elaborar en este sector una teoría de la responsabilidad patrimonial del Estado y sus funcionarios, ni pretendemos hacerlo en un campo que no es el nuestro. Solamente el parágrafo lleva la intención de presentar al sujeto pasivo de la obligación de reparar, teniendo en cuenta para ello, todo lo dicho precedentemente.

Es evidente que en la búsqueda de responsables por la demora judicial se puede llegar a encontrar varios involucrados, desde el juez que provoca o padece la inercia judicial, pasando por los abogados y partes que colaborar con sus actos en la rémora, siguiendo por el Poder Ejecutivo que no toma a su cargo la provisión de medios e insumos necesarios para solventar la infraestructura, continuando con el Poder Legislativo que es constitucionalmente responsable por la omisión en sancionar reformas reclamadas, etc. etc.

Inclusive, el art. 36 de la Constitución Nacional hace responsable a los funcionarios y a los particulares que se enriquecen en forma ilegítima a expensas del erario público.

Tampoco se trata de manifestar nuestra desilusión con el fracaso evidente de la regla de responsabilidad dispuesta en los ordenamientos de fondo; ni de establecer, en definitiva, si el juez puede ser o no tomado como funcionario público y quedar alcanzado los paradigmas del Estado responsable.

El problema a presentar es simple. El Estado Argentino adoptó la Convención Americana sobre Derechos Humanos y agregó al plexo constitucional una serie de Tratados sobre Derechos Humanos que obligan a enmendar, corregir, adaptar, transformar, crear, y en definitiva, asumir positivamente que tiene nuevos deberes constitucionales que cumplir. Entre esos derechos fundamentales se consigna el que los procesos deben sustanciarse y terminarse en un plazo razonable, bajo apercibimiento de que la demora indebida e injustificada, transforma la rémora en una obligación indemnizatoria a favor del afectado.

> Con su habitual claridad expositiva, Lorenzetti sostiene que esta política de demorar la adaptación normativa a los mandamientos que imponen los derechos humanos, constituye una práctica consistente en reconocer la evolución de los derechos fundamentales pero sin darles operatividad inmediata, relegando y postergando los cambios legales. A veces, esta opción provoca un derecho liviano (*soft*), que sólo se dirige a las conciencias, pero no a las conductas, y no se propone en momento alguno crear incentivos que alteren las decisiones de los individuos[692].

Cuando el objetivo de rapidez se instruye desde una norma de carácter transnacional, el horizonte se generaliza y aplica sin observar el destinatario sino el deber a realizar. Por eso, cuando el proceso judicial tiene demoras imputables al Estado y no concreta la eficacia ni la justicia requerida, se refuerza la tesis de la responsabilidad, porque la vigencia de las normas incorporadas sería absolutamente debilitada si el particular afectado no tuviera medios o mecanismos para denunciar la alteración y reclamar el resarcimiento prometido.

Es una manifestación distinta de la responsabilidad: se produce por una omisión que provoca actos de aletargamiento y dilación que socavan el derecho a un proceso rápido, sencillo y eficaz. Curiosamente es una omisión objetiva que se expone en *acciones positivas* (v.gr.: errores de procedimiento, dilaciones provocadas por excesos formales, exceso ritual, arbitrariedad manifiesta, etc.) o *negativas* (v.gr.: demorar sin necesidad ni fundamentos el dictado de la sentencia, no adoptar medidas de aseguramiento, o de tutela anticipada que pudieron actuar oportunamente).

> Según Gordillo[693], al crecer constantemente la insatisfacción social con el grado de tutela oportuna y eficaz de los magistrados judiciales, no es impensable que germine una nueva idea en materia de responsabilidad del Estado. Es posible responsabilizar al menos políticamente a los magistrados que generen a la sociedad responsabilidad patrimonial, por no impedir a tiempo que los funcionarios administrativos perpetren y materialicen acciones dañosas que luego todos debemos sufragar. No es posible permanecer impasible ante cautelares que se deniegan y amparos que se rechazan sólo para permitir que el daño se consume y se genere la responsabilidad patrimonial del Estado, que una intervención judicial oportuna podría haber evitado.

---

[692] Lorenzetti, Ricardo Luis, *Responsabilidad del Estado frente a los derechos humanos*, en Revista de Derecho de Daños nº 9 "Responsabilidad del Estado", Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2000.

[693] Gordillo, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo 2 "La Defensa del usuario y del administrado", Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 2000, p. XVI.4.

En cuanto al sujeto pasivo a demandar, surge *prima facie* evidente que la inercia judicial se produce por comportamientos abúlicos de la magistratura, por el accionar galvanoso del juez, por la ausencia de interés en impulsar el proceso a una sentencia oportuna, entre otras declinaciones del deber de actividad que tiene la función jurisdiccional. En tal caso, el juez debe responder patrimonialmente si es considerado responsable de la violación al principio del plazo razonable.

Si las demoras se suscitan con causas convergentes (v.gr.: problemas de infraestructura; colapso institucional por exceso de causas; etc.) y el Estado no tiene reacción alguna; la omisión lo vuelve responsable.

En suma, el problema de la responsabilidad del Estado no es diferente de la responsabilidad del juez, en la misma dimensión como quedan atrapados los funcionarios públicos.

> Decía Hauriou[694] que no hay apenas materias de derecho público más importantes que éstas de la responsabilidad pecuniaria de las administraciones públicas y de los funcionarios. Ellas no tienen solamente un interés de orden constitucional. Ni se trata de saber si la víctima de un daño será indemnizada más o menos seguramente; hay también y sobre todo, una cuestión de garantía constitucional de la libertad; si desde un punto de vista administrativo, puede parecer ventajoso que la víctima del daño sea incitada a perseguir a la Administración más bien que al funcionario, desde un punto de vista constitucional, se debe desear que la costumbre de perseguir personalmente a los funcionarios ante los tribunales judiciales no sea completamente abandonada, porque la eventualidad de la responsabilidad pecuniaria es todavía el mejor medio que se ha encontrado para impedir las prevaricaciones de los funcionarios.

10.3 Demoras en la ejecución de la sentencia

El plazo razonable se interpreta en el conjunto de instancias y con el signo de la unidad jurisdiccional, de modo tal que se aprecia el tiempo invertido en total sin perjuicio de advertir cuándo y cómo suceden las dilaciones indebidas. Ello no impide dotar de cierta autonomía a las etapas, fomentando la acción del principio como preventivo de eventuales daños que la demora pueda suscitar (v.gr.: si la Corte Nacional tiene un recurso pendiente donde el agravio se produce por la imposición de un impuesto mal aplicado, los intereses que viene generando el incumplimiento tributario sumado al riesgo de la acción ejecutiva, son medidas que se pueden advertir por esta vía –como admonición y anticipo de una responsabilidad que se avizora en la rémora en expedirse- o bien, a través de medidas cautelares que, respecto al plazo, tienen escasa o nula incidencia).

Inclusive, la lectura armónica que ha de recibir el concepto de oportunidad para desarrollar y finalizar un proceso, debe comprender la etapa de ejecución de la sentencia, porque de otro modo, la dilación indebida queda suprimida por caprichos etimológicos que interpreten que el proceso finaliza con la expedición del pronunciamiento definitivo; abriendo la ejecución un nuevo proceso y, como tal, un tiempo nuevo de cómputo independiente.

Un buen ejemplo de la influencia que tienen las recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en esta faceta de análisis sobre el

---

[694] Hauriou, Maurice, *La jurisprudence administrative de 1892 à 1929*, Tomo I, París, 1929, ps. 11 y ss.

cumplimiento del plazo razonable, se aprecia en el *Informe 03/01 (Caso 11.670) resuelto el 19 de enero de 2001.*

> Entre el 27 de diciembre de 1995 y el 30 de septiembre de 1999, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos recibió peticiones de varias personas naturales -en su propio nombre o en el de un tercero, por sí mismas o a través de su representante legal-, y de varias organizaciones no gubernamentales (individual o colectivamente) a favor de 47 presuntas víctimas. Las peticiones denuncian la violación de los derechos a las garantías judiciales (artículo 8), a la propiedad (artículo 21), a la igualdad ante la ley (artículo 24) y a los recursos efectivos (artículo 25(2)(c)) y, de los deberes de los Estados de respetar los derechos (artículo 1(1)) y de adoptar medidas para hacerlos efectivos (artículo 2), establecidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos. También alegan la violación de los derechos a la salud y al bienestar (artículo XI) y a la seguridad social en relación con el deber de trabajar y aportar a la seguridad social (artículos XVI, XXXV y XXXVII) de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (en adelante la Declaración) por parte de la República Argentina (en adelante el "Estado", el "Estado argentino" o "Argentina").
>
> Los peticionarios son jubilados, que han reclamado el reajuste de sus haberes previsionales ante el ANSeS, el cual es un ente descentralizado del Ministerio del Trabajo y Seguridad Social del Poder Ejecutivo Nacional (anteriormente la Caja Nacional de Previsión Social). A partir del año 1992, el ANSeS comenzó a expresar su disconformidad con las sentencias relativas al régimen de movilidad o los intereses de los reajustes previsionales por vía del recurso extraordinario ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación. A partir de la vigencia de la Ley 24.463, del 30 de marzo de 1995, entró a regir un nuevo sistema y se otorgó un plazo de gracia excepcional al ente administrador para organizar la transición de un régimen a otro, al término del cual, estaba sometido a los plazos procesales del juicio sumario. Los Juzgados Federales de Primera Instancia de la Seguridad Social creados por la Ley 24.463 sólo comenzaron a funcionar a partir de febrero de 1997.

Los peticionarios alegan que las violaciones fundamentales son las referentes a los artículos 8 y 25 de la Convención por el retraso en dictar sentencias definitivas para la determinación de los derechos de las presuntas víctimas; la postergación de la ejecución de las sentencias; y la ejecución inadecuada de las mismas. En cuanto al cómputo del plazo razonable, consideran que se inicia a partir del comienzo de la vía administrativa y finaliza, no cuando se dicta la decisión definitiva, sino cuando dicha decisión se hace efectiva con su ejecución o cumplimiento. Así, la necesidad de acudir a otras instancias para obtener el cumplimiento de una decisión judicial ante el ANSES debe ser tenida en cuenta en la medida en que el resultado que se obtenga de aquellas pueda influir en el éxito del litigio.

La Comisión consideró que una vez que la Convención entró en vigor en el Estado, ésta y no la Declaración se convirtió en fuente primaria de derecho aplicable por la Comisión, siempre que la petición se refiera a la presunta violación de derechos idénticos en ambos instrumentos y no se trate de una situación de violación continua. En el presente caso, existe una similitud de materia entre las normas de la Declaración y de la Convención invocadas por los peticionarios.

Así, los derechos a la justicia (artículo XVIII) y a la propiedad privada (artículo XXIII) consagrados en la Declaración se subsumen en las normas que prevén los derechos protegidos en los artículos 8 y 21 de la Convención. Por tanto, con relación a dichas violaciones de la Declaración, la Comisión sólo se refiere a las normas de la Convención.

En consecuencia, confrontados los tiempos que llevaban sin ejecución las sentencias dictadas, derivó en advertir la violación a las garantías judiciales establecidas en el principio del plazo razonable.

> La CIDH señaló el retraso en los procedimientos advirtiendo demoras que oscilaban aproximadamente entre tres y seis años. Por ello consideró que los retrasos constituían *prima facie* un retardo injustificado en los mencionados procesos.

11. Conclusiones

La protección judicial que se propicia desde los tratados y convenciones internacionales incorpora, como uno de los derechos fundamentales que se agregan al "debido proceso", la garantía de sustanciar el procedimiento en un plazo razonable. Se trata, nada más que de concretar el derecho a un juicio justo, imparcial y rápido, que brinde la posibilidad, pero nunca el respaldo para un resultado favorable.

En sí mismo, una sentencia contraria emanada de un proceso regular y equitativo no constituye una violación de la Convención, tal como se dijo en la causa "*Marzioni c. Estado Argentino*" (conclusión de la Comisión del 15 de octubre de 1996).

En las sociedades democráticas, en que los tribunales funcionan en el marco de un sistema de organización de los poderes públicos establecido por la Constitución y la legislación interna, corresponde a los jueces competentes considerar los asuntos que ante ellos se plantean, auspiciando una cobertura completa que cubra espacios para el acceso, la contradicción oportuna y una sentencia fundamentada, todo ello en un tiempo ajustado a los intereses en litigio y de acuerdo con sus propias circunstancias.

> La Corte Interamericana ha interpretado este conjunto de garantías, estableciendo que según la Convención Americana, los Estados partes se obligan a suministrar recursos judiciales efectivos a las víctimas de violación de los derechos humanos, recursos que deben ser sustanciados de conformidad con las reglas del debido proceso legal, todo ello dentro de la obligación general a cargo de los mismos Estados de afianzar el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos por el Pacto a toda persona que se encuentre bajo su jurisdicción (artículo 1) (Informe de la Comisión del 22 de diciembre de 1999 *in re* "*Ellacuria, Ignacio*").

El hecho de que los retrasos no sean imputables a conducta dolosa o negligente alguna, sino al exceso de trabajo que pesa sobre determinados órganos judiciales, puede exculpar a los jueces y magistrados de toda responsabilidad personal, pero no priva a los ciudadanos del derecho a reaccionar frente a los retrasos, ni permite considerarlos inexistentes o, dicho con mayor exactitud, no autoriza a considerar que la dilación no es injustificada, sin prueba alguna de que se haya intentado agotar todos los medios que las circunstancias permiten para evitarla.

Cuando la vulneración del derecho al proceso sin dilaciones indebidas no se invoca frente a una situación de simple inactividad, sino como resistencia frente a la tardía producción de un determinado acto, el restablecimiento del recurrente en la integridad de su derecho sólo puede alcanzarse liberándolo de las consecuencias dañosas que la dilación le haya ocasionado.

La normativa vigente ha de interpretarse en el sentido más favorable para la efectividad del derecho fundamental a la tutela Judicial efectiva, pues aunque las formas y requisitos del proceso cumplen un papel de capital importancia para su ordenación, no toda irregularidad formal puede convertirse en un obstáculo insalvable para su

prosecución, con repudio de formalismos enervantes contrarios al espíritu y finalidad de la norma, pero teniendo asimismo en cuenta que no puede dejarse al arbitrio de cada parte el cumplimiento de los requisitos procesales y la disposición del tiempo en que ha de cumplirse.

Dicho esto, existe un planteo final a resolver, que asienta en la dicotomía radical que permanece en todo los Convenios sobre Derechos Humanos.

Una clara finalidad del sistema creado, es suministrar un remedio al individuo para lograr una suerte de cuarta instancia que revise las acciones del Estado frente a los compromisos asumidos al ratificar los Tratados e incorporarlos a su derecho interno. Pero, además, esta acción positiva del Estado introduce un cambio sustancial en el principio de la supremacía constitucional, porque aun cuando se diga que los Tratados y Convenciones sobre Derechos Humanos tienen una jerarquía inferior a los dogmas constitucionales, lo cierto es que esto es un dato menor frente a los hechos que revisa la jurisdicción supranacional. De todos modos, el derecho interno se convierte a suerte del estudio transnacional, en hechos relevantes que se constatan y confrontan sin excepciones.

Por tanto, la misión de estos sistemas de protección a los derechos humanos, no piensan ni se detienen en sistemas procesales, sino en el conjunto de garantías aceptados como reglas mínimas que ningún Estado puede interpretar a su antojo.

> Desde ese punto de vista -se ha dicho-, el lugar del remedio para el individuo, con independencia de lo importante que sea, principalmente vinculado con las infracciones más graves, es secundario en relación con el primer objetivo, que consiste en elevar el nivel general de protección de los derechos humanos, y en extender la jurisprudencia al conjunto de la comunidad de los Estados que forman parte del Convenio. Desde la perspectiva de la efectividad del sistema, se pone entonces acento en la necesidad de evitar la repetición de las circunstancias que dan lugar a la infracción. Sin embargo, este contexto debe adecuarse con la situación actual de los Tribunales, que tienen una carga de asuntos que crecen sin cesar procedentes de diversidad de lugares. En Europa, son cuarenta y tres Estados, que serán pronto cuarenta y cuatro, y después cuarenta y cinco... Además, reúnen -continúa afirmando-, una población de más de 800 millones de habitantes. El futuro del sistema no debería depender de una reparación legal individual. Esto nos lleva a algunas cifras. El Tribunal tiene actualmente 23.000 consultas pendientes ante sus órganos decisorios. Una auditoria realizada en el 2001 por el servicio de auditoria interna del Consejo de Europa preveía más de 20.000 consultas anuales de aquí al 2005. Nuestras propias cifras nos hacen pensar que el aumento será aún más rápido. En 2001, hemos registrado unas 14.000 consultas. El número de consultas ha aumentado en cerca de un 130% a partir de la entrada en funciones del Tribunal actual, en noviembre de 1998, y en cerca del 400% desde 1988. El potencial de aumento es casi ilimitado como consecuencia de la ampliación del Consejo de Europa en el curso del último decenio y, esta situación, no hará más que agravarse cuando los nuevos Estados miembros hayan ratificado el Convenio. Por otra parte, la evolución de la carga de los asuntos no es simplemente cuantitativa. La naturaleza de los asuntos que aparecen ante el Tribunal refleja inevitablemente el cambio de composición del Consejo de Europa, donde un número importante de Estados se encuentran aún en transición en varias consideraciones y, en particular, por lo que se refiere a su orden judicial, si bien algunos de ellos han conseguido ya un progreso considerable. Estos Estados se arriesgan a volver a encontrar problemas estructurales que no puedan ser resueltos el día de mañana. Los imperativos políticos comprensibles de los embriagadores días que siguieron a 1989 han dado al Tribunal dolores de cabeza, justo es decirlo, precisamente porque se trata de un Tribunal, y porque debe resolver cuestiones de derecho sin preocuparse de la oportunidad política (Discurso de Luzius Wildhaber, Presidente del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, pronunciado en Madrid ante el Tribunal Constitucional, el 7 junio de 2002).

SECCIÓN V

DERECHO AL RECURSO

CAPÍTULO XIV

EL DERECHO AL RECURSO

*Sumario***:** 1. Introducción; 2. Constitucionalización del derecho a recurrir; 3. Evolución de la jurisprudencia; 4. La interpretación en la Comisión y la Corte IDH; 5. La interpretación en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos; 6. Contenido esencial de derecho al recurso; 7. Derecho al recurso y plazo razonable; 8. Limitaciones posibles en el derecho al recurso.

1. Introducción

La doble instancia, o el derecho a obtener dos resoluciones judiciales sucesivas sobre un mismo hecho, es un principio emblemático de la ciencia procesal, que afinca en la seguridad jurídica y en el derecho que tiene el justiciable al control jerárquico de la sentencia.

De este modo, la impugnación cubre dos aspectos; mientras permite revisar el pronunciamiento por un órgano jurisdiccional de grado superior, el Estado asume el poder de garantizar la certidumbre del derecho; y, al mismo tiempo, la queja obliga a un fallo definitivo que persigue alcanzar la justicia en el caso, culminando las instancias ordinarias o comunes.

> Decía Podetti[695] que los recursos satisfacen la necesidad humana de no conformarse con lo decidido, y permiten canalizar o encauzar jurídicamente la protesta del vencido, permitiéndole "alzarse" contra la sentencia. Esta actitud tiene un doble origen: una razón de poder y una razón de justicia. Es posible que en su origen predominara la primera, pero paulatinamente va tomando puesto la segunda, hasta que se equilibran.

Tan afianzada está la garantía que algunos autores sostienen que pertenece y se integra en la noción de *debido proceso*, pese a las numerosas excepciones que cuenta la actividad judicial y que desarrolla la jurisprudencia.

> Julia V. Montaño de Cardona[696], profesora de Medellín (Colombia), sostiene que un proceso debido no puede excluir la doble instancia. La inapelabilidad en los procedimientos de única instancia por la materia o la cuantía, que culminan con sentencias de igual grado, no se justifica, bajo ninguna argumentación, desde el constitucionalismo democrático; en consecuencia, frente al binomio antagónico economía procesal - doble instancia, debe prevalecer ésta última, debiendo desterrarse la única instancia, que hace de la inapelabilidad de la sentencia, regla general. Todo procedimiento debe contar con una segunda instancia, de cara a la justicia material, permitiendo que un funcionario jurisdiccional en un grado de conocimiento diferente, al que profirió la providencia, realice los controles que permitan detectar errores judiciales a fin de enmendarlos.

---

[695] Podetti, J. Ramiro, *Tratado de los recursos*, Ediar, Buenos Aires, 1958, p. 64.

[696] Montaño de Cardona, Julia Victoria, *Instituciones procesales desde el constitucionalismo*, Leyer, Bogotá, 2002, p. 54.

Esta primera lectura, conserva la idea de salvaguardar al recurso como una *garantía individual* de la parte, sometida a la única condición del gravamen (es decir, a la diferencia perjudicial entre la pretensión y lo acordado en la sentencia). Si hay victoria absoluta, no hay agravios contra el fallo judicial, mientras que las peticiones desechadas son los límites de la impugnación.

> El derecho a utilizar los recursos -sostiene Pico I Junoy[697]- comprende el derecho a que el órgano jurisdiccional que revise el proceso se pronuncie tras oír a las partes contradictoriamente, sin que pueda justificarse una resolución judicial *inaudita parte* más que en los casos de incomparecencia por voluntad expresa o tácita o negligencia imputable a la parte.

Desde otra perspectiva, la doble instancia se puede analizar como *garantía del proceso*, una suerte de potestad judicial para evitar el error, o disminuir a través de la revisión por el superior, la posibilidad de que la sentencia contenga vicios de hecho o de derecho que perjudiquen su eficacia intrínseca.

La desconfianza en los jueces (monocráticos), propio de este sistema que no ve con buenos ojos la actuación en soledad, se modifica con los tribunales u órganos colegiados de la magistratura, de manera que la pluralidad de curiales reduce la suspicacia y disminuye la falibilidad; asimismo, se cree que con la participación de varios jueces se compensa la reducción de recursos.

Por ello, en los tribunales de única instancia se restringen las impugnaciones, y directamente se deniega el recurso cuando la situación a considerar es de mínima cuantía o no manifiesta algún interés preferente.

> Los intereses que se movilizan ante el derecho a los recursos son, en sí, contradictorios y diversos según el orden jurisdiccional en que se intente implementar. Reconoce González Perez[698], que los recursos y la multiplicación de las instancias, se ha considerado, más que como garantía del justiciable, como instrumento para prolongar los procesos varios años, en detrimento de la efectividad de la justicia. Se contraponen, sin duda, el interés del demandante favorecido por una decisión del tribunal de primera instancia, de que ésta resolución fundada en derecho sea firme y se ejecute, frente al litigante que ha sido condenado; como no es imprudente pensar que el ciudadano absuelto se lamente de la impugnación de la sentencia por el Ministerio Fiscal o por el acusador particular, mientras que el ciudadano condenado por el tribunal penal, disintiendo del fallo, quiera someterlo al enjuiciamiento de un tribunal superior.

Con esta visión se llega a sostener que la doble instancia no es requisito de la defensa en juicio en ningún tipo de proceso, siempre y cuando la etapa previa se haya sustanciado adecuadamente y, en su caso, favorecida por el principio *pro actione*, según el cual el sistema avanza en función del deber de rapidez y eficacia que el debido proceso propicia.

El problema de esta interpretación radica en que, existiendo en los regímenes procesales un abanico de remedios y recursos, la articulación de obstáculos para hacerlos valer se puede advertir como un accionar que imposibilita el acceso a la justicia, o al menos, torna al proceso, absurdo, discrecional y autocontradictorio.

> Tal es la orientación que asume la Constitución española en el art. 24.1, al colegir que son incompatibles con el derecho a la tutela judicial efectiva, todas aquellas decisiones

---

[697] Pico i Junoy, Joan, *Las garantías constitucionales del proceso*, cit., p. 96.

[698] González Pérez, Jesús, *El derecho a la tutela jurisdiccional*, Cívitas, Madrid, 1989 (2ª edición), p. 101.

> judiciales que inadmiten un recurso por omisión de un requisito formal subsanable, sin antes dar oportunidad a que sea corregido o que, concedida esta oportunidad, la parte haya subsanado (TC, sentencia del 6 de mayo de 1991). Por eso, en la doctrina constitucional - procesal de este país se interpreta que el debido proceso comprende el derecho a utilizar los recursos ordinarios y extraordinarios, incluido el de casación, en los supuestos y con los requisitos legalmente previstos; y al mismo tiempo, comprende también el derecho, en parte correlativo, de quien obtuvo una sentencia favorable, a que la misma alcance la fuerza de cosa juzgada y posteriormente sea ejecutada sin que sea interferido tal procedimiento por la concesión de una vía recursiva que no corresponde de acuerdo con la ley.

Finalmente, no puede eludir el estudio otro aspecto interesante a esclarecer. El tema es el principio de unidad de la jurisdicción, y la inteligencia común que debe tener la noción de debido proceso, esto es, que no puede haber diferencias en la aplicación de garantías para todo tipo de procesos.

> Recordemos que la noción de *debido proceso legal*, abarca las condiciones que deben cumplirse para asegurar la adecuada defensa de aquéllos cuyos derechos u obligaciones están bajo consideración judicial; y en su dimensión tuitiva comprende a todas las garantías judiciales referidas en la Convención Americana, aun bajo el régimen de suspensión de ellas regulado en el art. 27. Por eso, las garantías judiciales previstas no disponen de un recurso concreto, porque solamente representa el conjunto de requisitos que se deben cumplir en las instancias procesales para que pueda hablarse de verdaderas y propias garantías judiciales.

Ocurre que a partir de la vigencia del Pacto de San José de Costa Rica, y con mayor exigencia desde la reforma constitucional de 1994, el *derecho al recurso* se establece en el art. 8º.2 h) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, de manera que ingresa al derecho interno estableciendo una pauta que los Códigos procesales deben adaptar para no sacrificar ni desconocer la garantía.

> En nuestro *Derecho Procesal Constitucional - Amparo*[699], presentamos la interesante labor de exégesis y reelaboración jurisprudencial que hace la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el caso "*Giroldi"*. En efecto, después de señalar que, tradicionalmente se había sostenido por el Alto Tribunal que la garantía de la doble instancia quedaba satisfecha con la posibilidad de interponer el recurso extraordinario federal, reconoció que el "certiorari" había incorporado una facultad discrecional por la cual se podían denegar impugnaciones excepcionales sin dar mayores fundamentos, y con ello, quedaba vulnerada la posibilidad de tener una nueva instancia de discusión.
>
> Más adelante agregó que, como órgano supremo de uno de los poderes del Gobierno Federal, le correspondía -en la medida de su jurisdicción- aplicar los tratados internacionales a que el país esté vinculado en los términos anteriormente expuestos, ya que lo contrario podría implicar responsabilidad de la Nación frente a la comunidad internacional. En tal sentido la Corte Interamericana precisó el alcance del art. 1º de la Convención, en cuanto los Estados Parte deben no solamente "respetar los derechos y libertades reconocidos en ella", sino además, "garantizar" su libre y pleno ejercicio a toda persona sujeta a su jurisdicción. Según dicha Corte "garantizar" implica el deber del Estado de tomar todas las medidas necesarias para remover los obstáculos que puedan existir para que los individuos puedan disfrutar de los derechos que la Convención reconoce. Por consiguiente, la tolerancia del Estado a circunstancias o condiciones que impidan a los individuos acceder a los recursos internos adecuados para proteger sus derechos constituye una violación del art. 1º.1 de la Convención (O/C 11/90 del 10 de agosto de 1990).

2. Constitucionalización del derecho a recurrir

---

[699] Gozaíni, *Derecho Procesal Constitucional. Amparo*, cit., ps. 288 y ss.

Se ha señalado en múltiples ocasiones, que la incorporación de los Tratados y Convenciones sobre derechos humanos al derecho interno (art. 75, inciso 22, CN) entraña el deber de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos.

En el presente, las garantías judiciales establecidas para el debido proceso obligan a actualizar los parámetros y, en este sentido, corresponde advertir cuánto atañe al derecho de recurrir ante un tribunal superior.

Por supuesto que no se trata de favorecer la creación de recursos inexistentes ni generar parámetros de interpretación distintos a los que cuentan las leyes procesales de cada lugar. Sino, de armonizar el conjunto de garantías transnacionales que fuerzan al sistema procesal local a adaptarse con las nuevas consignas.

En todo caso, tampoco se requiere de una norma expresa que las ponga en práctica, pues son derechos operativos que no exigen reglamentación, aun cuando sean un programa de recaudos procesales para un proceso tipo.

No obstante, preocupa la inteligencia acordada al principio por algunas constituciones latinoamericanas. Por ejemplo, en Perú, la carta fundamental de 1993 consagró en el art. 139.6 -de manera irrestricta, incondicional y generalizada- el derecho a la pluralidad de instancia, a favor de cualquier justiciable y para toda clase de procedimientos. Lo que ha hecho decir a buena parte de la doctrina que el legislador no ha atendido la aplicación exclusiva del principio a los procesos penales.

> Sin embargo -dice De Bernardis[700]- frente a la manera irrestricta como este derecho aparece consagrado se encuentra la necesidad de brindar a todos los justiciables el acceso a un proceso que arribe a su resolución final dentro de plazos razonables y que, por la demora en su tramitación, no convierta en ilusoria la tutela que el proceso debe otorgar. Por tal motivo, la regulación específica de este derecho en las normas procesales debe encontrar un justo medio entre la posibilidad de acceder a una instancia jerárquicamente superior y la necesidad de no prolongar más allá de lo razonablemente tolerable la resolución del conflicto, teniendo como fiel de esa balanza la necesidad de justicia de ambas partes y la materia del proceso.

En líneas generales, según las normas procesales locales, no se considera que la doble instancia sea una exigencia del debido proceso, al menos en los procesos civiles, porqué mientras se conserve inalterable el derecho a alegar, debatir, probar y obtener una sentencia motivada y razonable, la posibilidad de recurrir puede limitarse sin menoscabar la constitucionalización del proceso.

> Establecer causales para los agravios posibles; imponer plazos para la interposición de los recursos; determinar cargas económicas como medidas necesarias para la admisión formal; reglamentar una técnica expositiva que de autosuficiencia a la impugnación; entre otras condiciones para la procedencia de los recursos, no son limitativas de garantía alguna del proceso.

Por otra parte, la Norma Fundamental no refiere en precepto alguno a la exigencia del doble tránsito judicial, pero ha ratificado los siguientes tratados que sí contienen la obligación procesal, a saber:

---

[700] De Bernardis, Luis Marcelo, *La garantía procesal del debido proceso*, Cuzco S.A., Lima, 1995, p. 78.

> La *Convención Americana sobre Derechos Humanos* (aprobada por Ley 23.054) se limita a establecer que "durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas ... h) *Derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior*" (art. 8°, inc. 2°, ap. h).
>
> Por su parte, el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* (ratificado por Ley 23.313) contempla una garantía similar pero con otra redacción. El art. 14, inc. 5° dice que: "*Toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescripto por la ley*".
>
> En otra dimensión, pero con lógica comparable, dispone la *Convención sobre los Derechos del Niño* (incorporada por Ley 23.849), en el art. 37 inciso d), que *todo niño privado de su libertad tendrá derecho a un pronto acceso a la asistencia jurídica y otra asistencia adecuada, así como derecho a impugnar la legalidad de la privación de su libertad ante un tribunal u otra autoridad competente, independiente e imparcial y a una pronta decisión sobre dicha acción.*

En definitiva, como se observa, la obligación constitucional agregada a nuestra plana fundamental, asienta en el proceso penal y así lo ha reconocido la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

3. Evolución de la jurisprudencia

El Alto Tribunal, desde sus orígenes, consideró en varias sentencias que la garantía de la doble instancia no era parte del debido proceso integrado como garantía procesal en el art. 18 de la Constitución Nacional.

> La preocupación constante fue el derecho de defensa en juicio, por eso había dicho, por ejemplo que, la circunstancia de que el fallo de Cámara confirme el de primera instancia por sus fundamentos, no da lugar por sí solo a recurso extraordinario por arbitrariedad derivada de violación del derecho de defensa, toda vez que la doble instancia no constituye requisito constitucional de la defensa en juicio y el punto, además es de orden procesal (CS, 14 de febrero de 1978, "*Valestra, Humberto A. y otro c. Instituto Nac. de Vitivinicultura*", Fallos, 300:65).

Sólo se introdujeron algunas puntualizaciones, como exigir una fundamentación adicional cuando la sentencia confirmada no era bastante para sustentarla, o en el momento que se permite introducir en el proceso elementos de juicio nuevos que requieren análisis.

Pero la doctrina judicial insistió en que la doble instancia judicial no constituía requisito constitucional de la defensa en juicio

> Inclusive, al considerar aspectos procesales específicos que podían mostrarse como limitaciones al derecho de recurrir, se agregó que, no siendo la doble instancia requisito constitucional de la defensa en juicio, la exigencia del depósito previo de la suma condenada como recaudo para la concesión de recursos en el orden local no es violatoria de dicha garantía; y tampoco es contraria a al igualdad pues se trata de una exigencia que el legislador provincial puede imponer (CS, 11 de noviembre de 1982, "*Sindicato de Mecánicos y Afines del Transporte Automotor c. Mulgura y Cía*.", Fallos, 304:1632).
>
> Más adelante se avanzó en la idea, y hasta se excluyó el tránsito del recurso como una instancia obligatoria en el procedimiento constitucional. En este aspecto, se afirmó que el principio de la doble instancia carece de jerarquía constitucional (CS, 21 de abril de 1983, "*Partida, Héctor R. c. Asociación Civil Santísima Cruz*", Fallos, 305:535).
>
> Los tribunales inferiores aceptaron el criterio, y acotaron aun más la garantía, al sostener que la exigencia se reducía al derecho de ser oído, de manera que la efectividad no

> dependía del número de instancias que las leyes establecieran (CNCom., Sala C, 7 de mayo de 1999, "*Rodríguez, Ricardo c. Tabares, Elisa*", La Ley, 2000-A, 458; también, CNCom., Sala E, 5 de diciembre de 1997, "*Banco Bansud c. Campión, Héctor H. y otro*", La Ley, 1998-D, 89).
>
> También el fuero penal dijo que, el sistema de la doble instancia es un instituto procesal que de ninguna manera constituye una garantía de jerarquía constitucional (CNCrim. y Correc., Sala III, 17 de noviembre de 1983, "*Odell, Alejandro*", La Ley, 1984-D, 677 [36.701-S]).

Ha estudiado Palazzi[701] una evolución jurisprudencial donde advierte que, en algunos casos, la doble instancia se entendió como una reglamentación de la garantía de la defensa en juicio. Así, en Fallos 216:41, la Corte sostuvo que la garantía no obsta para que la misma sea reglada por la ley en beneficio de la correcta substanciación de las causas o en protección de los legítimos intereses de los litigantes, ni requiere la doble instancia judicial.

> El agravio fue planteado en infinidad de situaciones, por ejemplo frente a la declaración de deserción del recurso interpuesto por ante una Cámara nacional o provincial. Además de rechazar el recurso por no existir cuestión federal -lo atinente a la deserción en segunda instancia no lo es- o porque las mismas no guardaban una relación directa e inmediata con lo resuelto, la Corte se limitó en estos casos a recordar que la doble instancia no reviste el carácter de exigencia constitucional.
>
> Fue muy común para la Corte el rechazo de reclamos por violación a la garantía de la doble instancia contra normas que establecían la irrecurribilidad de una decisión: por ejemplo, respecto del art. 51 de la ley 5607 de la Provincia de Buenos Aires que establecía la no apelabilidad de las regulaciones de honorarios practicadas por tribunales colegiados; o contra normas que limitaban el recurso en función de los montos en litigio; o cuando se exigía un depósito previo del capital, intereses y costas provisionales.

Sin embargo, esta abrumadora tendencia va a cambiar en el caso "Giroldi" fallado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, el 7 de abril de 1995.

> El Tribunal Oral en lo Criminal Nº 6 de la Capital Federal, condenó a Horacio Giroldi y a Raúl B. Hatchondo, a la pena de un de mes de prisión de cumplimiento en suspenso como coautores de tentativa del delito de robo simple (arts. 26, 29 inc. 3º, 42, 44, 45 y 164, Código Penal).
>
> La Defensora Oficial interpuso recurso de casación, y fundó sus agravios en la violación a las garantías del debido proceso y la defensa en juicio (art. 18, Constitución Nacional) en que había incurrido el Tribunal Oral en lo Criminal, al no observar las formas sustanciales del juicio relativas a la acusación, defensa y sentencia, lesionando, además, las disposiciones concernientes a la insistencia y representación del imputado (art. 167 incs. 2º y 3º, Código Procesal Penal de la Nación). Defectos que, a su criterio, llevaban a la nulidad de la sentencia, que consideró enmarcados de las previsiones de los dos incisos del art. 456 de Código adjetivo para la habilitación de la vía casatoria.
>
> En cuanto a la procedencia formal de aquel recurso, sostuvo que el límite establecido en el inc. 2º del art. 459 del Código Procesal Penal, no resultaba aplicable en situaciones en las que, como en el caso, se encontraba gravemente afectada a la garantía de defensa en juicio y donde se habían conculcado principios básicos del debido proceso referidos a la necesaria intervención del acusador y la defensa.
>
> Subsidiariamente, planteó la inconstitucionalidad de la referida norma procesal, ya que, a su criterio, el limite que establecía lesionaba el principio de igualdad ante la ley (art. 16, Constitución Nacional), argumentando a este respecto que un condenado a 7 meses de

---

[701] Palazzi, Pablo Andrés, *El derecho constitucional a la doble instancia en el proceso penal y sus proyecciones sobre el recurso de casación*, en www.ulpiano.com

> prisión por un delito correccional puede recurrir en casación, en tanto que a otro condenado a igual pena por un tribunal en lo criminal, le está vedado acceder a aquella vía recursiva.
>
> Sostuvo, por último, que el limite del art. 459, inc. 2º del Código adjetivo, restringe la plena vigencia de las normas constitucionales que hacen a la garantía del debido proceso y a la defensa en juicio (art. 18, Constitución Nacional), al impedir la Cámara Nacional de Casación Penal examinar cuestiones que afectan derechos de raigambre constitucional por razones de montos de penas, máxime cuando el art. 8, inc. 2º, apart. H) del Pacto de San José de Costa Rica, garantiza a todo imputado al derecho de recurrir ampliamente el fallo ante un tribunal superior.
>
> La Cámara Nacional de Casación Penal resolvió rechazar el planteo de inconstitucionalidad del art. 459, inc 2º del Código Procesal Penal de la Nación y declaró inadmisible el recurso de casación, dando lugar al recurso extraordinario que, denegado, resolverá la Corte Nacional como queja o recurso directo.

Allí se dijo que, la reforma constitucional de 1994 confirió jerarquía constitucional a varios acuerdos internacionales (art. 75, inc. 22, párr. 2º), entre ellos la Convención Americana sobre Derechos Humanos que, en su ya recordado art. 8º párr. 2º, inc. h, dispone que toda persona inculpada de delito tiene derecho "*de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior*".

En consecuencia, entró a considerar si dentro del ordenamiento procesal penal existen el órgano y los procedimientos para dar adecuada satisfacción a la garantía constitucional, y en ese sentido, remitió a la causa "*Jáuregui*", donde había sostenido que, la inexistencia de recurso en la ley de rito ha conducido a evidenciar que la sentencia del tribunal oral era susceptible del recurso extraordinario.

Este precedente es importante, porqué algunos pudieron concluir que la doble instancia estaba garantizada con la existencia del recurso extraordinario[702], pero el Alto Tribunal va a modificar el temperamento.

> La Corte Suprema, con el voto de los Dres. Fayt y Bacqué, argumentó en el considerando 6°) de *Jáuregui*, lo siguiente:
>
> "Que respecto de la supuesta infracción al principio del debido proceso por parte de la norma impugnada en cuanto ésta prevé la supresión de la instancia militar al permitir el avocamiento de la justicia civil, conviene señalar –con arreglo a reiterada jurisprudencia de esta Corte-, que la doble instancia no constituye, por sí misma, requisito de naturaleza constitucional (Fallos 246:363; 250:753; 289:95; 290:120, entre otros). Cabe agregar, en tal sentido, que el requisito previsto en el art. 8, apartado 2° inc. h), de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (ratificada por ley 23.054) que establece el derecho de toda persona inculpada por delito de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior, sólo debe ser considerado en los supuestos de la sentencia definitiva de la causa u otra resolución asimilable a ella, extremo que se da en el presente proceso; en casos como el sub examine aquella exigencia se halla por otra parte satisfecha por la existencia del recurso extraordinario ante esta Corte".

En efecto, la variación se encuentra en la reforma introducida en el año 1990 por la ley 23.774, que otorgó a la Corte la facultad de rechazar, por la sola aplicación del art. 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, recursos extraordinarios por falta de agravio federal suficiente o cuando las cuestiones planteadas resultaren insustanciales o carentes de trascendencia (certiorari).

---

[702] Fallos, 311:274, consid. 6º del voto de la mayoría, 7º del voto del juez Caballero, y 6º del voto del juez Petracchi.

Por eso, dijo que en tales condiciones el recurso extraordinario no constituye un remedio eficaz para la salvaguarda de la garantía de la doble instancia que debe observarse dentro del marco del proceso penal como "*garantía mínima*" para "*toda persona inculpada de delito*" (art. 8º, párr. 2º, apart, h. Convención).

> El considerando 9, afirmó que, las reformas introducidas por las leyes 23.984 y 24.050 respecto de los distintos órganos judiciales que conforman los "tribunales inferiores de la Justicia nacional (art. 75.inc.20, Ley Fundamental). incluyeron la creación de la Cámara Nacional de Casación Penal. Esta circunstancia modificó la organización del Poder Judicial de la Nación existente para la época en que fue fallado el caso "Jauregui" - que no contemplaba un "tribunal intermedio" entre la Corte Suprema y las Cámaras Nacionales o Federales de Apelación -.
>
> La Cámara Nacional de Casación Penal ha sido creada, precisamente, para conocer, por vía de los recursos de casación e inconstitucionalidad – y aun de revisión – de las sentencias que dicten, sobre los puntos que hacen a su competencia, tanto los tribunales orales en lo criminal como los juzgados en los correccional.

Que lo expuesto determinó la invalidez constitucional de la limitación establecida en el art. 459, inc. 2º del Código Procesal Penal de la Nación, en cuanto veda la admisibilidad del recurso de casación contra las sentencias de los tribunales en lo criminal en razón del monto de la pena.

> Síguese de lo expresado -concluye la Corte-, que la solución que aquí se adopta permite, desde el punto de vista de las garantías del proceso penal, cumplir acabadamente los compromisos asumidos en materia de derechos humanos por el Estado nacional a la vez que salvaguarda la inserción institucional de la Cámara Nacional de Casación Penal en el ámbito de la Justicia Federal y respeta el sentido del establecimiento de órganos judiciales "intermedios" en esa esfera, creados para cimentar las condiciones necesarias para que el tribunal satisfaga el alto ministerio que le ha sido confiado sea porque ante ellos pueden encontrar las partes la reparación de los perjuicios irrogados en instancias anteriores, sin necesidad de recurrir ante la Corte Suprema, sea porque el sujeto a revisar por ésta ya sería un producto seguramente más elaborado (Fallos: 308:490, consid. 5°, con cita del Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores, período de 1901, Congreso Nacional, Buenos Aires, 1961).

Después de "Giroldi" queda afincado el principio constitucional de la doble instancia en materia penal, con dos proyecciones importantes. Por un lado, se reafirma la obligatoriedad de los pronunciamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; y por otro, se consideró que la Cámara Nacional de Casación Penal se constituye como un órgano judicial "intermedio" al cual no le está vedada por obstáculos formales, la posibilidad de conocer y resolver los recursos de casación, inconstitucionalidad y revisión.

> Dice Adelina Loianno[703] que lo resuelto en la causa "Giroldi" respecto de la obligatoriedad de los pronunciamientos de la Corte Interamericana, contenidos en una sentencia o en las opiniones consultivas, constituye un imperativo ineludible tratándose de la "jurisprudencia" emanada del más alto Tribunal al que el sistema interamericano de protección de los derechos humanos asigna la función de control de cumplimiento de las normas convencionales.

Sobre esta base doctrinaria, se confirma que el derecho de impugnar el fallo ante el juez o tribunal superior, no garantiza vías recursivas plenas o sin restricciones, sino revisiones suficientes que aseguran el control de la efectiva observancia de los

---

[703] Loianno, *Control de convencionalidad*, cit., p. 167.

preceptos constitucionales que informan el debido proceso, en particular, el vinculado a la defensa en juicio.

El problema siguiente fue considerar si cualquier recurso existente era bastante para configurar la garantía, o si el mismo debía ser cubierto por el Estado a través de la creación legal necesaria.

> Algunos dijeron que, toda persona privada de libertad tiene derecho a recurrir ante un juez o tribunal competente y dicho recurso no puede ser restringido, conforme disposiciones expresas de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, por lo que es procedente la apelación contra la resolución que denegó la detención domiciliaria del imputado mayor de setenta años (C. Fed. San Martín, Sala I, 16 de julio de 1998, "*Videla, Jorge R.",* La Ley, 1998-E, 673); de este modo, la sola articulación de una queja se pensó bastante para cumplir con el recaudo constitucional.
>
> En la misma línea, otros estimaron que toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido, o a cualquier recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución Nacional o por el Pacto de San José de Costa Rica, aun cuando la violación sea cometida por personas que actúan en ejercicio de sus funciones oficiales (J.Instruc. Córdoba, 8ª Nom., 11 de septiembre de 1997, "*Carabajal, José M. y otros*", LLC, 1997-794).

La Corte, por su parte, procuraba orientar la jurisprudencia nacional, y sostenía, entre otros casos que, la decisión del superior tribunal provincial, que privó al imputado de la garantía a la doble instancia en materia penal prevista en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, configura un palmario desconocimiento de las pautas dadas por la Corte Suprema. Si no existen argumentos que permitan determinar el criterio seguido para prescindir de la doctrina jurisprudencial aplicable al caso, la sentencia debe ser descalificada como acto jurisdiccional válido[704].

Inclusive, llegó a declarar la inconstitucionalidad de normas restrictivas. Al respecto indicó que, la forma más adecuada para asegurar la garantía de la doble instancia en materia penal prevista en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, es declarar la invalidez constitucional de la limitación establecida en el art. 87 de la ley 23.077, en cuanto veda la admisibilidad de recurrir a la Cámara Nacional de Casación Penal de las sentencias condenatorias dictadas por los tribunales de acuerdo al procedimiento regulado por dicha normativa[705].

> El sentido dogmático del fallo, llevó a enseñar que el recurso de casación satisface los requerimientos transnacionales relativos a la garantía de la doble instancia judicial, en tanto no se regule, interprete o aplique con rigor formalista sino que permita con relativa sencillez al tribunal de casación examinar la validez de la sentencia recurrida en general, así como el respeto debido a los derechos fundamentales del imputado, en especial los de defensa y al debido proceso (voto en disidencia del doctor Petracchi. La mayoría desestimó la queja) (CS, 15 de febrero de 2000, "*Zambianchi, Jorge y otros*", La Ley, 2000-C, 36 - DJ, 2000-2-593).

Hasta llegar al caso "*Felicetti*", donde se modifica la lectura dada en la causa "*Giroldi*", para decir que, la norma del art. 8° inc. 2°, apartado h), de la CADH no importa necesariamente la doble instancia como renovación del debate realizado en el

---

[704] CS, 30 de junio de 1999, "*García, Sixto F.*", La Ley, 1999-E, 352, con nota de Mariana P. Sica - DJ, 1999-3-455.

[705] CS, 19 de octubre de 1999, "*Gorriarán Merlo, Enrique H. y otra*", La Ley, 2000-B, 108 - DJ, 2000-1-1120 - ED, 187-1227.

proceso. Lo que la Convención aseguró fue que la condena proviniese del tribunal mayor en grado y no de uno inferior[706].

> Sostiene la Corte que, lo que el art. 8º inc. 2º apartado h) establece, es el derecho del imputado de recurrir del fallo ante un juez o tribunal superior, lo que no implica descalificar genéricamente la instancia única sino asegurar que la condena definitiva no provenga de un tribunal inferior en la escala jerárquica sino de la escala más alta, con lo que el juzgamiento directo por ésta -que no se comprende en qué medida pudiera ser distinto por ser pronunciado directamente que si lo hubiera sido por vía de recurso contra una decisión anterior- en modo alguno afecta garantías de los derechos de los procesados. Una interpretación distinta pondría en pugna la cláusula del pacto con el art. 117 de la Constitución, según el cual la Corte Suprema tiene competencia originaria y exclusiva en ciertas causas aun penales, pues ambas tienen sin lugar a dudas igual valor por imperio de lo establecido en el art. 75 inc. 22, ya que la segunda no pertenece a la primera parte de la Constitución. Semejante conflicto carecería de clara solución.

Esta sentencia insiste en la calidad definitiva del fallo dictado por una magistratura superior, aunque sea en única instancia, olvidando de alguna manera lo dicho en "*Jáuregui*" (el recurso extraordinario es el mecanismo que salvaguarda la doble instancia), y en "*Giroldi*" (no es el recurso extraordinario el sistema garantista que se debe afianzar sino la posibilidad de tener una vía útil para la revisión de la condena).

El origen del problema fue la decisión de la Cámara de Casación que había dicho que, el art. 8º, apart. 2º, inc. h) de la CADH, en cuanto reconoce a todo condenado en una causa penal el derecho de apelar el fallo ante un tribunal superior, constituye una norma jurídica de derecho interno en virtud de su incorporación a la Constitución Nacional -art. 75, inc. 22- y como tal está sujeta a la interpretación final que realice la Corte Suprema, debiendo tenerse en cuenta el temperamento de los tribunales internacionales en la esfera específica de su actuación[707].

La Corte va a colegir que, en realidad, el mandato que implícitamente se deriva de los fallos y opiniones consultivas proveniente de los órganos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, no se contradice con la lectura actual, pues en la época en que la sentencia se había emitido, no estaba creada la Cámara Nacional de Casación, de modo tal que el último fallo lo pronunciaban las Cámaras Federales de Apelaciones, por lo que al provenir la sentencia de condena de una de ellas, la regla internacional no era violada.

> En esas condiciones, concluye el Alto Tribunal de la Nación, que la solución de Fallos, 322:2488 en modo alguno importa una violación a la garantía de igualdad ante la ley respecto de los demás condenados, toda vez que se trata de estadios procesales diferentes. En el primero la sentencia aún no estaba firme y sí en el segundo, como dijo el juez Petracchi en Fallos, 321:3555. Sostuvo allí, en el considerando 8º, que "...A) Las recomendaciones a que se refiere el texto de la Convención son dirigidas a los estados miembros para que se adopten medidas progresivas en favor de los derechos humanos dentro del marco de sus leyes internas y de sus preceptos constitucionales...(art. 41, inc. B), con lo que el respeto al orden jurídico interno resulta ser aquí una exigencia de la propia norma interamericana. B) Otorgar la libertad, como una suerte de reparación que se originaría en violaciones a derechos y garantías ajenas a ella -tal lo pretendido por los

---

[706] CS, 21 de diciembre de 2000, "*Felicetti, Roberto y otros*", La Ley, 2001-B, 64, con nota de Walter F. Carnota – La Ley, 2001-B, 783, con nota de Germán J. Bidart Campos - DJ, 2001-2-156 - JA del 07/02/2001, p. 26.

[707] CNCasación Penal, Sala II, 23 de noviembre de 2000, "*Felicetti, Roberto y otros*", La Ley, 2001-B, 145, con nota de Germán J. Bidart Campos.

> recurrentes- no sólo no se deriva del texto de la aludida recomendación, sino que obligaría a los jueces argentinos a violar el marco de sus leyes internas y sus preceptos constitucionales (art. cit.) que les impone respetar los efectos de una sentencia condenatoria firme...".

Sin embargo, son valiosas y fundadas las disidencias del fallo, porque apuntan hacia el deber del Estado de adecuar su legislación interna frente a situaciones donde ya se había advertido el déficit procesal y su directa afectación a las reglas y principios del debido proceso.

Nuevamente se recordó que el recurso extraordinario no es el remedio eficaz para salvaguardar el derecho al recurso que se conserva como garantía en el proceso penal, y que aun en el mismo ámbito de esta impugnación excepcional, en la causa "*Abella y otros*"[708] se había hecho lugar a la revisión de una condena alcanzada por la preclusión del sistema recursivo.

> El magnífico voto de Fayt dice […]: "Desde esta perspectiva, no se trata de estudiar la constitucionalidad de limitaciones recursivas puntuales, sino, antes bien, de compatibilizar la garantía en estudio con el sistema procesal vigente, al modo *mutatis mutandi* en que lo hizo esta Corte en Fallos 318:514. En este sentido, cabe afirmar que la única vía procesal adecuada resultaría el recurso de revisión, en la medida en que sólo este recurso es el potencialmente apto para cumplir acabadamente los compromisos asumidos en materia de derechos humanos.

La disidencia del juez Boggiano concretó que, el art. 8º.2 del Pacto complementa el art. 18 de la Constitución Nacional, y por eso, la garantía de la doble instancia en materia penal, por su rango constitucional, debe juzgarse incursa en el ámbito del principio de la ley penal más benigna, pues sería una irrazonable contradicción que una norma material penal quede sujeta a tal principio y no a una garantía constitucional.

En definitiva, la solución jurisprudencial encontrada se conforma más con la apariencia de obrar legítimamente, antes que dar una respuesta concreta al principio implícito en el debido proceso formal.

La Corte pretende satisfacer al derecho transnacional con la exigencia de que la sentencia provenga de un tribunal superior, retornando en alguna medida a la tradición de la doctrina del "superior tribunal de la causa" que rige en la admisión del recurso extraordinario federal. Pero no advierte, como bien lo apuntan las disidencias, que el problema está en el conocimiento que tienen los tribunales supremos, o las Cámaras de apelaciones, para revisar sin más restricciones que las procesalmente pertinentes. En síntesis, se elude el derecho a tener una decisión justa y fundada, cobijando el derecho al recurso en un formalismo aparente y limitado.

La situación cambiará definitivamente en el fallo *Casal*[709] porque el derecho al recurso concentrado en la casación tenía la dificultad de establecer un criterio sobre el alcance de la impugnación.

El problema era que la Comisión IDH, al evaluar normas procesales sustancialmente análogas a las del Código Procesal Penal de la Nación, había sostenido en varios informes del año 1992 que el recurso de casación era una institución jurídica que, en tanto permite la revisión legal por un tribunal superior del fallo y de todos los

---

[708] Fallos, 315:325.

[709] Fallos, 328:3399.

autos procesales importantes, constituye en principio un instrumento efectivo para poner en práctica el derecho reconocido por el artículo 8.2.h de la CADH, en tanto no se regule, interprete o aplique con rigor formalista, sino que permita con relativa sencillez al tribunal de casación examinar la validez de la sentencia recurrida en general.

La historia argentina del recurso de casación estaba tomado del modelo que impedía resolver cuestiones de hecho, dejando de este modo al sistema con un formato muy similar al del recurso extraordinario federal. Por ello, la Corte va a sostener que […]

> El recurso de casación tiene que ser entendido de ahora en más, como instrumento de impugnación no limitado a las cuestiones de derecho y por medio del cual es posible revisar integralmente todos los aspectos de la sentencia cuestionados por el recurrente, siempre que lo impugnado no esté en relación directa con percepciones exclusivas de quien ha presenciado el juicio oral […].

De este modo, la nueva cobertura acordada significó dejar en el recurso de casación en materia penal el derecho a recurrir toda sentencia condenatoria. Por ende –dijo la Corte nacional- debe interpretarse que los arts. 8.2.h de la Convención y 14.5 del Pacto exigen la revisión de todo aquello que no esté exclusivamente reservado a quienes hayan estado presentes como jueces en el juicio oral. Esto es lo único que los jueces de casación no pueden valorar, no sólo porque cancelaría el principio de publicidad, sino también porque directamente no lo conocen, o sea, que a su respecto rige un límite real de conocimiento. Se trata directamente de una limitación fáctica, impuesta por la naturaleza de las cosas, y que debe apreciarse en cada caso.

> Que en función de lo enunciado y, debido a la inteligencia que corresponde asignar al art. 456 del Código Procesal Penal de la Nación por imperio de su propia letra y de la Constitución Nacional (arts. 8.2.h de la Convención Americana y 14.5 del Pacto Internacional en función del art. 75 inc., 22 de la Constitución Nacional), resulta claro que no pueden aplicarse al recurso de casación los criterios que esta Corte establece en materia de arbitrariedad, pues más allá de la relatividad de la clasificación de los recursos en ordinarios y extraordinarios -que en definitiva no tiene mayor relevancia-, es claro que, satisfecho el requisito de la revisión por un tribunal de instancia superior mediante el recurso de casación entendido en sentido amplio, esta Corte se reserva sólo la función de corregir los casos en que resulte una arbitrariedad intolerable al principio republicano de gobierno. En general, podría sintetizarse la diferencia afirmando que, en materia de prueba, la casación debe entender en todos los casos valorando tanto si se ha aplicado la sana crítica, como si sus principios se aplicaron correctamente, en tanto que incumbe a esta Corte entender sólo en los casos excepcionales en que directamente no se haya aplicado la sana crítica. No es la Convención Americana la que exige el recurso del que conoce esta Corte, sino la propia Constitución Nacional. Desde la perspectiva internacional, el conocimiento de la arbitrariedad por parte de esta Corte es una garantía supletoria que refuerza la garantía de revisión, más allá de la exigencia del propio texto de la Convención[710].

La sentencia en *Casal* definió la línea jurisprudencial. La solución aportada quedó bien delineada para los procesos penales, pero queda aun pendiente resolver la aplicación de la tesis en los demás procesos no penales.

4. La interpretación en la Comisión y la Corte IDH

[710] Fallos, 328:3399.

> Sin embargo, dice Bandrés Sánchez-Cruzat, una concepción más comprometida y garantista, y ante la oportunidad que ofrecen las cláusulas abiertas que para definir el derecho al proceso debido establece el art. 24.2 de la Constitución -precepto especialmente destinado a soportar los derechos del acusado en el proceso penal-, conduciría a integrar sin dificultades el derecho a los recursos en el ámbito penal con el mismo alcance con que se reconoce en el Pacto Internacional de 1966. También se agrega, sin mayores aditamentos, en la noción del derecho matriz a la tutela jurisdiccional, o en el derecho a un proceso "con todas las garantías", y se lo puede calificar sin rubor, como derecho fundamental, participando de la naturaleza de éstos, atendiendo a la proyección universal y al significado uniformador que subyacen en los textos internacionales de protección de los derechos humanos, configurando el estatuto básico de civilidad de la libertad de los ciudadanos. Es además un derecho público subjetivo de prestación, en cuanto concede a su titular capacidad de reacción contra la Ley procesal penal en cuanto que no lo establezca y en cuanto que su establecimiento requiere una determinada actividad de organización de los poderes del Estado, aunque puede debilitarse esa caracterización como derecho fundamental, por la aparente necesidad de una ley de desarrollo para su efectiva concreción en el sistema procesal, revelando las dificultades de aplicación inmediata[711].

6. Contenido esencial del derecho al recurso

La doble instancia, en consecuencia, es un derecho del imputado a impugnar la sentencia que lo declara culpable en un proceso penal, de manera que la garantía no se extiende, objetivamente, a otros justiciables ni a otros niveles jurisdiccionales.

> Aunque el Pacto de San José de Costa Rica se refiere solo al imputado, creemos que la exclusión de las partes acusadoras -afirma Palazzi- atenta contra el principio de igualdad de recursos procesales de las partes. Y ello no es sino un corolario de la igualdad ante la ley que prevé el art. 16 de la Constitución Nacional ¿Porque habría de seguirse limitando la apelación al Ministerio Público (art. 458 del CPP) y al querellante (art. 460 CPP)?. En principio, nada impediría que un Estado firmante del Tratado decida extender este "derecho a la doble instancia" a otros sujetos distintos a los previstos en aquel. Es que el Tratado otorga sólo garantías mínimas, establece un "piso" pero no un "techo" y sólo respecto del imputado[712].
>
> Además debe tenerse en cuenta que, cuando el legislador provincial ha derogado estos limites objetivos, lo ha hecho para todas las partes del proceso sin distinción alguna. No esta tampoco de más agregar que es doctrina aceptada de la Corte Suprema que el derecho de defensa en juicio no solo alcanza al acusado sino también al acusador.
>
> Sin embargo, todas las decisiones judiciales se pronunciaron en forma negativa respecto de la posibilidad del Fiscal de recurrir sobre los límites legales. En "Ramos", la Sala I de la Cámara de Casación, luego de determinar el carácter que asume el Ministerio Público después de la reforma constitucional sostuvo que:
>
> "A los fines del derecho de recurrir un fallo ante un tribunal superior, resulta absolutamente imposible asimilar, al Ministerio Público a la persona-individuo que la Convención Americana sobre Derechos Humanos ha definido como principal sujeto de la protección a que los Estados signatarios se han comprometido y por la que resultan responsables ante la Comisión y la Corte Americana de Derechos Humanos".

Ahora bien, los mínimos que resguarden el derecho a la verificación de la sentencia condenatoria debe adecuarse al contenido esencial del debido proceso legal, con lo que se quiere decir que la revisión no significa abrir una instancia nueva de exploración y prueba, sino determinar un derecho que facilite a un tribunal superior el

---

[711] Bandrés Sánchez-Cruzat, ob. cit., p. 217.

[712] Palazzi, ob. cit., passim.

reexamen de la causa, es decir, el estudio de las circunstancias de hecho y de derecho que llevaron a la condena del inculpado.

> Sostiene Bandrés Sánchez-Cruzat que, ello no equivale a dejar en libertad al legislador nacional para negar el reconocimiento de este derecho al recurso ante un tribunal superior en el ámbito penal, en su derecho interno, sino exclusivamente le concede discrecionalidad, como observa el informe del Comité de Derechos Humanos de fecha 24 de Marzo de 1982, para establecer las características de la modalidad de la revisión. Cuando un estado incluye la reserva "conforme a lo previsto por la ley", no mira a dejar a la discrecionalidad de los Estados la existencia misma del derecho de someter la condena a una instancia superior, la cual debe ser determinada de conformidad con la ley, en cuanto a la modalidad del examen de la sentencia por parte de la instancia superior[713].

7. Derecho al recurso y plazo razonable

Una de las cuestiones conflictivas del derecho al recurso, o a la doble instancia, se presenta cuando se trata de conciliar la garantía con otra de similar cobertura: *el derecho a que la causa sea resuelta en un plazo razonable, y sin dilaciones indebidas*.

> Dice Gimeno Sendra que, en la necesidad de cohonestar el derecho fundamental a un *proceso con todas las garantías* (y dentro de él, a un eficaz sistema de recursos), con el no menor derecho constitucional a un proceso *sin dilaciones indebidas*, ha de basarse la principal preocupación del legislador a la hora de abordar la reforma del sistema penal de recursos[714].

El camino de las impugnaciones no tiene plena aceptación en la dogmática procesal, toda vez que reproduce en múltiples ocasiones la actitud maliciosa de quien, amparado en el derecho de defensa en juicio, persigue dilatar la llegada a una sentencia definitiva. Pero también es cierto, que el ejercicio responsable de los recursos contrae la obligación de agotar todos los esfuerzos posibles en procura de una sentencia favorable.

> Con el paso de los años la jurisprudencia mayoritaria mantuvo la noción de malicia en el concepto siguiente: “es la conducta procesal que se manifiesta mediante la utilización de facultades procesal con el deliberado propósito de obstruir el desenvolvimiento del proceso o retardar su decisión” (CNCiv.Com. Rosario, Sala II, 4 de octubre de 1996, La Ley Litoral, 1998-1052), agregando que “actúa maliciosamente quien utiliza o pretende utilizar el proceso en contra de sus fines, con ciertas, notorias y evidentes articulaciones improcedentes (CNCom., Sala A, 14 de agosto de 1995, La ley, 1996-A, 44), “ es la conducta procesal que se manifiesta mediante la formulación e peticiones exclusivamente destinadas a obstruir el normal desenvolvimiento del proceso o retardar su decisión (CNCiv., Sala M, 28 de marzo de 1994, ED 156-644), esta norma procesal otorga a los tribunales un delicado instrumento que trasciende el mero interés individual de quien triunfa en el pleito y apunta a una mejor administración de justicia, por lo que exige un uso cauto, y prudente, teniendo en cuenta en cada caso el beneficio de la duda(CNCom., Sala B, 3 de febrero de 1995, La ley 1995-C, 691, J. Agrup., caso 10.415).

Cuando la conducta se muestra abusiva, el código procesal deduce del comportamiento una conducta calificada como *malicia*, que debe entenderse como utilización arbitraria de los actos procesales en su conjunto (inconducta procesal genérica) o aisladamente cuando el cuerpo legal los conmina con una sanción especifica (inconducta procesal especifica), y se evidencia el empleo de las facultades

---

[713] Bandrés Sánchez-Cruzat, ob. cit., p. 217.

[714] Gimeno Sendra, Vicente, *Constitución y proceso*, Tecnos, Madrid, 1988, p. 86.

que la ley otorga a las partes, en contraposición con los fines del proceso, obstruyendo su curso y en violación del los deberes de lealtad, probidad y buena fe.

Hay que encontrar, entonces, un justo límite entre quien defiende sus derechos usando todas las herramientas disponibles, y aquél que se abusa de ellas a sabiendas de su propia sin razón.

De algún modo es la tradición jurisprudencial que inveteradamente sostuvo que la doble instancia no es una garantía del debido proceso, pero que en materia penal se debe resguardar el derecho a la revisión de la condena por un tribunal superior.

Ahora bien, si la apertura de impugnaciones difiere en el tiempo la realización del derecho, es un problema de la estructura y del sistema donde se implementa, pero no se puede asentar en la rapidez compulsiva la privación de un derecho esencial para las partes que controvierten en un proceso.

> En España, por ejemplo, se ha dicho que "el derecho a la tutela judicial no comprende el de obtener dos resoluciones judiciales a través del sistema de la doble instancia, de forma que obligue a crear un sistema de recursos al legislador. Todo ello dejando aparte las peculiaridades que representa el artículo 24.1 de la Constitución en el orden penal [...]. De acuerdo con esta doctrina, la existencia o inexistencia de doble instancia queda, con carácter general, confiada al legislador, sin que afecte al derecho fundamental del art. 24 de la Ley Suprema del Estado" (TC, pleno del 14 de diciembre de 1982, con voto de Truyol y Serra).
>
> Explica Bandrés Sánchez-Cruzat que, el art. 24 de la Constitución no reconoce un derecho fundamental a la segunda instancia que permita al justiciable impugnar la resolución fundada en derecho obtenida en primera instancia. El derecho a la tutela judicial o el derecho al proceso no integran el derecho a recurrir las decisiones judiciales, de modo que la imposición de los recursos no se encuentra afectada en su establecimiento por el artículo 24. Es la Ley, el instrumento normativo capacitado para disciplinar al sistema de recursos, de modo que cualquier restricción de este sistema no implica al derecho al proceso. Es necesaria la Ley para establecer y delimitar el ámbito del sistema de recursos. La garantía de los recursos que establezca el legislador procesal es instrumental respecto del derecho a la tutela, en cuanto considera los medios procesales adecuados para que el ciudadano pueda defender suficientemente sus derechos e intereses legítimos a través del establecimiento de la pluralidad de instancias que estime conveniente a los intereses de la adecuada administración de justicia[715].

Entre nosotros, el derecho a la doble instancia en el proceso civil se ha mitigado con varias disposiciones que incluyeron presupuestos y condiciones para el acceso a los recursos, y aun los impidió directamente mediante el artilugio del gravamen económico (v.gr.: art. 242 párrafo final, CPCC); mientras que en materia penal ya hemos señalado lo sucedido con la restricción revertida en el caso *Giroldi*.

En los hechos, la solución a esta dualidad debe partir de interpretar en sus justos términos el principio de igualdad constitucional.

> En Brasil, por el caso, se ha colocado el doble grado de jurisdicción como principio constitucional. La doctrina interpreta este principio como parte integrante del debido proceso legal, otros creen que es una derivación del principio de igualdad, y hasta se encuentran los que afirman que es un principio autónomo.

---

[715] Bandrés Sánchez-Cruzat, ob. cit., p. 139.

> Así, Calmon de Passos[716] lo considera un aspecto del principio constitucional del debido proceso, señalando que es de esencia del Estado de Derecho su existencia dentro de la necesidad general de que existan controles para los actos de los órganos detentadores del Poder.
>
> Ada Pellegrini Grinover[717]por su parte, estima la existencia de un principio constitucional, que puede ser autónomo o derivado del principio de igualdad. Desde este punto de vista violaría la regla constitucional, no sólo una ley que negara el doble grado de jurisdicción en general, sino también aquella que lo reservara especialmente para algunos procesos.
>
> En cambio, el maestro uruguayo Véscovi[718], ha enseñado que el verdadero sentido de la impugnación y en especial del recurso de apelación, o sea, de la segunda instancia; no se trata, normalmente de una revisión total del proceso, sino de la instancia, conforme los sistemas que nos rigen. En virtud del proceso de primera instancia y de la sentencia que lo culmina, se produce una verdadera depuración, especialmente del material de hecho, un trabajo de clasificación y de selección, que permite, en el segundo grado, una decisión más ajustada y meditada. Inclusive los argumentos de las partes quedan generalmente reducidos, como los puntos en discusión (objeto del proceso). Se trata, en síntesis, no de atribuir una superioridad personal a los jueces de la segunda instancia, sino de resguardar ak Poder Judicial en su unidad, mirándolo con mayor respeto y confianza.

Con la actual situación[719], de alguna manera se quiebra la noción del debido proceso, porque serían diferentes las exigencias para el proceso civil respecto al proceso penal. Y si tenemos en cuenta que, en definitiva, es el proceso la única garantía que tienen las personas, las limitaciones que se establezcan deberán asegurar una secuencia lógica y repetida a todo tipo de procesos, para no caer en desigualdades absurdas.

> En la jurisprudencia civil se sostiene que, el art. 242 del Código Procesal, en cuanto determina la inapelabilidad de las sentencias y resoluciones que no sobrepasen determinado monto, no puede ser tildado de inconstitucional en tanto la doble instancia judicial no ha sido prevista en ningún artículo de nuestra Carta Magna (CNCiv., Sala C, 26 de agosto de 1993, "*Municipalidad de Buenos Aires c. Figueroa, Amanda E*.", JA, 1995-III-587).
>
> La limitación de la apelación en procesos cuyo monto es inferior a determinada suma de dinero, está dirigido a agilizar los trámites judiciales para los pleitos de menor cuantía, manteniendo la doble instancia para los restantes (CNCiv., Sala E, 4 de septiembre de 1992, "*Spagnuolo, Juan c. Rodríguez, Norberto E*.", La Ley, 1992-D, 139).
>
> La inapelabilidad en función del monto reclamado en la demanda, debe aplicarse a las causas en que se solicita en el escrito de inicio una suma determinada de dinero, pero si dicho contenido patrimonial aparece indeterminado, salvo los daños y perjuicios y el daño moral, corresponde aplicar la regla general de la apelabilidad, a fin de garantizar la doble instancia (CNCiv., Sala E, 5 de junio de 1992, "*Rossi, Amelia M. c. Comandante Luis Piedrabuena Coop. de Viv. Ltda.",* La Ley, 1993-A, 590, J. Agrup., caso 8772).

En suma, si la pretensión en el proceso civil es la rapidez habrá que resolver adecuadamente el funcionamiento de la segunda instancia y encontrar ante el juez *a quo* la posibilidad de reconsiderar situaciones firmes (una suerte de reposición *in extremis*);

---

[716] Calmon de Passos, José J., *O devido processo legal e o duplo grau de jurisdiçào*, Revista da Procuraduria Geral do Estado, nº 17, Sao Paolo, 1981, ps. 23 y ss.

[717] Pellegrini Grinover, Ada, *As garantías costitucionais do direito de açao*, Sào Paulo, Revista Dos Tribunais, 1973, ps. 31 y ss.

[718] Véscovi, Enrique, *Los recursos judiciales y demás medios impugnativos en Iberoamérica*, Depalma, Buenos Aires, 1988, ps. 133 y ss.

[719] La Corte Suprema en la Acordada 45/2016 resolvió adecuar el monto fijado en el segundo párrafo del artículo 242 del CPCC en el importe de pesos noventa mil ($ 90.000).

mientras que el proceso penal debe resguardar la revisión de las sentencias condenatorias como una obligación emergente de los deberes internacionales comprometidos al ratificar Tratados y Convenciones que establecen el derecho al recurso.

> En opinión de Gimeno Sendra, se debe derrumbar el mito de la rapidez de la instancia única, porque la única objeción que puede permanecer válida en el momento presente es la de que la importación de la segunda instancia constituiría un factor de dilación, habida cuenta de que en nuestro país (España) es manifiestamente deficitario el número de Jueces y magistrados. Al Estado incumbe, pues, la obligación de dotar a los distintos tribunales Superiores de Justicia del número de Salas necesario para permitir que la segunda instancia penal no corriera, en cuanto al tiempo, la misma suerte que las apelaciones civiles. En cualquier caso, cabe recordar que nuestro sistema de apelación restringida impide procesalmente tales dilaciones, que podría acelerarse la tramitación de la apelación obligando al recurrente a concentrar sus motivos de impugnación en el mismo escrito de interposición y que podría instaurarse también una casación *per saltum*, que permitiera trasladar directamente el asunto al Tribunal Supremo, cuando el recurso hubiera de fundamentarse exclusivamente en la infracción de la ley material o procesal[720].

8. Limitaciones posibles en el derecho al recurso

Cualquiera sea la conclusión que se alcance respecto a la exigencia constitucional de la doble instancia, o las modalidades que se encuentren para su definición, ya sea como derecho a la revisión de la sentencia penal condenatoria, o el derecho al recurso en todo tipo de procesos, lo cierto es que en todos ellos, la impugnación no varía su naturaleza como derecho disponible.

Con ello se quiere manifestar que sigue vigente el principio dispositivo, que pone en claro el carácter facultativo de los medios de gravamen y las vías de impugnación. Basados en esta característica, se podría afirmar que el derecho a recurrir es renunciable.

> En nuestro "*Tratado e Derecho Procesal Civil*", hemos sostenido que las normas procesales no admiten claudicación anticipada, por lo que debe resolverse el problema que generan los convenios por los cuales se renuncia el derecho de impugnación. Mientras la doctrina tiene posiciones ambivalentes, nosotros creemos que existe una postura intermedia que se emplaza en la transigibilidad de los derechos en juego. Por el caso, la libertad de las personas no es un derecho negociable, por eso la doble instancia en el proceso penal es un derecho indisponible; mientras que los derechos patrimoniales lo son. Por su parte, los derechos personales pueden transigirse en la medida que no se afecte el orden o la moral pública[721].

Sin embargo, lo que no puede faltar es el medio o la herramienta para formalizar el manifiesto de disconformidad. Que se concrete o no es un derecho del interesado, y este derecho no se podría afectar por cuestiones tangenciales como la inexistencia de recursos, porque de surgir este inconveniente, el Juez deberá cubrir el déficit procurando resguardar el control de eficacia (y también de constitucionalidad) de las sentencias.

---

[720] Gimeno Sendra, ob. cit., p. 86.

[721] Gozaíni, *Tratado de Derecho Procesal Civil,* Tomo IV, cit., ps. 457 y ss.

> Obsérvese el caso del art. 78 de la ley 11.683 que establece la imposibilidad de apelar decisiones administrativas (clausura de un comercio por violación a las nuevas reglas sobre facturación), a cuyo fin -pensamos- el fundamento reposa en la cuestión de bagatela y en la posibilidad de saneamiento inmediato que tiene estas sanciones administrativas. Sin embargo, está quebrada en la especie una regla de oro del sistema republicano de gobierno. En efecto, la autoridad ejecutiva obra sin más control que el impartido por la estructura piramidal de la administración, soslayando por decisión propia, el control judicial. Evidentemente, la crisis se multiplica cuando las actitudes son abusivas, absurdas o intimidatorias, por cuanto al particular se le priva del derecho de acción, y al proceso, entendiendo como reclamo de justicia y protección de las autoridades pertinentes (art. 14 CN).

Asimismo, no tiene causa legítima la supresión de vías procesales idóneas para remediar la arbitrariedad, porque cercenamientos de este contenido sustraen a a los jueces la posibilidad de concretar el control de constitucionalidad de las leyes y la fiscalización oportuna sobre los actos de gobierno.

Distinta es la cuestión cuando el derecho de recurrir se renuncia anticipadamente, porque la vigencia del principio dispositivo pone en claro el carácter facultativo de los medios de gravamen y las vías de impugnación.

> En la jurisprudencia se sostiene que, la renuncia anticipada a la facultad de utilizar las vías recursivas, encuentra sustento en las prescripciones del Código Civil, pudiendo ser pactada entre las partes, tanto por ser un derecho de individuo que no afecta al orden público, como en la consideración de que la doble instancia no configura requisito de la garantía constitucional de la defensa en juicio, siempre que ambas partes igualitariamente abdiquen de tal derecho.

Empero es necesario ver si la renuncia es verdaderamente voluntaria o producto de una libre decisión, porque si es, por ejemplo, el efecto de adherir a un contrato que no ha negociado, o el cumplimiento de una ley que le impide cuestionar un resultado (v.gr.: art. 21 de la Ley 24.557), corresponde observar si hay opciones o libertades preferidas, en suma, elecciones voluntaria entre caminos o vías diferentes. Si lo hay,la renuncia debe ser rechazada por antijurídica e inconstitucional por violar la garabtía del derecho de defensa.

> En consecuencia, si se considera que la intervención de la actora ante las comisiones médicas locales y central ha constituido una renuncia tácita a invocar las garantías constitucionales del debido proceso y defensa en juicio, tal acto derogatorio resulta fulminado con una nulidad absoluta, de modo que aquella mantiene intacto su derecho a peticionar la inconstitucionalidad de las normas legales que considera violatorias de los derechos constitucionales que la amparan. (CNCiv., Sala G, 4 de marzo de 1997, "*Andrei, Ana M. c. De Bartolo, Rolando*", La Ley, 1998-A, 495, J. Agrup., caso 12.392).
>
> Si bien el ordenamiento procesal está estructurado de acuerdo con el sistema de doble instancia, en virtud del cual el conocimiento del proceso corresponde a órganos unipersonales cuyas decisiones son susceptibles de recursos ante órganos colegiados, la limitación a la intervención de éstos puede ser legal -vgr. arts. 242 incs. 3º y 74 inc. 5º, Código Procesal-, o convencional, cuando las partes pactan expresamente la renuncia a tal derecho (CNCiv., Sala G, 18 de septiembre de 1997, "*The First National Bank of Boston c. Lamanna, Juan C.*", La Ley, 1998-B, 242).
>
> Finalmente, se argumenta que, ante el principio general que otorga facultad a los litigantes de apelar la sentencia recaída en los juicios de mayor cuantía, el ordenamiento de forma ha dispuesto restricciones respecto de algunas resoluciones, interlocutorias y providencias simples, así como también de sentencias definitivas relacionando dicha posibilidad con el monto del pleito. Esta política legislativa reconoce un doble fundamento: por un lado lograr mayor economía procesal y evitar el dispendio jurisdiccional consiguiente en los procesos

de menor monto económico, y por otro otorgar en esos casos una mayor autonomía de decisión a los jueces de primera instancia. Por otro lado, al establecer la única instancia en estos procesos se abarata sustancialmente su costo, adecuando el procedimiento al valor de la controversia (CNCiv., Sala K, 8 de marzo de 1993, "*Malaiu, Gabriel E. c. Kazka, Ludmila*", La Ley, 1993-E, 641, J. Agrup., caso 9409).

Si bien es cierto que el derecho al recurso obedece a una razón de política procesal, su vía puede ser renunciada en tanto la declinación no afecte la voluntad de manifestarse en forma espontánea y libre.

Es decir, la estipulación concertada para prestar conformidad con el fallo futuro puede aceptarse como derecho disponible, pero si está perjudicada la libre concertación negocial, o existe adhesión a cláusulas predispuestas, o bien en líneas generales, se vulnera el orden y moral públicos, el acto presuntamente voluntario de sometimiento podría caer por inoperancia de su básico compromiso con la buena fe contractual.

Además, no todos los actos del proceso pueden renunciarse, pues existe un esquema natural que hace a la garantía del debido proceso o del litigio justo, razón por la cual, el verdadero problema radicaría en establecer qué actos constituyen manifestaciones incompatibles con la voluntad previamente declarada.

Otra situación, diversa, se da cuando la renuncia es posterior a la sentencia, pues aquí sí se manifiestan dos claras posibilidades; o la actitud voluntaria de abstenerse y operar la caducidad del recurso por preclusión de los actos pertinentes; o la decisión negociada entre las partes sobre un referente concreto como es el derecho consagrado en el fallo.

Un meduloso fallo que hemos anotado en "Respuestas Procesales"[722] resume con gran precisión los temas desarrollados:

1. Si un recurso está sólo previsto contra sentencias de cámaras de apelaciones nacionales, tal recurso no es posible contra la sentencia de un juez de primera instancia si ella no es apelable ante una de tales cámaras.

2. Toda persona alcanzada por las leyes de la República tiene derecho a obtener que se haga efectiva la subordinación de ellas a la Constitución Nacional, mediante el control de constitucionalidad establecido por los artículos 31 y 100 de ella. Por ello, la Corte Suprema de Justicia de la Nación que es custodio e intérprete final de aquella consideró como deber inexcusable suyo atender tales casos, aún contrariando la legislación que impedía el conocimiento previo de los tribunales mentados es el art. 6 de la ley 4055, admitiendo recursos contra fallos de jueces de tribunales inferiores.

3. La eficacia y uniformidad del control de constitucionalidad ejercida por los jueces también requiere la existencia de un tribunal supremo especialmente encargado de revisar sus resoluciones. En el orden de la Constitución Nacional, tal órgano no es otro que la Corte Suprema de Justicia de Nación y el instrumento legal por excelencia dirigido a tal elevada misión por parte del más alto Tribunal lo constituye la ley 48, reglamentaria del artículo 31 de la Ley Fundamental.

4. El carácter supremo que la Ley Fundamental ha concedido a la Corte Suprema de Justicia de la Nación determina que lo que éste elabore, con base en la Constitución y la ley del 14 de setiembre de 1853, resulte el paradigma del control de constitucionalidad en cuanto a la modalidad y alcance de su ejercicio.

5. Atento a que la Corte Suprema de Justicia de la Nación es por la Ley Fundamental, supremo en su cometido del control de constitucionalidad, y que éste es llevado a cabo bajo el mandato directo de esta ley y de las normas federales que reglamentan la sumisión

[722] Gozaíni, Osvaldo A., *Respuestas Procesales*, Ediar, 1999 (Segunda Parte), ps. 177 y ss.

al artículo 31 se concluye en que la extensión con que el Supremo Tribunal realiza dicho control, configura a un marco ejemplar respecto de la magistratura argentina. Por ello, en lo que a ésta concierne, tal marco no consiente limitaciones provenientes de otras fuentes so pena de herir o tergiversar el recto sentido que cabe dar a la índole difusa que informa el mentado control.

6. Las sentencias a apelar por vía del recurso extraordinario deben provenir del superior tribunal de la provincia. Pero en el orden nacional es también evidente que la nueva doctrina, por ser respetuosa de los textos legales argentinos ha concluido, por sentar una inteligencia literal del artículo 14 de la ley 48, en relación a la cual es del Superior Tribunal de la causa de quien debe emanar la sentencia objeto del recurso extraordinario. La exigencia de que ellas deben emanar del Superior Tribunal de la provincia es admisible en tanto es en dicho artículo -y en el 6 de la ley 4055- donde está específicamente contenida la regulación procesal del recurso extraordinario. Por lo tanto, no es admisible que las limitaciones impuestas por otras normas procesales -nacionales o provinciales- para apelar aspectos propios de las instancias del proceso ajenos a la instancia extraordinaria federal que concluye ante esta Corte, pueden alcanzar a ésta última.

7. No existe fundamento para negar a los justiciables ante la justicia nacional lo que se concede en iguales condiciones a quienes se presentan ante la justicia provincial, pues ello constituiría una desigualdad palmaria e infundada, máxime si se tiene en cuenta que actualmente el sentido del artículo 31 de la Constitución Nacional no tiene solo en vista la supremacía del gobierno nacional sobre los de provincia, sino en un nivel más elevado, la de los superiores principios contenidos en la Constitución Nacional.

8. Si existen medios para asegurar la supremacía constitucional no puede pensarse que ellos no solo idóneos para preservar tales repartos, con olvido del asegurar la supremacía constitucional no puede pensarse que ellos son solo idóneos para preservar tales repartos, con olvido del aseguramiento de esos derechos y garantías.

9. El rechazo de limitaciones a la apelabilidad, basadas en el monto, la materia, u otro criterio, serán válidas en tanto se ponga efectivamente en juego la jurisdicción constitucional federal.

10. La doble instancia judicial no es requisito indispensable para la defensa en juicio; de ahí que la decisión del legislador de que ciertas cuestiones tramiten con especial premura, atendiendo a la índole de la cuestión planteada, la necesidad de no perturbar más de lo necesario el funcionamiento de la administración, la escasa entidad de los intereses en juego, u otros motivos, es perfectamente admisible a la luz de los superiores principios de la Constitución Nacional, lo que sí, ella pierde su razón de ser y resulta por ello inaplicable cuando el tema excede el marco de la norma limitativa y se inscribe en el de un proceso destinado a asegurar la supremacía constitucional, pues en tal caso, debe atenderse a las reglas que regulan tal proceso, dentro de las cuales aquellas disposiciones limitativas han perdido su sentido, como que están pensadas para situaciones en que por alguno de los motivos antes nombrados tienen plena virtualidad, y no para las situaciones extraordinarias en que es necesario velar por la clave de la bóveda de la estructura jurídica toda (en el caso de autos, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, sin tacharla de inconstitucional, declaró la inaplicabilidad del artículo 78 de la ley 11.683- limitativo de las reglas de la apelación- y se hizo lugar al recurso de apelación contra la sentencia que confirmó la sanción de clausura de un establecimiento dispuesta por la autoridad administrativa basada en la violación de disposiciones generales de aquella índole) (C.Fed. San Martín, Sala I, setiembre 29/1992, "*Fernández Linares, Ignacio s/ queja*").

SECCIÓN VI

DERECHO AL CUMPLIMIENTO DE LAS SENTENCIAS

CAPITULO XV

EL DERECHO A LA EJECUCIÓN DE LA SENTENCIA

*Sumario***:** 1. Preámbulo; 2. El derecho fundamental a que la sentencia se cumpla; 3. la ejecución de oficio; 4. La ejecución forma parte del debido proceso; 5. Conclusiones.

1. Preámbulo

Todo proceso dirimido ante la justicia se compone de dos fases, la declarativa y la ejecutiva. En la primera, se debaten hechos y derechos que de conformidad con las pretensiones promoverá un tipo de sentencia pertinente; en la segunda, comienza la etapa de cumplimiento de dicho pronunciamiento. No son juicios diferentes, sino períodos de un mismo procedimiento.

La dificultad que tiene este ciclo surge con la renuencia a cumplir de inmediato; demora que algunos códigos toleran al amparo de excepciones que obligan a replanteos que alteran la ejecución, convirtiendo al derecho declarado en una sentencia que vuelve a quedar postergada.

> Para Chamorro Bernal la ejecución de las sentencias en sus propios términos forma parte del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva de los jueces y tribunales, ya que en caso contrario las decisiones judiciales y los derechos que en las mismas se reconocen o declaran no serían otra cosa que meras declaraciones de intenciones sin alcance práctico no efectividad alguna (STC, 167/1987 de 28 de octubre). Es que la ejecución de las sentencias es parte esencial del derecho a la tutela judicial efectiva y es, además, cuestión de esencial importancia para dar efectividad a las cláusulas del Estado social y democrático que implica, entre otras manifestaciones, la sujeción de los ciudadanos y de la Administración Pública, al ordenamiento jurídico y a las decisiones que adopta la jurisdicción, no sólo juzgando, sino también ejecutando lo juzgado, según se desprende del art. 117.3 de la Constitución española (STC 67/1984 de 7 de Junio, entre muchos más)[723].

Siendo el proceso un desarrollo cíclico que termina definitivamente con el cumplimiento de la sentencia, no caben dudas del respaldo que recibe para formar parte del debido proceso, precisamente, porque la función judicial es declarar el derecho y ejecutar lo juzgado cuando la sentencia no se acata de inmediato.

Inclusive, en la tendencia más abierta a este principio, ha comenzado a desarrollarse la idea de la ejecución provisional de la sentencia de primera instancia, tal como lo posibilita la actual Ley de Enjuiciamiento Civil española.

> Los arts. 524 a 537 disponen, en grandes líneas, que todas las sentencias de condena son ejecutables, sin caución, salvo que se trate de pronunciamientos en los procesos sobre paternidad, maternidad, filiación, nulidad de matrimonio, separación y divorcio, capacidad

---

[723] Chamorro Bernal, ob. cit., p. 368.

> y estado civil y derechos honoríficos, salvo los pronunciamientos que regulen las obligaciones y relaciones patrimoniales; o que versen con condenas a emitir una declaración de voluntad; o se trate de sentencias que declaren la nulidad o caducidad de títulos de propiedad industrial; o bien, sean sentencias extranjeras no firmes, salvo que expresamente se disponga lo contrario en los Tratados internacionales vigentes en España.
>
> La ejecución provisional de sentencias de condena, que no sean firmes, se despachará y llevará a cabo, del mismo modo que la ejecución ordinaria, por el tribunal competente para la primera instancia. En la ejecución provisional de las sentencias de condena, las partes dispondrán de los mismos derechos y facultades procesales que en la ordinaria. Mientras no sean firmes, o aun siéndolo, no hayan transcurrido los plazos indicados por esta Ley para ejercitar la acción de rescisión de la sentencia dictada en rebeldía, sólo procederá la anotación preventiva de las sentencias que dispongan o permitan la inscripción o la cancelación de asientos en Registros públicos.
>
> La ejecución provisional de las sentencias en las que se tutelen derechos fundamentales tendrán carácter preferente.

En líneas estrictamente procesales, con la ejecución comienza una etapa que debiera ser rápida y expedita, al estar avalada por un proceso de conocimiento pleno que formalizó en la resolución el derecho creado a favor de una de las partes. Por eso, el tiempo (plazo razonable) para hacer efectivo el beneficio logrado (reconocimiento o reparación) no debiera ser superior al que se invirtió con el trámite ordinario. Es más, tendría que ser breve, urgente y simplificado.

> De ahí que a este derecho le sea aplicable el principio *pro actione*, según el cual la ejecución de la sentencia debe marchar sin más condiciones que la comprobación efectiva y rápida del crédito que se reclama, debiendo el juez apurar la posibilidad de ejecución total (STC 148/1989 de 21 de setiembre, BOE 18-10-89, JC XXV, 63, cita de Chamorro Bernal[724]), y evitar interpretaciones restrictivas como resulta otras aplicaciones legales tales como los decretos de inembargabilidad de sueldos, o las disposiciones administrativas que hacen dependen los pagos de la previsión presupuestaria.

La pretensión no deja ser una cuestión de legalidad constitucional, porque el valor de las sentencias se refleja en el derecho de propiedad (art. 17, CN) y si el mismo queda vulnerado, restringido o cercenado, es evidente que el mecanismo procesal debe resolver esa crisis de inmediato.

Ocupa entonces buena parte del cuadro diseñado para el debido proceso actual, éste derecho a la ejecución que se completa en dos tramos: el *constitucional* que se antepone como garantía para lograr la rápida y efectiva percepción de los créditos adquiridos por decisiones jurisdiccionales; y el *procesal* que obliga a disponer un procedimiento breve y sencillo para no entorpecer ni dilatar por más tiempo el derecho antes indicado.

2. El derecho fundamental a que la sentencia se cumpla

Este derecho consagra como garantía de los justiciables que las sentencias judiciales se hagan efectivas en sus propios términos, sea como respeto a la cosa juzgada (que incorpora el derecho judicial al patrimonio de las personas), como para aceptar que las decisiones del Poder Judicial no queden insolutas por el capricho legislativo o el retardo administrativo.

---

[724] Chamorro Bernal, ob. cit., p. 369.

Es un derecho abstracto que tiene toda persona, y que nace en el mismo momento que la sentencia deviene firme y ejecutoriada (es decir, agotados los recursos que puedan revocarla, o vencidos los plazos para plantearlos), por eso la ejecución provisional no se instala en este terreno garantista, sino más bien, en el campo de la eficacia procesal.

> Según Pico i Junoy[725], el contenido principal del derecho a la ejecución consiste en que la prestación jurisdiccional sea respetuosa con lo fallado y enérgica, si fuera preciso, frente a su eventual contradicción por terceros. Cuestión distinta plantea la ejecución provisional de las sentencias, no encuadrable en el derecho fundamental del art. 24.1 de la C.E. Esta ejecución viene establecida, en su caso, por el legislador y se encuentra sometida a ciertos requisitos sobre su procedencia o improcedencia que deben ser valorados por los órganos judiciales.

Para volverse operativo, el derecho a la ejecución necesita de petición expresa, porque bien puede el beneficiario renunciar a la compulsión forzada y mantenerse con la simple declaración. La diferencia está en que, puesto en marcha el sistema de forzamiento, el juez debe procurar eliminar los obstáculos que enerven, sin razones aparentes, la postergación del cumplimiento que se reclama.

Sin embargo, también se puede plantear y así lo hacemos, que en la variable de alteración de los principios en pos de mejorar la eficacia jurisdiccional, se podrían dar potestades al juez para que promueva de oficio la ejecución de una sentencia por él dicada, toda vez que la renuencia representaría un acto de resistencia a la autoridad, la inejecución de un mandato obligatorio, y porqué no, la violación al principio de moralidad que el proceso debe acreditar.

En Argentina el principio dispositivo lo impide, pues no hay proceso sin parte que lo pida; solo que la variable que nos parece existe, es que no hay un nuevo proceso, sino el paso de una etapa a otra de un proceso en trámite, en cuyo caso el Código procesal admite esta forma de actuación a través del art. 34 inciso 5 apartado b), en cuanto refiere al deber judicial de evitar o sanear nulidades, y *prevenir y sancionar todo acto contrario al deber de lealtad, probidad y buena fe.* E inclusive, el mismo alcance tiene el art. 36 inciso 1º que admite, *aún sin requerimiento de parte,* que los jueces y tribunales tomen medidas tendientes a evitar la paralización del proceso.

3. La ejecución de oficio

La ejecución de sentencias es el trámite más rápido que tiene nuestro sistema procesal para el cobro inmediato de créditos previamente reconocidos; pero también se podría afirmar que este pasaje del conocimiento a la ejecución no es absoluto, porque a pesar de lo rápido y compulsivo, al acreedor que ejecuta se lo somete a un tránsito previo de acreditaciones y reconocimientos que deja en claro que la ejecución recién comienza con la sentencia que manda llevar adelante la vía; erróneamente conocida como "sentencia de remate".

Lo mismo sucede con el juicio ejecutivo, con la diferencia que en él las excepciones que se admiten son de tanta variedad y contenido que facultan al deudor a plantearlas con insistencia, logrando un mecanismo legal de postergación de la

---

[725] Pico i Junoy, *Las garantías constitucionales del proceso*, cit., ps. 233 y ss.

ejecución que torna en ordinario (de conocimiento) a un proceso que debiera ser, en sí mismo, de ejecución pura.

En definitiva, la crisis de nuestros procesos de ejecución proviene de incurrir en el error de hacerlo transitar por una nueva etapa de contradicción documental, donde no sería necesario estudiar la admisibilidad del documento que se ejecuta, ni atender defensas puramente dilatorias que carecieran de fundamentación coherente.

En su lugar, cuando se trate de sentencias definitivas, el proceso de cumplimiento torna al pronunciamiento jurisdiccional en un título ejecutorio que se puede hacer valer por sí mismo sin necesidad de verificar la certeza de su formación.

> Esa declaración puede resultar de la actividad jurisdiccional (v.gr.: sentencia, laudo, o acuerdos celebrados en sede arbitral o de mediación), o de la voluntad de las partes (v.gr.: transacción o conciliación homologados judicialmente). La sentencia no distingue el carácter que tiene (v.gr.: declarativa, de condena u homologatoria), si bien es necesario acreditar la falta de cumplimiento, para dar paso a la ejecución forzada.
>
> Cuando es declarativa y despeja un estado de inseguridad jurídica, la obligación consecuente será corresponder con el mandato judicial, de manera que si persisten los hechos que dieron motivo a la pretensión meramente declarativa, no impide que se ejecute por esta vía. Las sentencias de condena no se vinculan, necesariamente, con obligaciones líquidas o fácilmente liquidables, aunque las comprende; en los hechos, la ejecución alcanza a las condenas de dar, hacer o no hacer. Por ejemplo, toda sentencia homologatoria, participa de los efectos de la sentencia definitiva, y por ello su ejecución tiene lugar por la vía que contemplan los arts. 499 y sigts[726].

En todo caso, se trataría de una acreditación de los presupuestos que dieron vida a un documento cuya ejecución se pide ante un juez diferente al que dictó la sentencia; o que sea un laudo inejecutado o una obligación no cumplida. Con eso sería bastante para dictar sentencia de inmediato (modelo monitorio) y, en su caso, abrir rápidamente la etapa de compulsión.

En cambio, mantener el sistema vigente, parece aceptar el desconocimiento al imperio que tiene una sentencia. Mantiene al proceso como una cuestión absolutamente privada a la que no le importa ni interesa que la autoridad judicial sea desconocida. Continúa la dogmática del propio interés, del beneficio propio, del impulso rogado del beneficiario que, si propicia la ejecución forzada, impide que la manifestación de un pronunciamiento judicial sea puramente académica.

En suma, el derecho al recurso sencillo, rápido y eficaz que promueve la terminación de los procesos dentro de un plazo razonable, involucra para nosotros, el derecho a dar por expedita una situación que ha consolidado el derecho reclamado, evitando de ese modo las consecuencias gravosas y dañinas que surgen de la lentitud procesal.

> Lograr una justicia oportuna depende del sistema donde y como se orquesta el procedimiento; y de medidas concretas de política económica. Las primeras responden a la crisis manifiesta que proyecta la transformación de las sociedades industriales y post industriales modernas que generan una nueva demanda de justicia, con un sentido de real y efectiva igualación, por encima de la sola igualdad formal, para posibilitar el desarrollo de la personalidad humana. Es a la luz de esta nueva demanda de justicia que debe interpretarse la filosofía política del "Estado social" o "promocional" o "welfare state" que se ha traducido en un enorme aparato de legislación económico social, consecuencia de la

---

[726] Gozaíni, *Tratado de Derecho Procesal Civil*, Tomo V, cit., ps. 478 y ss.

> promoción y actuación de los "nuevos derechos sociales". Empero, esta cada vez más vasta y compleja función promocional del Estado moderno ha comportado, obviamente, formas de gigantismo gubernamental a menudo peligrosas y potencialmente agresivas. De ahí la constante búsqueda de nuevos instrumentos y métodos alternativos, para la racionalización y el control de tal aparato y, por consiguiente, para la protección contra los abusos que el mismo puede originar.
>
> El segundo pilar reposa en las medidas de política social y económica que adapten la realidad del medio con las necesidades de justicia que la sociedad reclama. No es únicamente el costo y la celeridad, sino la eficacia y la seguridad lo que se persigue en un estudio profundo de la elevación a rango constitucional o fundamental del derecho a un proceso rápido y expedito[727].

4. La ejecución forma parte del debido proceso

Hemos señalado en otro lugar[728] que las sentencias de la Corte IDH van formando una jurisprudencia que en materia de debido proceso elabora estándares de obligatorio seguimiento. Sin embargo, hay aspectos mencionados que son aplicables solamente a los procesos ante los órganos del sistema, sin que pueda alterar el derecho interno las modalidades que se piden para el proceso supranacional.

Por ejemplo, la modalidad de supervisar el cumplimiento divide el seguimiento de las medidas que se toman para impulsar el acatamiento, teniendo en cuenta que son muy pocos los Estados partes que han establecido normas especiales destinadas a poner en marcha y ejecución las condenas y reparaciones impuestas.

No obstante, es un modelo que se puede espejar, aunque no sea obligatorio el arquetipo, desde que es un procedimiento y no una decisión. De todos modos, trabaja sobre estándares de respeto y consideración al trabajo jurisdiccional que bien pueden tomarse como prototipos.

> Sostiene Caballol Angelats que […] "la coherencia en la actuación de la fuerza del Estado no se pierde porque deba llevarse a efectos en sentidos contradictorios en un mismo proceso, sino, y sólo, cuando como consecuencia de su actuación se haga finalmente imposible la realización de la sentencia que lo resuelva finalmente. Efectivamente, lo que da coherencia a la actuación del poder de coerción del Estado, no son los diversos sentidos en que esta se actúa, sino la finalidad para la que ésta se prevé: la tutela efectiva. Por tanto, cuando una resolución es firme la posibilidad de coerción es absoluta y no se encuentra limitada más que por el contenido de la misma. Sin embargo, si ha sido recurrida o puede serlo, la posibilidad de imponer su eficacia quedará siempre subordinada a que con ella no se haga imposible la eficacia de la tutela que resulte definitivamente del proceso"[729].

La Convención Americana no estableció un órgano encargado de ejecutar las sentencias pronunciadas por la Corte, a diferencia de la Convención Europea que sí lo posee. En su lugar, le dio la facultad de supervisar el cumplimiento y, ante la renuencia del Estado parte, le otorgó la posibilidad de manifestarlo en el informe anual ante la Organización de Estados Americanos (OEA).

---

[727] Caballol Angelats, Luis, *La ejecución provisional en el proceso civil*, Bosch, Barcelona, 1993, ps. 87 y ss.

[728] Gozaíni, *Sistema Procesal Interamericano. Procedimientos ante la Comisión y la Corte IDH*, cit., ver en especial capítulo XXI pas. 1079 y ss.

[729] Caballol Angelats, ob. cit., p. 109.

La Corte IDH posibilita desde el art. 2 de la CADH, un derecho similar que considera como estable en el derecho de gentes, y como norma consuetudinaria de la que se desprende el deber de un Estado que ha celebrado un convenio internacional, de introducir en su derecho interno las modificaciones necesarias para asegurar la ejecución de las obligaciones asumidas. Esta norma aparece como válida universalmente y ha sido calificada por la jurisprudencia como un principio evidente.

> En este orden de ideas, la Convención Americana establece la obligación de cada Estado Parte de adecuar su derecho interno a las disposiciones de dicha Convención, para garantizar los derechos en ella consagrados. En el mismo sentido, el Tribunal ha manifestado que […] "el deber general del artículo 2 de la Convención Americana implica la adopción de medidas en dos vertientes. Por una parte, la supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención. Por la otra, la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías"[730].

En consecuencia, no es discutible que la producción de un daño comporta el deber de reparar, y cuando se trata de responsabilidad internacional exige la plena reparación del perjuicio sufrido (*restitutio in integrum*), que consiste en el restablecimiento de la situación anterior y en la reparación de las consecuencias que la infracción produjo, así como el pago de una indemnización como compensación por los daños ocasionados[731].

En el caso *Acevedo Jaramillo vs. Colombia*[732], se dijo […].

> A mi juicio, la ejecución de la sentencia forma parte del proceso del debido proceso y, por ello, los Estados deben garantizar que tal ejecución se realice dentro de un plazo razonable. Tampoco sería de más recordar -distintamente de lo que tiende a pensar o suponer los procesalistas tradicionales- que el proceso no es un fin en si mismo, sino un medio para la realización de la justicia. Hay una gran distancia entre la justicia formal y la material, que es, ésta última, la que tengo siempre presente en mis razonamientos. Más que esto, sostengo que el cumplimiento de la sentencia forma parte del propio derecho de acceso (*lato sensu*) a la justicia, entendido éste como el derecho a la prestación jurisdiccional plena, incluida ahí la fiel ejecución de la sentencia.
>
> El cumplimiento de las sentencias es, pues, un elemento constitutivo del propio derecho de acceso a la justicia, así ampliamente concebido, dando expresión a la vinculación entre las garantías judiciales y la protección judicial, bajo los artículos 8 y 25, respectivamente, de la Convención Americana.
>
> Es ésta la hermenéutica que mejor se coaduna con la propia jurisprudencia de esta Corte. Hace no más que una semana, en su Sentencia en el caso *López Álvarez versus Honduras* (del 01.02.2006), la Corte Interamericana afirmó claramente que ["El derecho de acceso a la justicia implica que la solución de la controversia se produzca en tiempo razonable; una demora prolongada puede llegar a constituir, por si misma, una violación de las garantías judiciales" (párr. 128).

5. Conclusiones

---

[730] *Caso Baena Ricardo vs. Panamá. Fondo. Reparaciones y Costas.* Sentencia de 2 de febrero de 2001. Serie C Nº 72, párr. 179.

[731] Ibídem, párr. 202.

[732] *Caso Acevedo Jaramillo vs. Perú. Excepciones preliminares. Fondo. Reparaciones y Costas.* Sentencia de 7 de febrero de 2006. Serie C Nº 144. Voto razonado del juez Cançado Trindade.

La Corte IDH persigue, de acuerdo con lo expuesto, dos líneas preferentes de atención. Por una transita el problema de inejecución de sus propias decisiones en el ámbito del derecho interno; por otro, vehiculiza estándares que mejoren la eficacia para el cumplimiento de todas las sentencias judiciales

En el primer sector, se entiende que el Estado, a partir del momento que es condenado, debe garantizar los medios necesarios para que se cumpla por los jueces o funcionarios internos, las mandas dispuestas. En palabras de la Corte, el derecho a la protección judicial resultaría ilusorio si el ordenamiento jurídico interno de los Estados diera lugar a que una manda judicial final y obligatoria persista ineficaz en detrimento de una de las partes.

> En esta línea, el tribunal ha considerado que para hablar de "recursos judiciales efectivos" no alcanza con que en los procesos se dicten resoluciones definitivas en las que se decida el resguardo de los derechos en juego ya que la etapa de ejecución de tales decisiones también debe ser entendida como parte integrante del derecho a la tutela judicial efectiva. A la vez, la Corte ha sostenido que en el caso de fallos en materia de acciones de garantía, atento a la particular naturaleza de los derechos protegidos, el Estado debe acatarlos en el menor tiempo posible, adoptando todas las medidas necesarias al efecto. En este punto, la Corte es enfática al afirmar que las normas presupuestarias no pueden justificar una demora prolongada en el tiempo en el acatamiento de las decisiones judiciales que resguardan derechos humanos.

Por otro lado, el derecho interno debe promover la eficacia jurisdiccional y la efectiva prestación del servicio en orden al desempeño de un debido proceso en su total desarrollo.

Por eso, el tribunal entiende que la demora en la ejecución de la sentencia no puede ser tal que conlleve una mayor afectación de los derechos protegidos en la decisión y, en consecuencia, desvirtúe el derecho a la protección judicial efectiva[733].

---

[733] Cfr. Corte IDH, *Caso Acevedo Jaramillo y otros*. Sentencia citada, párrafos 216, 217, 219. Es dable mencionar aquí que en este punto, la Corte IDH realiza la siguiente cita: "Con cita a *Cfr.Antoneeto v. Italy*, No. 15918/89, párrafo 27, CEDH, 20 de julio de 2000; *Immobiliare Saffi v. Italy* [GC] No. 22774/93, párrafo 63, EHCR, 1999-V; y *Hornsby v. Greece* judgment *of 19 March 1997, ECHR, Reports of Judgments and Decisions 1997-II*, párrafo 40." El TEDH también se ha referido a la vinculación entre la protección judicial efectiva y la debida ejecución de las sentencias en casos como "*Taskin y otros vs. Turquía*". Cfr. TEDH, "*Taskin y otros vs. Turquía*", sentencia del 10 de noviembre de 2004.

SEGUNDA PARTE

AGREGADOS Y CONCLUSIONES

CAPÍTULO XVI

DEBIDO PROCESO ADMINISTRATIVO

*Sumario***:** 1. Ramificaciones del debido proceso; 2. El debido proceso administrativo; 3. La autonomía del debido proceso administrativo; 4. Contenidos del debido proceso administrativo: *4.1 Principios; 4.2 Reglas;* 5. Garantías procesales: *5.1 Garantías del procedimiento; 5.2 Garantía de igualdad; 5.3 Garantías inalterables;* 6. Reglas específicas; 7. El debido proceso administrativo en la Corte IDH; 8. Addenda.

1. Ramificaciones del debido proceso

Partiendo de un análisis global, se podría afirmar que todos los estudios e investigaciones que profundizaron las disciplinas de la ciencia jurídica han tenido una clara orientación de aislamiento, en el sentido de buscar para las distintas ramas del Derecho cierta autonomía funcional que permitiera su consideración independiente en una variada gama de principios propios.

Con esta actitud, la unidad del derecho se fue perdiendo y, naturalmente, la indiferencia hacia lo que sucedía en otro, generó algunas contradicciones ideológicas y prácticas que fueron explicadas razonando en las peculiaridades que admitía cada materia tratada.

Innecesariamente se llegó a la tiranía de las instituciones, pues dichos principios singulares no guardaron afinidad con el contexto general del ordenamiento jurídico; y la ciencia se encontró con una multiplicidad de alternativas que al justiciable le trajo más dudas que certezas. La controversia se hizo visible cuando se creyó que había tantos "procesos debidos" como procedimientos que se encausaran.

Apunta Mercader que […]

> "En su perspectiva histórica el proceso judicial contemporáneo no ha logrado desprenderse de las sacramentales inmanencias de su origen. Para muchos de los tantos y tan preclaros elaboradores de su doctrina, inclusive los que honran y regentean las más adelantadas escuelas surgidas luego de Windscheid —en 1856— y de Chiovenda—en lo que va de este siglo (siglo XX)— el proceso, inexorablemente identificado con la *procedure*, sigue siendo nada más que un fenómeno tan sólo posible, pero siempre posterior, y extraño a la sistemática del ordenamiento de las relaciones verdaderamente creadoras del derecho. Desapartado así de la unidad plenaria del sistema jurídico que rige la vida colectiva, nada de extraño tiene la hipótesis de que el proceso, por continuar siendo concebido como un fenómeno —tan sólo posible y posterior— que cruza adormilado sobre una órbita excéntrica a la del derecho, pueda responder a principios y reglas incompatibles que, en sus

> casos, lleguen a destruir el sentido unitario y coherente de las leyes que gobiernan a las sociedades"[734].

Los procedimientos de otrora que fueron marcando fisonomías particulares entendieron que cada procedimiento debía contar con prácticas circunspectas y adecuadas a su propia exigencia ritual, dando lugar a sistemas que solo se modificaron cuando fue necesario. Por ello surgieron procedimientos administrativos, penales, sociales, laborales, y cuantos más que sería inútil contabilizar.

En materia administrativa procesal, Guasp planteó que […]

> "Cuando surge una polémica ante los tribunales, cuando alguien pretende, de un órgano instituido especialmente para ello, la realización de una conducta frente a sujeto distinto, aunque los sujetos y el objeto de esa reclamación tengan carácter administrativo, no se trata ya de una materia administrativa, sino de una materia procesal, por rigurosa definición. En efecto, la materia administrativa permanece inmutable en el territorio que le es propio. De ninguna manera es este territorio el que se pisa cuando trata de establecerse el régimen jurídico a que se ha de sujetar una reclamación ante tribunales que recae sobre temas administrativos. Aquí ya, el planteamiento administrativo originaría un desenfoque total; y aunque los criterios del derecho administrativo puedan ser aplicados por el presunto órgano jurisdiccional, esto nunca se hará, como ocurre en la justicia civil, porque funcionen imperativamente los mandatos, dirigidos, en primer término, a los sujetos de la relación jurídica administrativa, sino porque funcionen indicativamente, en remisión de la norma intermedia o de imputación formal que señala las conexiones entre Administración y Proceso. El derecho procesal administrativo viene así a consolidarse igual que el derecho procesal civil, como una estructura plenamente autónoma. Su misión no es realizar los fines que el derecho administrativo se propone, sino aquellos que al derecho procesal genéricamente se asignan. Un derecho administrativo es un instituto afín a cualquier otro ente judicial, singularizado; tan sólo porque los temas que recaen plantean, lógicamente, problemas referentes a la Administración"[735].

Indudablemente, la euforia por el enfoque asumido despertó alguna inquietud en los procesalistas y preocupó al derecho público. A pesar de que la misión autónoma del derecho procesal administrativo pueda ser equívoca y percibirse -en el elogio que Guasp efectúa- cierta preeminencia genérica del derecho procesal como ciencia y en el procesal administrativo una especialidad con discusiones suficientes para singularizarse, la intranquilidad fundamental fue no perder espacios cubiertos que dejaran lo procesal en el simple y único tratamiento de la instrumentalidad.

El camino iniciado fue siguiendo un rumbo sinuoso y tomó senderos alternativos que le generaron sucesivas confusiones. En primer lugar, se planteó si era sólo materia procesal administrativa la que concernía a lo contencioso; de manera que la naturaleza del recurso en sede administrativa y el procedimiento ante ella, escapaban a dicha consideración. Luego debió resolverse el conflicto —todavía actual— acerca de si el ejercicio de funciones decisorias por parte del gobierno significaba verdadera jurisdicción.

En suma, la construcción de un derecho procesal administrativo como disciplina científica autónoma e independiente, tenía bases muy poco firmes y, cuando lo constitucional en el proceso comenzó a diseñar —con base en el principio de

---

[734] Mercader, Amílcar, *Naturaleza y límites de la jurisdicción judicial*, en Revista del Colegio de Abogados de La Plata, N° 11, 1963, ps. 326/7.

[735] Prólogo a la obra de Jesús González Pérez, *Derecho Procesal Administrativo*, Vol. 1, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1955, ps. 31/2.

igualdad— una suerte de teoría general para el debido proceso, la respuesta dogmática se tornó imperiosa.

2. El derecho procesal administrativo

La doctrina, en general, muestra dos realidades en el estudio de esta disciplina. Por un lado, los administrativistas han considerado de la forma más variada la materia procesal administrativa; por otro, los procesalistas han abandonado prácticamente su explicación. Por lo común, no se tiene una idea muy clara de cuál es el contenido del derecho procesal administrativo, de manera que, en principio, las observaciones no han avanzado más allá de opinar en los aspectos adjetivos que interesan al procedimiento administrativo.

> Por eso se ha entendido que […] "el derecho procesal administrativo se refiere sólo, a los procesos judiciales contra la administración, y no abarca el estudio del procedimiento administrativo en que se desenvuelve la función administrativa"[736].
>
> En la misma línea, López Rodó afirma […]: "Reivindicamos la materia para el derecho administrativo porque partimos de la diferencia esencial entre los procesos en que interviene la Administración y aquellos que se ventilan entre particulares, que impide extender la validez de un mismo régimen procesal para uno y otro caso; por tanto, el proceso contencioso-administrativo debe estudiarse como parte del derecho administrativo"[737].
>
> Diez, sin dejar de reconocer un proceso administrativo, le asigna —a este último— la obligación de aportar la materia propia a utilizar en la decisión[738].

Sin embargo, las manifestaciones procesales que suceden en el curso de "lo administrativo" se dan no solo en el ámbito del conflicto judicial. El procedimiento interno para la formación del acto estatal, el control sobre la actividad administrativa, las vías de impugnación, etc., son expresiones que, por su natural encuadre, suponen actividad procesal y principios que se emplean bajo la tutela de una ciencia común que es la teoría general del proceso.

Inclusive, principios que provienen de lo constitucional —hoy auténticas garantías— como el derecho a ser oído, a alegar y probar sobre cuestiones donde la administración o el gobierno afecta intereses subjetivos, la necesidad de tener una respuesta rápida, efectiva y razonable, son presupuestos que además de coincidentes son comunes para el debido proceso.

---

[736] Gordillo, Agustín A., *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo II, Macchi, Buenos Aires, 1980, p. XVII-6. Aunque resulta justo destacar que considera no fundamental la terminología que se emplee, púes lo mas importante es señalar que participando en algo de lo esencial proceso judicial, en el sentido de afectar los derechos de un individuo, le son de aplicación —al procedimiento administrativo-— los" nos principios y las mismas garantías que están destinadas a la protección formal de esos derechos en el proceso judicial. De allí entonces que rechazar la calificación de "proceso" no implica en absoluto desechar la aplicación analógica, en la medida de lo compatible, de todos los principios procesales; ni tampoco de dejar de sustentar la aspiración de que el procedimiento administrativo sea objeto de regulación jurídica-expresa y formal para la administración, que encarece su trámite y determine con precisión los derechos de los individuos durante la evolución del procedimiento (p. XVII-4 y 5).

[737] *El coadyuvante en lo contencioso administrativo*, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1943, p. 15

[738] Diez, Manuel María, *Derecho Administrativo*, Tomo VI, Plus Ultra, Buenos Aires, 1972, p. 18.

En nuestro país, por ejemplo, la ley 19.549 estructura una serie de bases y condiciones de legalidad y legitimidad para obtener un acto administrativo regular; por su parte, el decreto reglamentario nº 1759/72 adjetivó dichos principios considerándolos desde la doctrina administrativa y aplicando la técnica propia de esta ciencia, de modo tal que algunos conceptos, como el derecho de petición, el ofrecimiento y producción de prueba, y el régimen de caducidades, entre otros, quedaron ciertamente desnaturalizados, si se analizan desde una regulación estrictamente procesal.

Cabe pensar que ello quizá se haya deseado desde que el art. 111 del reglamento citado, que dispuso la supletoriedad de las normas procesales del código ritual de la Nación lo hizo "*en tanto no fuera incompatible con el régimen establecido por la ley de procedimientos administrativos y por esta reglamentación*".

El procedimiento administrativo —no contencioso— descripto en las normas comentadas muestra otro aspecto del objeto procesal en el campo de lo administrativo; y, sobre todo, la necesidad de encontrar un grupo armónico de principios totalizadores que, respondiendo a una unidad conceptual, le otorguen fisonomía propia sin desprenderse del núcleo orgánico centrado en el derecho procesal.

En suma, el derecho procesal administrativo, tal como lo planteamos, tiende a parcializar su temática por razón de la materia, pero sin conseguir independencia conceptual, desde que todo "lo procesal" surge en consideración a principios generales que se toman del derecho administrativo en una circunstancia específica (el conflicto) sin prestar atención a las bondades que prestaría una teoría general del proceso.

Ahora bien, si lo adjetivo o instrumental que supone realizar un procedimiento, se vuelca al terreno de las garantías, es evidente que el trámite tendrá que superar la concepción inferiorizante que lo admite como un mero derecho a las formas.

En efecto, la crisis de las estructuras adjetivas demostró que el derecho procesal constitucional, como ciencia autónoma e independiente del Derecho, podía resolver con suficiencia, bajo principios y presupuestos propios, una gran variedad de conflictos que por sus características debían acudir a la decisión jurisdiccional.

El proceso, imbuido de principios constitucionales y de la teoría general del derecho, abandonó el territorio de lo experimental y fue en camino del "debido proceso", encuadre actual que pondera la idea de un esquema debatido con entera justicia.

En dicho tránsito, los pilares consabidos del ordenamiento: *jurisdicción, acción y proceso,* vieron tambalear sus estructuras, y así fue como la diatriba encontrada en las teorías de la acción sufrió un importante retorno hacia la Constitución, para ofrecer a partir de la "pretensión procesal", las respuestas inmediatas al clásico conflicto de separar el objeto material del objeto procesal.

La acción, entendida como el punto de partida para hacerse oír ante los jueces, adoptó un contenido político y social, dejando de ser un derecho adjetivo que servía sólo para excitar la actividad judicial. Es el vuelco del acceso a la justicia y a la consideración de nuevos intereses a tutelar.

El emplazamiento de la jurisdicción no se detuvo en la función de juzgar, sino hubo de responder a las exigencias del tráfico, a las obligaciones que le imponía un tiempo cada vez más rápido y menesteroso de soluciones urgentes. El deber se

constituyó en la otra cara de la jurisdicción, y a él había que darle un sentido funcional y eficaz. Por eso la jurisdicción no puede ser comprendida desde el análisis de su contenido. Pues éste no está en lo que se ve, hay una sustancia mucho más heterogénea que obliga a una labor de abstracción[739].

Si bien el acto jurisdiccional por excelencia es la sentencia judicial sobre el fondo del asunto; los pasos cubiertos hasta llegar a este estadío han debido valorar todo un arsenal de principios inmanentes en la garantía del justiciable, con el fin de evitar que el derecho que se declare sea sólo una expresión formal carente de lógica racionalidad y ausente de un método preciso.

Por fin, el proceso fue perdiendo gradualmente el interés por determinar qué tipo de relaciones y situaciones jurídicas se entablan en su trámite, preocupándose por una dimensión social de las sentencias, que hoy atienden la proyección de los resultados además de la satisfacción del caso concreto.

Precisamente por este desarrollo de la ciencia procesal, y la visión abierta que trajo lo constitucional en el proceso, importó un criterio de avanzada que permite observar que el proceso participa de una experiencia común que se repite sin atender las relaciones que, con diversidad de estructuras o de partes litigantes, alerta sobre el inconveniente de formular separaciones, categorías o valoraciones diferentes, toda vez que existe una misma dimensión axiológica y porque, en definitiva, el proceso forma parte de un único e idéntico ordenamiento general.

> No obstante, la unidad expuesta como base de estudio, no resulta compartida por Guasp, para quién la unidad material del ordenamiento jurídico es un puro espejismo, dado que no es cierto que una misma materia se reparta en trozos diferentes, sino, por el contrario, que todos y cada uno de los componentes de la realidad del derecho pueden ser configurados como pertenecientes a disciplinas jurídicas distintas, según la perspectiva desde que, esas materias se contemplen.
>
> En definitiva, que no hay, ni ha habido nunca, una unidad jurídica material, sino una diversidad material unificada, solo formalmente, y que no existe una materia común repartida en cantidades diferentes a cada una de las esferas del derecho sino que esa misma materia, considerada en bloque y en todo su conjunto, es calificada por los diversos ordenamientos jurídicos desde perspectivas distintas, que obligan, por tanto, a prescindir de aquellos conflictos limítrofes o de fronteras materiales. Hoy día el postulado de la unidad del orden jurídico, aún dentro de un mismo territorio de soberanía se ha derrumbado estruendosamente; y ha sido preciso reconocer que no vivimos sumergidos en un ordenamiento jurídico único, sino en la pluralidad de órdenes jurídicos, cada uno de los cuales tiene perfecto derecho a enjuiciar toda la materia real que constituye el sustrato social del derecho que exista en conjunto de normas diferentes a su explicación a cualesquiera otras[740].

A poco que se observe, la controversia no es tan opuesta, pues si rescatamos como unidad al debido proceso, bien podemos compartir que el enfoque sea diverso según el pensamiento provenga del derecho administrativo, laboral, previsional, aduanero, etc.; lo que no aceptamos es que se derive de tal posibilidad la autonomía de cada rama.

---

[739] Serra Domínguez, Manuel, *Estudios de derecho procesal*, Ariel, Barcelona, 1969, p. 49

[740] Guasp, Jaime, Prólogo a la obra de Jesús González Pérez, *Derecho Procesal Administrativo*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1955, p. 26.

Evidentemente, en todo esto es preciso colaborar con un sentido acumulativo de enunciados. La resignación a ello supone tanto como la destrucción orgánica del principio común que los encuentra, con el riesgo de generar una corriente de conceptos sin ilación lógica y obviamente inútiles para el diseño estructurado de una teoría general.

Considerando entonces al proceso como una garantía específica, y al debido proceso como el faro que guía el desarrollo de los procedimientos, deberá encontrarse cuál es el material que fundamenta la hipotética autonomía conceptual.

3. La autonomía del debido proceso administrativo

La indagación aquí es mucho más compleja, puesto que el derecho administrativo, crea una materia pensada a partir del Estado, de manera que la perspectiva del ciudadano se reduce a una gestión de control, muchas veces opacada y sumisa a la voluntad de un órgano superior, más poderoso y de repliegues continuos para la actividad de fiscalización.

Entonces, el problema del administrado ha estado casi siempre centrado en su dificultad de participación y en el natural sometimiento que tiene respecto a la decisión administrativa.

El control de la Administración fue entonces el primer paso dado en pos de igualar las situaciones jurídicas, a cuyo fin se le dio al individuo la posibilidad de invocar un trámite destinado al control y a la oposición del acto administrativo. La tarea fiscal fue encaminada a un sentido preventivo; luego, por el recurso, se toleró la impugnación de lo resuelto, admitiéndose desde la jurisprudencia una instancia judicial de contralor referida a la legalidad y razonabilidad del acto.

Muy brevemente quedó así planteado el origen de “lo procesal” en el derecho administrativo; de todas maneras, no fue común el sentido de atribución asignado a cada alternativa como materia “naturalmente” perteneciente al derecho procesal administrativo. En esta etapa, huelga comentar que la existencia de un debido proceso particular lejos estaba de ser considerado.

Expone esta indecisión el análisis diverso que se reconoce a cada figura. Por ejemplo: cuando se habla de controlar la actividad administrativa se recala de inmediato en el control judicial, de contenido político institucional; las otras funciones, como el control de legalidad de los actos administrativos, sea a partir de la autotutela, del procedimiento de oposición, o del recurso administrativo, invierten su función natural encarrilándose hacia la protección del Estado, vulnerando de esta manera la finalidad prístina del sistema que, teleológicamente, tiende a garantizar un proceso donde las reglas del *due proceso of law* no sean desvirtuadas.

> Precisamente por esto se agrega que […] “el recurso administrativo es un procedimiento y no un proceso. Es un procedimiento de impugnación con el cual se da definitividad al acto administrativo en la esfera de lo administrativo. El cumple función de garantía de audiencia cuando no es posible antes de producirse el acto, debido a su inmediatez. La naturaleza administrativa del procedimiento de impugnación los actos administrativos establecidos por

> la ley para inconformarse ante la Administración activa generadora del que se impugna, conocido como recurso administrativo, a todas luces indudable"[741].

En cambio, cuando la referencia es hacia "lo contencioso" la coincidencia es mayor: ésta es la materia del derecho procesal administrativo. El contencioso administrativo es una institución procesal administrativa, es un proceso administrativo promovido por los administrados o la Administración Pública y contra actos de esta última ante órganos jurisdiccionales. Es un proceso autónomo distinto del proceso civil, pero su participación en la teoría general del proceso le obliga a tener principios procesales iguales a los del proceso civil[742].

Como se advierte, el contencioso como elemento componente del derecho administrativo se concibe, en principio, de manera que puede colegirse en el carácter procesal que tiene la referida materia; mucho más si nos atenemos a la confesión que afirma […] "seguimos estudiando la jurisdicción contencioso administrativa en el derecho administrativo, pues el método procesal está aún poco maduro para que sea el único que permita un Tratado de lo contencioso"[743].

La línea argumental seguida —siempre en términos generales que no pretenden abundar en disquisiciones de orden técnico— tiende a demostrar dos cosas: una de ellas es el reconocimiento de la existencia del derecho procesal administrativo; la restante, mucho más cautelosa y precavida, pretende recortar el ámbito de funcionamiento del mentado derecho procesal al campo de lo contencioso, es decir cuando interviene un cuerpo jurisdiccional independiente del Estado.

Bielsa, por ejemplo, explica el concepto de jurisdicción administrativa en la órbita precisa de la Administración, reservando la calificación de contencioso administrativo solamente para cuando aquella esté en contienda[744].

En suma, la presencia indudable de lo procesal en el campo de la Administración solamente se reconoce en la actuación jurisdiccional que provoca lo contencioso administrativo; e inclusive, aun cuando mínimamente se reconozca esta autonomía, la explicación de materia administrativa determina que se considere que su estudio corresponde al derecho administrativo.

> Las pocas excepciones que se encuentran a estas conclusiones pueden reseñarse en lo dicho por González Pérez, para quién el estudio de las normas contencioso administrativas corresponde al derecho procesal. Agregando que […] "sólo empleando la técnica propia de esta ciencia del Derecho podrán plantearse correctamente y, en consecuencia, resolverse felizmente los problemas que plantean las normas reguladoras del proceso administrativo. Podrían estudiarse por procesalistas o administrativistas. Las personas no importan —lo que importa es que cuando lo hagan administrativistas se olviden de su técnica propia y se den cabal cuenta de que están trabajando sobre un campo de la realidad jurídica ajeno al de su disciplina"[745].

---

[741] Nava Negrete, Alfonso, *Derecho Procesal Administrativo*, Porrúa, México, 1959, p. 349.

[742] Nava Negrete, ob. cit., p. 350

[743] Nava Negrete, ob. cit., p. 113, nota 15

[744] Bielsa, Rafael, *Derecho Administrativo*, tomo V, Depalma, Buenos Aires, 1957, p. 185.

[745] González Perez, ob. cit., p. 128.

Claro está que tener una ciencia particular no supone descubrir un debido proceso administrativo. El centro donde todo converge es el proceso, que en definitiva, es la única garantía, y como tal emite mensajes de igualdad para todos los procedimientos.

4. Contenidos del debido proceso administrativo

Concebido en estos caracteres, el reducto de lo contencioso puro no elude la sintonía con otros procesos judiciales, de modo que buscar diferencias parece poco aconsejable. Para nosotros es un error pensar en lo contencioso administrativo como una jurisdicción propia pues, a lo sumo, la independencia se encuentra en la materia, pero no en los órganos de decisión jurisdiccional que, en nuestro país, se atribuye exclusivamente al Poder Judicial.

> Para que exista propiamente jurisdicción administrativa sería necesario encontrar tribunales administrativos —es decir, como acota Bielsa— una autoridad especial, separada de la administración activa[746] y ello sin entrar en el debate de resolver si son *jurisdiccionales* en los términos propios y precisos de su definición.
>
> Por supuesto que no faltan autores, como Santi Roman[747]para quien […] "la jurisdicción contencioso administrativa no es una jurisdicción especial, dando lugar por la extrema importancia y la delicadeza de las funciones jurisdiccionales, a que se haya originado la necesidad de otorgar garantías, privilegios y honores a quienes las ejecutan. Empero, aun cuando dichas prerrogativas y estos honores se otorguen a los jueces (incluimos o incorporamos a los jueces administrativos en el denominado Poder Judicial, en el orden judicial), no quiere decir que, en su virtud haya de considerarse por igual a todos los magistrados, porque la tendencia debe ser la de formar magistrados con arreglo a las distintas disciplinas que traten de poner en juego al reparar las infracciones habidas en estas disciplinas diferenciadas. Mientras haya una misma magistratura dedicada al estudio y reparación de diversas disciplinas, como sucede con las del derecho mercantil, civil (derecho privado) y aun con las del derecho penal; nosotros tenemos que considerar que el derecho administrativo no puede ser aplicado por magistrados que estén formados en aquel conjunto de disciplinas y, por tanto, el mero hecho de que en un Estado la magistratura contencioso administrativa se nutra con independencia de la magistratura que integran los tribunales que hayan de garantizar los derechos privados, o que hayan de reparar el derecho penal reprimiendo los delitos, impartiendo los jueces a las diversas litis su especial técnica, tenemos algún fundamento para decir, que se trata de una magistratura, especial, y por tanto, de una jurisdicción especial"[748].

Las inquietudes e iniciativas propuestas para la creación de tribunales administrativos, en nuestro país, han sido particularmente intensas. De todas maneras, a los fines de esta explicación, la presencia de una denominada "magistratura especial", podrá incidir en cuanto el debido proceso se ocupa como requisitos generales para la idoneidad que afiance y asegure la cobertura de justicia necesaria, donde la independencia y la imparcialidad judicial no difieren ni es distinto por el tipo de tribunal.

---

[746] Bielsa, ob. cit., p. 85

[747] *La giurisdizione speciali administrative*, en el "Tratatto de Orlando", Vol. III, p. 512; ver: Montero Aroca, Juan, *Unidad de jurisdicción y tribunales especiales*, en Boletín de Abogados de Oviedo, 1976, n° 12, ps. 39/40.

[748] Ob. cit., p. 514.

Vale decir que, si bien puede reconocerse que por razones de la materia en litigio cabe efectuar alguna clasificación de procesos, la idea de jurisdicción es única, de modo tal que, aunque existieran motivos para implantar tribunales especiales en lo contencioso administrativo (que de hecho existen en la Nación) o aún en la misma dimensión dentro de la administración pública, la unidad de jurisdicción, no se pierde.

La cuestión vuelve a un conflicto de interpretación constitucional que no es motivo de mayor abundamiento a los fines que venimos sustentando; además, si las explicaciones parten del principio rígido y excluyente de la separación puede ser insoluble. Lo que parece claro es que, por razón del órgano que divide la contienda, no resulta conveniente particularizar la existencia de un debido proceso administrativo.

La especialización de la magistratura permite, en cierta forma, concebir la realización de disciplinas científicas de contenido individual; pero la tarea que se emprende al resolver conflictos de una índole singularizada, no constituye una totalidad orgánica, pues existen unidades conceptuales y funcionales que no pierden características propias, como el proceso (en tanto unidad fundamental) y la jurisdicción.

Por ello mismo, el ideal es partir de aceptar que el debido proceso es un factor aglutinante. Una suerte de sol que irradia luz hacia todos los procesos o procedimientos, sin buscar identidades específicas.

Solamente con este criterio pueden buscarse elementos propios que se sumen a los generales ya analizados (acceso a la justicia, verdad como objetivo, compromiso con la buena fe, etc.). Ya hemos dicho que […]

> En nuestra opinión, la creación de un derecho procesal administrativo sostenido en lo contencioso, puede ser una explicación doctrinaria responsable que no merece crítica en tanto y en cuanto asuma con rigor científico la investigación de la nueva ciencia, donde a partir de sus propias definiciones, encuentre similitudes, adaptaciones y circunstancias que le permitan atrapar al derecho procesal administrativo en la exclusividad de una sola rama del derecho: el administrativo. Para llegar a esta conclusión cabe admitir que los procesalistas no se han interesado en la problemática y solamente se han dedicado a resolver situaciones contingentes, generalmente parcializadas en el análisis concreto, y sin dimensionar sus posibilidades a una consideración totalizadora[749].

Quizás lo más importante sea la visión totalizadora de cuanto se entiende por "debido proceso", en el que las garantías no admiten asimetrías de aplicación, y donde los principios se unifican para todos los procedimientos. Continuar dividiéndolos conforme se realice la actividad decisoria llevaría, por necesidad, a creer que puede existir jurisdicción por el solo hecho de resolver conflictos, lo cual es erróneo e inexacto.

No obstante, como la jurisdicción es multiforme y admite ser considerada desde distintas perspectivas, podemos consensuar que todo tiene lógica a partir del proceso.

Ahora bien, este proceso se encuentra sometido —por regla general— a principios superiores de organización política e institucional, de manera tal que, según la legislación que lo trate, puede variar sus rostros y dimensionar fisonomías diversas. Del mismo modo, la transformación social impone atender los fenómenos del cambio, no pudiendo ignorarse esos presupuestos de cultura e identidad que marcan los destinos de la sociedad.

---

[749] Gozaíni, Osvaldo A., *Introducción al nuevo derecho procesal*, Ediar, Buenos Aires, 1988, ps. 24 /54.

Aun cuando sea cierto que todo lo exterior de naturaleza política y social incida en la jurisdicción como institución, no se admite que la maleabilidad sea de tal envergadura que cambie sus rasgos definidores.

El punto de arranque para la teorización del "nuevo derecho jurisdiccional" tiene, a nuestro entender, una clara orientación constitucional, y a partir de ello deben buscarse las respuestas.

Cuando advertimos que el debido proceso administrativo sólo es estudiado desde su proyección en el proceso contencioso (judicial), queremos demostrar lo inapropiado de la reserva, pues el individuo ante el Estado, como gobierno o administrador de sus intereses legítimos, impone y exige un tratamiento igualitario. Vale decir, el procedimiento comienza mucho antes que la demanda y por tanto, las etapas previas necesarias por el agotamiento ineludible de la vía para admitir el proceso, en sí mismo, también forma parte del debido proceso a garantizar.

Debemos coincidir con sesudas apreciaciones que muestran el desacople de principios procesales que, llevados a definirse como presupuestos del procedimiento administrativo, pierden singularidad y se difuminan ocultados por otras notas salientes […]:

> "a) Del *principio de legalidad objetiva* resulta que el procedimiento administrativo es de carácter administrativo, no jurisdiccional; funcional o integral, no parcial, y externo, no sólo interno. b) Del *principio de defensa* o del *debido proceso* resulta que el procedimiento administrativo es contradictorio, no *inaudita* parte; de carácter preliminar, no definitivo; público, no secreto; no sólo constitutivo, sino también impugnativo; participativo, no sólo de colaboración, y decisorio o resolutivo, incluso por amparo judicial ante la mora administrativa. c) Del *principio de gratuidad* resulta que en el procedimiento administrativo hay ausencia de condena en costas y de cargas fiscales. d) *Del principio de oficialidad* resulta que en el procedimiento administrativo impera la regla de la "impulsión de oficio" (no sólo a instancia de parte), su carácter instructorio para la averiguación de los hechos y la investigación de la verdad material ajustada a los hechos y no sólo a las pruebas producidas por la parte interesada. e) Del *principio del informalismo* a favor del administrado resulta que el procedimiento administrativo es formal (con límites), en tanto se excusan las formas no esenciales que pueden ser cumplidas posteriormente, y escrito (con excepciones). f) Del *principio de eficacia* resulta que en el procedimiento administrativo imperan la simplificación procesal con abreviación de plazos, flexibilidad probatoria, unificación de recursos, y las reglas del silencio administrativo[750].

4.1 Principios

Las proyecciones del derecho procesal constitucional en el derecho administrativo son variadas, y vinculan al procedimiento con la necesidad de obtener una interpretación única. No significa esto que el procedimiento administrativo se ritualice o "judicialice", sino, tan sólo, de conciliar la situación procesa1 del individuo en una armonía de principios que no tengan diversidad de valores o de criterios según el tipo de procedimiento donde se apliquen.

Desde luego, las variaciones ofrecen alternativas y diferencias, porque, por ejemplo, en las controversias entre administrado y administración, sabido es que en la

---

[750] Dromi, José Roberto, *El procedimiento administrativo*, Ciudad Argentina, p. 83; ver: Cassagne Juan Carlos, *En torno a la naturaleza del procedimiento administrativo y sus clasificaciones fundamentales*, ED, 97-889

etapa de formación del acto administrativo la intervención del interesado es pasiva, aun cuando la voluntad estatal tenga origen bilateral; en cambio, en la gestión de control, o de fiscalización a través del recurso o del reclamo, la participación es activa.

Pero lo cierto es que todas las garantías jurisdiccionales —de fuente procesal constitucional, o constitucional, si se prefiere— para sustanciar un trámite justo, deben ordenarse bajo una directiva común, adaptando aquellas peculiaridades del rito, sin que ellas sometan los principios procesales inmanentes de la teoría general.

Este es el concepto garantista de "debido proceso", desde el cual se podrán apreciar ideas permanentes, garantías impermeables y un control estricto del principio de igualdad.

Aparece como primera distinción trascendente, la finalidad que el proceso desarrolla. En tanto el procedimiento judicial tiende a la composición de un conflicto a través de un órgano imparcial; el procedimiento administrativo (no el contencioso) muestra en el Estado una situación procesal privilegiada que destruye el equilibrio (igualdad) porque intercede como juez y parte.

> Hutchinson, desde una perspectiva funcional y realista expone que […] "el procedimiento administrativo, aunque también es un *iter* —formal— no pretende garantizar la objetividad, neutralidad e independencia de la decisión, sino asegurar la realización de un fin público por la misma administración con arreglo a normas de economía, celeridad y eficacia y dentro del respeto debido a los derechos de los particulares"[751].

En el orden jurisdiccional, los intereses en conflicto se someten a la justicia de una decisión imparcial; en cambio, los intereses que se controvierten en el procedimiento administrativo procuran un reexamen, generalmente por otro órgano jerárquicamente superior, destacando que sólo en la etapa recursiva se encuentra el típico procedimiento de control y oposición. Sin embargo, la revisión jerárquica no es imparcial, y quien la realiza no es un tercero, sino la parte misma.

Por ello en la administración, el *principio de la legalidad objetiva* permite al Estado la defensa de sus decisiones aceptando, como respuesta de equilibrio, la fiscalización del administrado a través de un sistema que acusa otras singularidades. De ellas la más importante, que la diferencia del proceso jurisdiccional, asienta en la estructura técnica que sigue el procedimiento.

Tal como se ha señalado, la actividad administrativa en su etapa de formación de la voluntad del Estado, ejercita un proceso intelectivo *inaudita pars*. Supongamos que un individuo le proponga al Estado la creación de un ente privado para fomentar la producción y promoción de un material dado. En el plano legislativo, este interesado tiene posibilidades ciertas —por estar escritas— para demostrar lo conveniente de la oferta. En los hechos, la elaboración del acto resolutorio no lo tendrá presente, de modo tal que su derecho a ser oído, será respetado, recién en la revisión que proponga. El procedimiento, entonces, se detiene en estas particularidades.

En primer término, la iniciativa particular no deriva en inmediata tramitación, pues resulta necesario contar con la resolución respectiva que así lo disponga. Sucede, en idéntico sentido, cuando la actividad privada se desenvuelve en una denuncia que

---

[751] Hutchinson, Tomás, *Ley Nacional de Procedimiento Administrativo*, Tomo 1, Astrea, Buenos Aires, 1985, p. 1.

supone la puesta en marcha de un aparato represivo o sancionador. También aquí, la etapa instructoria será secreta o reservada.

Se cubre el déficit, a través del principio de impulsión de oficio que se impone en todo tipo de procedimientos[752]. La preclusión, de naturaleza procesal, se admite para los expedientes instados por el particular, y connota una serie de requisitos que lo convierte en un sistema de hecho inaplicable en el procedimiento administrativo.

> Queda supuesto que mediante la instrucción oficiosa se permite al Estado ejercer autocontrol, tal como lo dispone el art. 4º de la ley 19.549, en estos términos: "Todas las actuaciones administrativas serán impulsadas de oficio por el órgano competente, lo cual no obstará a que también el interesado inste el procedimiento. Se exceptúan de este principio aquellos trámites en los que medie el interés privado del administrado, a menos que pese a ese carácter, la resolución a dictarse pudiere llegar a afectar de algún modo el interés general".

Con igual premisa, el *principio de informalidad procesal* rige para el administrado, excusando la inobservancia de exigencias no esenciales que puedan ser cumplidas posteriormente. La aplicación práctica de este postulado lleva al interesado a obrar con cierta flexibilidad en sus pretensiones, en tanto la elasticidad lo favorece para plantear sus reclamos sin ajustarse a formulismos estereotipados. Sin embargo, la informalidad llevada a límites extremos supone cierta inseguridad jurídica, que muestra la contrapartida de la benevolencia del régimen.

De estricta justicia es reconocer que el sistema favorece la protección del administrado y le otorga un elemento más de control en una relación de por sí distinta, pues el Estado siempre tiene una posición más favorable.

> Partimos de la idea que el principio es una resolución que queda a medio camino; como dice Gordillo, esta disposición […] "no es sino un paliativo para la falta de regulación integral y adecuada, para la falta de límites concretos a la actividad administrativa; buen paliativo, pero paliativo al fin"[753].

El problema parece encontrarse en todo el sistema, pues no ha sido de buena técnica corresponder los principios jurisdiccionales al procedimiento administrativo, pues ello motivó que se debieran encontrar soluciones a diversas crisis funcionales que planteaba la mecanización de aquellos fundamentos procesales. En este sentido, se apreció que es errónea la aplicación automática de las normas de procedimiento judicial en el procedimiento administrativo, pues transforma a las normas procesales —que son garantías para las partes— en simples fórmulas, y cuando no se las aplica se menciona confusamente a la informalidad[754].

Justificadamente, la informalidad es una constante en el procedimiento administrativo que se alega casi como un dogma; por eso tiene caracterización propia, sin que pueda buscarse en otras disciplinas su fundamento.

4.2 Reglas

---

[752] Ver Ciminelli, Darío, *El principio de inmediación en el proceso administrativo*, Suplemento de Derecho Administrativo, La Ley, martes 15 de mayo de 2012, n° 3, ps. 1 y ss.

[753] Gordillo Agustín A., *Procedimiento y recursos administrativos*, Macchi, Buenos Aires, 1971, p. 71

[754] Fiorini, Bartolomé A., *Procedimiento administrativo y recurso jerárquico*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1971, p. 36

Las diferencias que se agregan al dualismo *proceso jurisdiccional - procedimiento administrativo*, no se detienen en los ya esbozados.

La sumatoria de los principios mentados (oficialidad, instrucción e informalismo) tiene por finalidad obtener la verdad material, tratando de satisfacer los intereses públicos comprometidos y respetando las situaciones particulares.

Varias reformas de procedimiento se preocuparon por introducir esta necesidad trazada y entendida como un valor, desde el cual se podía vincular un estándar de eficacia con la independencia del administrador para investigar y resolver sin ajustarse a las condiciones fácticas que informa el interesado.

También aquí el enfrentamiento que se hace entre la verdad formal, entendida —erróneamente— como única alcanzada en el proceso civil, y la verdad real o material que se consigue en el procedimiento administrativo, carece de lógica sustentación pues no atiende la transformación del primero, a través de la concreción del principio de los poderes y deberes del juez que le asignan un rol fundamental activo en la investigación certera de los hechos sobre los que decide pronunciarse.

> Por eso no coincidimos con Fiorini cuando estima que la arbitrariedad judicial no puede ser aplicada al procedimiento administrativo, pues aquella se limita a la investigación de la verdad formal cerrada dentro de una litis, mientras que la Administración tiende a determinar los motivos reales, ciertos y apreciados para hallar el consecuente real, pero también eficaz[755].

Arbitrariedad y *razonabilidad* son facetas de una misma sustancia: el debido proceso; de modo tal que, pensar en aislar ambos conceptos, sería tanto como auspiciar la ausencia de arbitrariedad permitiendo la discreción aunque sea irrazonable.

En consecuencia, cuando se persigue definir el objeto de la prueba en el procedimiento administrativo, no se trata de segmentar entre lo que procura demostrar el administrado y lo que cree defender la administración. En el proceso la prueba se concibe como una necesidad para ambos.

Son excepcionales los hechos manifiestos que evitan tener que comprobarlos para dar razón inmediata al que formula una pretensión basándose en lo evidente y sin discusión alguna. Es una condición del intelecto que no quiere equivocarse oyendo solo una de las versiones; de allí que el punto de partida histórico haya sido la obligación de demostrar o de verificar.

Aquella división originada entre la apreciación libre de la prueba y la verdad legal que llega desde la norma, confundió la tarea de comprobación como actividad humana que debía realizar el juez. Para algunos, la prueba debía comenzar con la investigación (que en realidad es propio del campo penal), se averigua y recién después se hacen afirmaciones. En cambio, otros sostuvieron que era una labor de comparación, donde quien tiene que resolver, ha de esperar las pruebas de una u otra parte, de modo que pueda confrontarlas y decidir después su fuerza probatoria[756].

Podemos constatar así que en los orígenes del proceso, como medio de resolución pacífica de las controversias entre personas, la prueba se deja llevar por

---

[755] Fiorini, ob. cit., p. 60.

[756] Bentham, Jeremías, *Tratado de las pruebas judiciales*, Volumen I, traducción de Manuel Ossorio Florit, Ejea, Buenos Aires, 1971, p. 10.

impresiones y el *subjetivismo* de quien tiene que resolver. Hay una clara preminencia de la autoridad que posee el buen padre de familia, el jefe del clan, el consejero legal, el cacique, o cualquiera que merced a la confianza que la sociedad le concede, resuelve sobre percepciones y sentimientos. Obviamente es una etapa primitiva, solo mencionada para dar un punto de partida.

Después fue la etapa del *razonamiento* probatorio impreso en los procesos romanos que tanta influencia conserva en el sistema actual de juzgamiento. Inclusive, Devis Echandía sostiene que la construcción romana llega de la Grecia antigua (clásica) porque advierte en el estudio de Aristóteles en *Retórica* una clasificación de la prueba que quiere separar del fanatismo y la religión. […]

> "En Grecia imperó la oralidad, tanto en el proceso civil como en el penal. Por regla general rigió el principio dispositivo, que coloca sobre las partes la carga de producir la prueba, y sólo en casos especiales se le permitía al juez tener iniciativa para aportarlas y practicarlas de oficio. Los medios principales de prueba fueron los testimonios, los documentos y el juramento. Existían restricciones a las declaraciones de mujeres, niños y esclavos, pero en los procesos mercantiles podían declarar los esclavos comerciantes y, en algunas causas, las mujeres, si lo hacían voluntariamente"[757].
>
> En cada período del proceso romano estuvo presente el raciocinio, pero se va atenuando desde la amplia libertad de las acciones de la ley y el período formulario, a la etapa extraordinaria cuando se aplican criterios prestablecidos para observar los resultados de la prueba. En un pasaje de Cicerón se dice […] "el deber del juez es profundizar el examen del testimonio y condenar sólo a aquellos que producen un real convencimiento de ser culpables, declarándolos, en caso contrario, en libertad"[758].

La limitación absoluta se advierte con la influencia del derecho canónico que le otorga a la prueba casi una función mística. Hay dos claras manifestaciones de este tiempo. Uno llega del antiguo derecho germánico donde la etapa probatoria queda representada por solemnidades rigurosas que establecen la prueba o verdad legal. Se deja de buscar el convencimiento razonado para alcanzar una decisión formal en correspondencia con las formas establecidas. Los procedimientos eran como juegos de azar o escenas de juglería y, en vez de lógicos, existían exorcistas y verdugos[759].

La otra queda expuesta con el derecho canónico, que crea una figura diferente al escabinado convirtiendo en jueces a los sacerdotes, bajo un régimen estricto para la apreciación jurídica de la prueba. Surge el *principio inquisitivo* y se faculta al juez a forzar la confesión; se legaliza el tormento y la crueldad irrazonable, para alcanzar deducciones de simples sospechas.

> Este no es un período intrascendente; todo lo opuesto. Se refleja en numerosos ordenamientos españoles como el Ordenamiento de Alcalá y las Leyes de Toro; y si bien estaban desaparecidas las ordalías por los Concilios de Letrán de 1215, de León en 1288 y de Valladolid de 1322, se conservó la prueba de tormento. En suma, es el período de la *prueba legal*; de criterios rígidos y absolutos, que se mantiene hasta las postrimerías del siglo XVIII cuando la obra de Beccaria sobre "Los Delitos y las Penas" va reivindicar el sistema del convencimiento y la razón.

---

[757] Devis Echandía, Hernando, *Teoría General de la Prueba Judicial*, Tomo I, editorial ABC, (5ª ed), 1995, p. 56.

[758] Cita de Silva Melero, Valentín, *La prueba procesal*, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1963-1, p. 6

[759] Bentham, ob. cit., p. 45.

Desde entonces queda polarizado el debate para sostener cuál era el mejor sistema probatorio. Todavía no existía el derecho procesal como ciencia, por lo que muchas de estas polémicas se trabaron dentro de la literatura; en obras religiosas; y en la ciencia jurídica, especialmente el derecho penal y el derecho civil.

El resumen histórico es igual para la ciencia que se aplique, pues el debate asienta en el objeto a probar, y desde entonces, la prueba concibe estudiarla en tres niveles: 1º) *La proposición*, que supone evaluar la admisión, considerar la legalidad y pertinencia; resolver las cuestiones que son objeto de prueba y, en su caso, fijar los hechos que deban ser materia de prueba; 2º) *Las actividades*, de las partes en orden a producir aquellas de las que intentan valerse; cumpliendo cargas (imperativos del propio interés), *deberes* (ofrecimiento oportuno) y obligaciones (exhibición de documentos, por ejemplo); y las que le corresponden al órgano que resuelve, respecto a la ordenación, control, sustanciación y proveimiento de oficio o a pedido de partes; 3º) *La apreciación* es la última etapa, es aquí donde se valora o fija la eficacia de cada medio probatorio, y que se trasunta en el resultado de la prueba.

5. Garantías procesales

El resumen de las ideas expuestas, puede alcanzarse en la comprensión del debido proceso como principio jerárquico inmutable, presente en cuanto tipo de procedimiento participe.

La discusión se puede plantear respecto al contenido de un procedimiento no judicial, donde se podría pensar que existen menos exigencias, con el entendimiento que la garantía del *debido proceso* es para las contiendas judiciales y no para los trámites administrativos.

Una lectura tan acotada podría surgir de algunos precedentes de la Corte Suprema, cuando en el ámbito del control judicial sobre decisiones administrativas de corte jurisdiccional, se ha cuidado en demostrar que para resultar legítima la fiscalización, no depende de reglas generales u omnicomprensivas, sino que ha de ser más o menos extenso y profundo el control permitido según las modalidades de cada situación jurídica; pues la mera facultad de deducir recursos extraordinarios basado en inconstitucionalidad o arbitrariedad, no satisface las exigencias que han de tenerse por imperativas y que —por vincularse con el derecho al debido proceso— no pueden ser obviadas ni aun por consideraciones que hagan a la estrechez ritual de admisión[760].

> La petición de información relacionada con un sumario administrativo a un organismo estatal no puede ser encuadrada, como pretende la demandada, en las previsiones del inc. f) del art. 16 del anexo VII del decreto 1172/03 pues solo tiene por objeto conocer el estado procedimental en que se encuentra una investigación ya iniciada y que se relaciona con un

[760] En la actualidad la Corte afirma que […] "las garantías constitucionales del debido proceso y de la defensa en juicio son de inexcusable observancia en todo tipo de actuaciones, inclusive en los procedimientos administrativos de naturaleza disciplinaria -haya o no sumario-, de modo que el imputado pueda tener oportunidad de ser oído y de probar de algún modo los hechos que creyere conducentes a su descargo" (Fallos, 318:564, 316:2043, 311:1160, entre otros). En nuestro sistema no existen estructuras sacramentales para los reclamos efectuados por la vía administrativa, sino que, por el contrario, se admite el principio del formalismo moderado en que el particular puede actuar sin patrocinio letrado, de tal modo que el propio ordenamiento jurídico es el que ofrece mecanismos de protección para garantizar la defensa en juicio y el debido proceso (Fallos, 315:2762).

> agente público y no se advierte que pueda aparejar la revelación de la estrategia a adoptar en la tramitación de una causa judicial, la divulgación de técnicas o procedimientos de investigación o la afectación del debido proceso, circunstancias que, de acuerdo a la norma citada justifican una limitación al derecho de acceso a la información (Fallos, 339:827). Todo procedimiento, tanto administrativo como judicial, debe responder al imperativo del debido proceso, conforme a su índole particular (Fallos, 327:1249, 325:1649). Las garantías constitucionales del debido proceso y de la defensa en juicio son de inexcusable observancia en todo tipo de actuaciones, inclusive en los procedimientos administrativos de naturaleza disciplinaria, para lo cual resulta indispensable que la persona en cuestión haya sido notificada de la existencia del procedimiento que se le sigue o haya seguido, y que además se le dé la oportunidad de ser oída y de probar de algún modo los hechos que creyere conducentes a su descargo (Fallos, 324:3593). En el ámbito administrativo, la presunción de buen desempeño de las funciones sólo puede ser desvirtuada mediante el correspondiente sumario que respete las reglas del debido proceso (Fallos, 320:2509).

Pero, con el fin de no desbordar la atención que el tema merece, prescindiremos de analizar la multiplicidad de casos en que el Superior Tribunal marca jurisprudencialmente el piso de marcha del debido proceso en la instancia jurisdiccional, para dedicarnos a resolver y opinar sobre la posible existencia de un *debido proceso administrativo no judicial.*

En realidad, predicamos por un concepto común para el debido proceso, para evitar que tenga interpretaciones diversas según se trate de un proceso jurisdiccional, proceso administrativo, o de un sumario militar, entre otros casos eventuales.

Tanto el derecho constitucional, como el administrativo, como el procesal, por señalar sólo los que motivan nuestra opinión, armonizan sus desenvolvimientos reglados por el respeto a esa única preceptiva del debido proceso legal.

En tal sentido la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, cuando se refirió a las reglas del debido proceso, señaló que se refería a todo tipo de procedimientos donde hubiese una decisión *condenatoria*, frase que ha dado lugar a interpretaciones restrictivas (que sostienen que sólo se refiere al proceso penal) y flexibles (permitiendo que la exigencia del plazo razonable, el derecho al recurso, etc., sea aplicable a todo tipo de procedimientos).

> La Corte advierte que, los procesos seguidos ante el fuero militar contra civiles por el delito de traición a la patria violan la garantía del juez natural establecida por el artículo 8.1 de la Convención. El derecho de recurrir del fallo, consagrado por la Convención, no se satisface con la mera existencia de un órgano de grado superior al que juzgó y condenó al inculpado, ante el que éste tenga o pueda tener acceso. Para que haya una verdadera revisión de la sentencia, en el sentido requerido por la Convención, es preciso que el tribunal superior reúna las características jurisdiccionales que lo legitiman para conocer del caso concreto. Conviene subrayar que el proceso penal es uno solo a través de sus diversas etapas, tanto la correspondiente a la primera instancia como las relativas a instancias ulteriores. En consecuencia, el concepto del juez natural y el principio del debido proceso legal rigen a lo largo de esas etapas y se proyectan sobre las diversas instancias procesales. Si el juzgador de segunda instancia no satisface los requerimientos del juez natural, no podrá establecerse como legítima y válida la etapa procesal que se desarrolle ante él. En el caso que nos ocupa, el tribunal de segunda instancia forma parte de la estructura militar. Por ello no tiene la independencia necesaria para actuar ni constituye un juez natural para el enjuiciamiento de civiles. En tal virtud, pese a la existencia, bajo condiciones sumamente restrictivas, de recursos que pueden ser utilizados por los procesados, aquéllos no constituyen una verdadera garantía de reconsideración del caso por un órgano jurisdiccional superior que

> atienda las exigencias de competencia, imparcialidad e independencia que la Convención establece[761].

Para nosotros, el debido proceso en sede administrativa debe ser condescendiente con los principios constitucionales que tutelan las garantías individuales, sin que ello signifique modificar ciertas prerrogativas del Estado, en tanto puede conservar la fisonomía propia de su campo de actuación sin quebrar dichos fundamentos superiores.

En consecuencia, la inserción de "lo procesal constitucional" en el procedimiento administrativo no puede verse con asombro; ni siquiera con sorpresa pues ha estado presente en todo momento generando la interpretación que, aun cuando no se llamaran "garantías", dio motivo a una profusa gama de principios que informan el derecho procesal administrativo.

> En este sentido, Couture no pierde lozanía en sus trascendentes meditaciones […]: "En el examen de las instituciones esenciales del derecho procesal civil, se llega siempre a un instante en que éstas adquieren el rango de derechos cívicos tales. Derecho cívico es la acción, si se considera que ella en último término, es el acto de petición a la autoridad indispensable para que condene al demandado, para que declare la existencia de un derecho o para que quite un embargo al libre ejercicio de una situación jurídica. *Derecho cívico* es la excepción, si se considera que sin ella, concebida como sinónimo de defensa, la justicia incurriría en el riesgo de condenar al demandado sin darle la posibilidad de ser escuchado. Excepción es, en este orden de cosas sinónimo de garantía de defensa en juicio; y la defensa constituye una de las más preciosas garantías en las relaciones entre e individuo y el Poder. Derechos cívicos son los actos procesales de aportación de pruebas, de conclusión, de apelación etc. Cuando la Constitución establece que nadie debe ser-condenado sin forma de proceso (*due process of law*, en su sentido más estricto), consagra implícitamente el principio que nadie puede ser condenado por un proceso cualquiera es decir por una farsa de proceso, de esos tan increíblemente frecuentes a lo largo de la historia. El proceso debe ser un proceso idóneo para el ejercicio de los derechos; lo suficientemente ágil como para no agotar por desaliento al actor y lo suficientemente seguro como para no angustiar por restricción al demandado.
>
> "El proceso, es en sí mismo sólo un medio de realización de la justicia, viene así a constituirse en un derecho de rango similar a la justicia misma. Derecho cívico es, por último, el ser escuchado por jueces que, políticamente, merezcan el nombre de tales. El juez servil al Poder Ejecutivo no es el que quiere la Constitución; el juez cuyos fallos son desobedecidos por los órganos encargados de cumplirlos, es todo lo contrario de un juez; el juez sin responsabilidad por sus errores y culpas, no ofrece el mínimo de seguridad que la Constitución anuncia. La ley orgánica de los tribunales resulta, así, en cuanto desenvuelve los principios de independencia, de autoridad y de responsabilidad ¿ los jueces, la ley reglamentaria de la función jurisdicción misma"[762] .

Las reflexiones apuntadas sirven para orientar el modelo de justicia que se procura conseguir a través de una disciplina que interprete armónicamente las reglas y principios del debido proceso, en todo campo y circunstancia de actuación jurisdiccional.

Sin embargo, el derecho procesal administrativo, como ya hemos dicho, no se agota en la materia contenciosa dilucidada ante un órgano judicial, es decir que debe

---

[761] *Caso Castillo Petruzzi vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 30 de mayo de 1999. Serie C N° 59, párr. 161.

[762] Couture, Eduardo J., *Estudios de Derecho Procesal Civil*, Tomo 1, Depalma, Buenos Aires, 1979 (3ª edición), p. 22.

tenerse como parcialmente verdadera la definición que acierta ver como misión de aquella la de realizar los fines que el derecho procesal genéricamente asigna cuando el derecho administrativo se encuentra en la órbita del conflicto[763].

Existen otras actividades que componen el desarrollo de un verdadero proceso, tales como, la formación de la voluntad estatal creando el acto administrativo, o el ejercicio de la potestad revisora mecanizada en los recursos que activa el administrado. En ellos también es preciso aplicar los principios de orden constitucional que conforman reglas y propuestas para interpretar el debido proceso.

Siendo así, el contenido del derecho procesal administrativo se integra en estos aspectos y busca estructurar un sistema de protección procesal que efectivice la declaración que aparece consagrada en los principios fundamentales.

Reconocida la materia que hace al objeto de estudio, debemos resolver su desempeño en la relación entre el Estado y el administrado, procurando reafirmar que ningún sistema conoce la perfección sino garantiza un mínimo efectivo de presupuestos que hagan posible el desenvolvimiento procesal de los fundamentos, esto es: la garantía de los derechos en acción.

5.1 Garantías de procedimiento

La transformación de lo existente puede suceder si el debido proceso se considera como un conjunto de principios incanjeables que operan en cualquier tipo de procedimiento como una suerte de orientación, o directamente como un deber.

Es importante, para ello, evitar que los principios actúen como accesorios o consignas supletorias, en la medida que se propicia darles operatividad cual garantía inmediata y no como un revalúo del derecho de defensa en juicio.

De este formato se deriva que los nuevos principios se orquestan con autonomía y fundamentos propios sin necesidad de acotar ni amoldarse a la realidad donde se han de insertar. Actúa así como un valor implícito en las fórmulas, que por su propia calidad imponen una toma de posición.

Esta conclusión, desde luego, es coherente con una premisa con la que es fácil estar de acuerdo: de los juicios de hecho sólo pueden derivar otros juicios de hecho; de los juicios de valor, sólo otros juicios de valor. El paso de unos a otros presupone que se introduzca en los primeros un juicio del segundo tipo, o en los segundos un juicio del primer tipo.

Siguiendo esta ilación, podemos ver que la primera exigencia a cumplir llega del art. 2º primer párrafo de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que alude al compromiso de las partes signatarias a adoptar […] "*las medidas legislativas o de otro carácter de fueren necesarias*...", para hacer efectivos los derechos y libertades contenidos en el Tratado, lo que implica un deber a cargo no sólo del órgano legislativo, sino al mismo tiempo, de los restantes poderes del Estado.

---

[763] Cfr. García de Enterría Eduardo y Fernández Tomás Ramón, *Derecho Administrativo*, Tomo I, Cívitas, Madrid, 1980, ps. 32/33.

En este aspecto se debe tener presente que la obligatoriedad de los pactos y convenciones internacionales dependen de dos condiciones: a) la situación jurídica respecto al acatamiento de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, y b) el orden jerárquico que tiene cada Constitución en la interpretación de los Tratados.

El primer tema se vincula con el efectivo cumplimiento del art. 27 de la "Convención de Viena" según el cual […] "*una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un Tratado*...". El segundo se relaciona con el debido proceso, donde se observa que en general las Normas Fundamentales más relacionadas con la primera etapa del constitucionalismo (fines del siglo XVIII), como la de los Estados Unidos de América y aquellas que siguiendo ese modelo no ha sido sustancialmente reformadas, han establecido las garantías jurisdiccionales pensando en el proceso penal (principio de inocencia, defensa en juicio, juez natural, hábeas corpus).

Esto no es intrascendente, porque el actual emplazamiento del debido proceso supera holgadamente el modelo del proceso penal, y su adaptación a las distintas legislaciones depende del valor jerárquico que se otorga a los pactos y convenciones en el sistema constitucional.

Es evidente que los Tratados sobre Derechos Humanos adquieren una dimensión especial, criterio que se refleja a partir de mediados del siglo XX en las sucesivas reformas constitucionales de Latinoamérica, que otorgan jerarquía constitucional como en nuestro país, o inclusive superior, haciéndolos prevalecer respecto del derecho constitucional interno, como sucede en Guatemala.

En la perspectiva analizada el debido proceso tiene condiciones y principios. Las primeras dependen del procedimiento donde se aplicarán, las segundas, constituyen el esquema base de los nuevos principios de debido proceso.

Si lo investigamos desde una evolución o progresión de los derechos humanos, sería una tercera etapa del debido proceso, que asentaría hoy en lo que llamaríamos "debido proceso transnacional".

5.2 Garantía de igualdad

De nuestra Constitución Nacional se desprende el principio de igualdad, no solo en la declamación del art. 16, sino en el punto de partida, cuando las principales garantías que se reconocen, no distinguen la condición de ciudadano o extranjero. Por tanto, la idea del "debido proceso" es una garantía para todo tipo actuación que signifique una función del Estado frente a un particular admitiendo modelaciones basadas en las peculiaridades de su régimen, pero sin que las variables modifiquen los principios superiores que contiene el fundamento constitucional.

En este camino pueden encontrarse procesos judiciales, juicios políticos, procedimientos administrativos (al que no llamamos proceso, no por el género, sino por otro componente de la estructura procesal, que el administrativo no tiene: la jurisdicción) que se diferenciarán por sus mecanismos, pero que tendrán en común la columna vertebral de los derechos y garantías que se obtienen por el debido proceso.

Dado que la fuente común es el proceso, interpretado en su télesis como garantía constitucional, debemos apuntar cuáles son sus componentes.

La estructura se integra en dos órdenes: un *aspecto objetivo* constituido por principios procesales que determinan la custodia permanente del proceso constitucional; y un *aspecto subjetivo* , que atañe a la relación jurídica, que se ventila, deduciendo en este campo problemas tales como el acceso, la legitimación, la defensa o asistencia letrada, la protección de los intereses difusos, etc. Ambos aspectos corresponden a una teoría general y pueden ubicarse en este primer orden de la estructura.

El segundo comprende la técnica aplicada y atiende a lo objetivo del procedimiento y a las características que pueden ser cambiadas, alteradas o modificadas, sin agraviar los postulados fundamentales del debido proceso. Es el terreno de las reglas.

5.3 Garantías inalterables

El aspecto objetivo comprende dos basamentos: por un lado, incorpora reglas permanentes e invariables del debido proceso constitucional; que constituyen cláusulas genéricas que definen y fundamentan la validez del proceso. Son principios generales inmodificables. Y, por otro, agrega reglas del mismo contenido esencial pero que se caracteriza por estructurar el derecho procesal- administrativo, armonizando las reglas del proceso constitucional. Son principios específicos inmodificables.

Entre las cláusulas genéricas que integran el aspecto objetivo de la estructura del derecho procesal administrativo ubicamos los siguientes derechos:

a) Derecho a ser oído, que en nuestra ley de procedimientos administrativos se explica cómo la facultad de exponer las razones de sus pretensiones y defensas antes de la emisión de actos que se refieran a sus derechos subjetivos o intereses legítimos. Este derecho de alegación y réplica presupone la participación activa del individuo en el procedimiento. Así, por ejemplo, la Constitución española de 1978 no se limita a garantizar la audiencia de los interesados en el procedimiento administrativo, incluso en el de elaboración de leyes reglamentarias (art. 105), sino que reconoce explícitamente a los ciudadanos "el derecho de participar en asuntos públicos", directamente (art. 23, 1), expresión esta que con independencia de sus demás virtualidades en otros campos, hay que referir necesariamente en todo caso procedimiento a través del cual se gestionan dichos asuntos.

b) Derecho a ofrecer y producir prueba, partiendo de una amplia estimación tendiente a obtener la verdad real del problema. El sistema descansa sobre la posibilidad concreta de probar los extremos jurídicos que sustentan la posición desinteresada.

Los medios de prueba y el procedimiento probatorio conviene que sigan los lineamientos generales de la teoría de la prueba, es decir que se arbitre la disponibilidad del medio y la pertinencia de su producción, en tanto ello responda a cabalidad con el principio de congruencia.

El derecho procesal administrativo admite peculiaridades en este punto. Por ejemplo, el art. 1º inc. F ap. 2, de la Ley Nacional de Procedimiento Administrativo indica que constituyen posibilidad del interesado, la "*de ofrecer prueba y que ella se produzca si fuera pertinente dentro del plazo que la administración fije en cada caso, atendiendo a la complejidad del asunto y a la índole de la que deba producirse debiendo la Administración requerir y producir los informes y dictámenes necesarios*

para el esclarecimiento de los hechos y de la verdad jurídica objetiva; todo con el contralor de los interesados y sus profesionales, quienes podrán presentar alegatos y descargos una vez concluido el periodo probatorio".

La instrucción oficiosa del procedimiento administrativo favorece la diligencia procesal del trámite probatorio, pues el administrado le corresponde ofrecer y al Estado producir, variando consecuentemente el principio de la carga (*onus probandi*) propio del proceso civil.

Asimismo, el relevamiento del impulso procesal no priva del control que se ejerza respecto de su producción, en tanto tiene el administrado la facultad de fiscalizar el cumplimiento estricto de las medidas por él propuestas.

c) Derecho a una decisión rápida y fundada, principios basados en la razonabilidad que debe tener el acto administrado, el que debe conformar la totalidad de los puntos peticionados expresamente en una fundamentación autónoma responsable con los intereses del administrado. Se tiene dicho en este aspecto, distintas pautas que se acoplan a la garantía común del debido proceso.

La actividad estatal, para ser válida, constitucionalmente debe ser razonable, o sea lo axiológicamente válida según las circunstancias del caso, lo oportuno, lo conveniente en función de todos los valores. La regla de razonabilidad exige que se guarde un cierto límite señalando qué puede hacerse sin evadir el marco del poder constituido. Es lo que surge claramente de los arts. 14 y 28 de la Constitución Nacional. Por eso, el análisis de la razonabilidad de las leyes en punto a su validez constitucional no puede llevarse a cabo sino en el ámbito de las normas en ella contenidas y en modo alguno sobre la base de los resultados de su aplicación, lo que importaría valorarlas en mérito a factores extraños a sus normas[764].

Para el administrado, como para el justiciable, la postergación indefinida de la solución a su problema crítico condiciona y vulnera la garantía de la defensa en juicio. El derecho a una rápida y eficaz decisión judicial se perfila nítidamente en estos lineamientos:

1º) Por de pronto, se inserta en el fundamental bastión de la defensa en juicio, a la que no cabe enunciar como difusa y errática eventualidad, sino concreta y exigible exteriorización, que debe operar en tiempo propio y medida adecuada.

2º) La tramitación dilatoria y el abuso de los pliegues y repliegues de las formas procesales, que por su indebida prolongación desconocen los derechos de las partes, sin lugar a dudas constituyen una situación equiparable a la denegación de justicia.

3º) La efectiva vigencia de esta pauta rectora, se emparenta con los poderes deberes que el Código Procesal atribuye a los jueces. Deberes que, en razón de ser obviamente comunes a los órganos de los diversos grados horizontales de la jurisdicción, son también aplicables al procedimiento administrativo.

En este punto, la presencia del derecho procesal constitucional incide en el procedimiento administrativo decisivamente. El derecho a la jurisdicción que se consagra en el campo estricto del proceso contencioso, se aproxima a lo procesal-administrativo asegurando y potenciando los fundamentos ofrecidos para tutelar los

---

[764] Fallos: 288:325.

derechos de la jerarquía que cubren, los cuales, precisamente por su calidad de derechos humanos, no se conforman con medios técnicos que conducen a una composición inexplicablemente tardía, al sacrificar el derecho a una rápida y eficaz decisión judicial.

d) Publicidad del procedimiento, que significa tanto como responder al principio de información, difusión y claridad en los procedimientos públicos. Claro está que, por las particularidades que se apuntan en el procedimiento administrativo, cabe destacar que el anoticiamiento que recibe el administrado condice con el interés que tenga en juego. A partir de él, las posibilidades de acceder al trámite (expediente) se concreta en alternativas que van desde las "vistas" hasta las notificaciones expresas, pero que abarca también la posibilidad de sustanciar, controvertir, y recurrir aquellos actos que se dicten sin esta aplicación; de modo tal que, cuando se encuentre alterado el estado público del proceso, la respuesta idónea se contesta con la suspensión de términos que fueran corriendo.

La publicidad opera entonces como un remedio contra la arbitrariedad, desvío habitual en que incurre la Administración cuando su activismo es clandestino.

También se constituye en un complemento esencial del acto administrativo, en tanto éste carece de eficacia mientras no sea notificado al interesado, sin perjuicio de la validez que intrínsecamente obtenga.

e) Derecho a impugnar el acto, como ejercicio legítimo del derecho que tiene por objeto el control general de la regularidad de los actos y, en especial, la actividad del órgano que dicta la decisión. El cenit es el derecho al recurso sencillo y rápido, indiferente al mero ejercicio ritual del encuadre en agravios pero preciso, prudente y efectivo para el fin que tiene destinado.

Se interesa asimismo este derecho de recurrir, con las garantías de naturaleza transnacional, como el art. 25.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que prescribe la posibilidad "*a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención*".

Según este principio, la existencia de un recurso efectivo contra las violaciones a los derechos reconocidos por la Convención constituye una transgresión de la misma. Por supuesto que este derecho se inserta en la garantía del debido proceso legal, conclusión que en la Convención citada reconoce el mismo alcance, al establecer que el deber de interponer y agotar los recursos de jurisdicción interna, no es aplicable cuando no exista en la legislación interna del Estado de que se trata el debido proceso legal para la protección del derecho o derechos que se alega han sido violados.

El inmediato derecho de impugnación equilibra el desajuste que provoca al principio de igualdad la fuerza ejecutoria de las decisiones administrativas y la presunción d legitimidad que de él dimana.

f) Competencia del órgano emisor. El numeroso conjunto de organismos que integran la multifacética Administración obliga a precisar, como categoría jurídica el campo de actuación que tiene asignado cada órgano. Así, la competencia administrativa no difiere en líneas generales, de la competencia reconocida en vía jurisdiccional. Pero, en sede administrativa existen especificidades que muestran un perfil distinto. V. gr.: el art. 3º de la L.P.A. determina que el ejercicio de la competencia constituye una

obligación de la autoridad o del órgano correspondiente y es improrrogable a menos que la delegación o sustitución estuvieren expresamente autorizadas. La misma permisión cabe para la avocación, en tanto no exista norma que lo prohíba expresamente.

Hutchinson, refiriéndose a la delegación, la caracteriza como la forma de transmitir el ejercicio de la competencia, de su titular a otro órgano administrativo. Tiene lugar cuando su superior encomienda a un subordinado que realice algún acto o cumpla ciertos cometidos que, de conformidad con lo dispuesto por el ordenamiento jurídico le correspondería a él realizar[765].

En cuanto a la avocación, su figura es antagónica con la precedente, pues permite por razón de grado, sustituir la competencia natural por quien tiene la jerarquía superior en la escala administrativa.

En uno y otro caso, o bien cuando la competencia ejercida es propia del órgano, el criterio principista que orienta este contenido del aspecto objetivo del debido proceso, atiende que la resolución provenga de quien tiene aptitud para hacerlo: La contracara, es decir, la incompetencia, puede aparecer como un exceso de poder.

Así la doctrina pronuncia que la falta de jurisdicción (criterio orgánico de la competencia) es la ausencia de la potestad de juzgar en un territorio no sometido a la soberanía de que ella emana o especialmente excluida por el orden legal; y también la falta de competencia o capacidad para entender en determinada clase de asuntos[766].

6. Reglas específicas

En el segundo grupo del aspecto objetivo de la estructura del derecho procesal administrativo, es decir, de aquellas reglas permanentes e invariables que se dan en el debido proceso y que surgen como características específicas, tiene las siguientes posibilidades:

a) Principio de legalidad. Una de las características más importantes que brinda este principio es la ampliación natural que tiene el marco de composición, pues no sólo el interés legítimo pretende encauzarse, sino también el interés del Estado por la defensa de la norma jurídica objetiva. En virtud de sus fundamentos, el procedimiento adquiere carácter instructorio, con impulso de oficio, y en miras de obtener la verdad material[767].

A partir de sus generalizaciones se obtienen distintas garantías que determinan su naturaleza desde su conciliación con este principio de legalidad objetiva, evidentemente, el más importante dentro del procedimiento administrativo.

El principio reconoce raíz constitucional, siendo posible interpretar que se trata de una aplicación operativa de la supremacía constitucional que impone un orden de prelación normativa. Aquí, como anticipamos, el principio de igualdad jurídica es uno de los componentes de la legalidad.

---

[765] Hutchinson, Ley de Procedimiento Administrativo, cit., p. 102.

[766] Velez Mariconde, Alfredo, *La situación jurídica del imputado*, en Revista de Derecho Procesal", año 1943, l[a] parte, p. 286.

[767] Gordillo, *Tratado de Derecho Administrativo*, tomo II, cit., p. XVII-2.

El desarrollo de las situaciones diversas que enfrenta la Administración permite advertir que su comportamiento tiene, a veces, contradicciones serias con el interés del administrado; en otras, su conducta es más pasiva tendiendo a controlar la eficacia y validez del acto. En el primer supuesto, la obligación inmediata a resolver consiste en asegurar la igualación jurídica y procesal pues, en su calidad de juez y parte no puede prevalecer el carácter imparcial de sus intereses.

> Por supuesto, que en este sentido la Corte Suprema de Justicia ha reiterado la consideración objetiva de esta igualación, diciendo que "se trata de una igualdad del tratamiento en razonable igualdad de circunstancias, eliminando excepciones o privilegios que excluyan a unos de los que se acuerde a otros en las mismas circunstancias mediante distinciones arbitrarias, injustas u hostiles, contra determinadas personas o categoría de personas"[768].

También la igualdad real puede concretarse a través del control judicial que, en vía de revisión, procure el interesado que se considera afectado por la decisión administrativa. La legalidad supone también una garantía contra la arbitrariedad.

b) Principio de oficialidad. El art. 1° inciso a) de la ley 19.549 establece el "impulso e instrucción de oficio, sin perjuicio de la participación de los interesados en las actuaciones."

El principio pretende sortear el desinterés del administrado privilegiando la defensa del interés por la legalidad jurídica objetiva; por ello mismo resultan excepcionales las veces en que el procedimiento se clausura por caducidades. Inclusive es un error compartir los principios de la caducidad de la instancia en sede jurisdiccional, con las preclusiones o caducidades administrativas, pues en rigor, la oficialidad del trámite se opone a la naturaleza dispositiva del proceso civil ([769]).

Se deriva del activismo que debe guiar la atención del problema, que la Administración deba resolver aun cuando el planteo no sea correcto (informalismo) o temporáneo para el carril seleccionado. La denuncia de ilegitimidad viene así a cubrir los resquicios que queden abiertos por la ineficacia particular.

c) Principio de informalidad. También la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos en el art. 1º inc. c) dispone el principio del informalismo, estableciendo la "*excusación de la inobservancia por los interesados de exigencias formales no esenciales, y que puedan ser cumplidas posteriormente*".

La materia procesal-administrativa crea instituciones y principios específicos tratando que el administrado no quede frustrado en sus derechos por el erróneo cumplimiento o interpretación de sus normas, y no deberá considerárselo tampoco cual si estuviera actuando ante el poder judicial y contra un litigante enemigo[770].

> Tal como dice Fiorini […], "la carga jurídica de ayuda y colaboración en beneficio del administrado en el cumplimiento de las normas procesales, no se sustenta en un vago sentimentalismo de perdón y tolerancia a la equivalencia de las situaciones jurídicas, entre

---

[768] Fallos, 199:268.

[769] Gordillo, *Tratado de Derecho Administrativo*, tomo II, cit., p. XVII-16/19

[770] González Pérez Jesús, *El principio antiformalista de la ley de jurisdicción contencioso administración*, Revista de la Administración pública n° 56, Madrid, p. 184.

> el ejercicio de las prerrogativas que se reconocen a todo poder frente a la actividad los particulares, y en especial con el ejercicio del derecho de defensa"[771].

Este principio opera sólo en favor del administrado, pero sin llevarse a extremos que provoquen inseguridad procesal; vale decir que el informalismo no pretende sustituir la torpeza o negligencia más allá de un límite tolerable o admitido de incertidumbre.

En la idea de la "colaboración" se sustenta el principio favoreciendo la actitud del órgano hacia el desarrollo del objeto sin limitarse por causas rituales.

Ahora bien, si el error es de tal entidad que convierta el acto en una derivación irrazonable o insegura de acuerdo al cometido planteado, la sustancialidad del vicio torna inoperante la pretensión, recayendo en el administrado las consecuencias de su obrar equivocado.

Asimismo, ha de reafirmarse que la Administración no puede hacer valer en su favor este principio, pues la voluntad administrativa debe respetar las reglas y procedimientos legalmente establecidos para validar su pronunciamiento.

d) Principio de la verdad material. Puede advertirse en este principio, algún parangón con el principio de publicidad del proceso civil que dotó al juez de mayores poderes oficiosos. La tendencia es hacia la verdad, corno unidad de valor y eficacia para medir las consecuencias obtenidas en un proceso legítimo, donde el contenido y aplicación de las normas constituye una derivación razonada del derecho a utilizar, justa y correctamente, en los hechos sucedidos.

La estructura de este principio se forma con la legalidad y oficialidad del obrar administrativo, rescatando algunos perfiles característicos como el que demuestra el apartamiento de los medios objetivamente dispuestos por el interesado para comprobar una situación determinada, para integrarlos y/o complementarlos con la actividad propia del organismo decisor en la mira de obtener una solución generalizada, o al menos en beneficio de la comunidad. Así la Administración custodia sus intereses y preserva las situaciones particulares.

> Con otra mirada […], "la fundamentación del principio se advierte al punto si se observa que la decisión administrativa debe ser independiente de la voluntad de las partes, y que por ejemplo un acuerdo entre las partes sobre los hechos del caso, que en el proceso civil puede ser obligatorio para el juez, no resulta igualmente obligatorio para el Administrador, que está obligado a comprobar la autenticidad de los hechos; a la inversa, entonces, tampoco puede depender la decisión administrativa de la voluntad del administrado de no aportar las pruebas del caso, ella debe siempre ajustarse únicamente al principio de la verdad material"[772].

Apenas para confirmar como principio general del derecho procesal administrativo, el que venimos comentando de la verdad material, debemos indicar, con objeto de precisión, que la materia contencioso-administrativa tiene una interpretación distinta.

Primero, porque se trata de un proceso jurisdiccional más, cuya singularidad revista en la materia. Luego, porque los principios de la prueba, aplicables en la teoría

---

[771] Fiorini, *Procedimiento Administrativo y Recurso Jerárquico*, cit., p. 33.

[772] Gordillo, *Tratado de Derecho Administrativo*, tomo II, cit, p. XVII-2.

general, le son de estricta aplicación, más allá de que se considere una vía o instancia de revisión.

Por ello, debe quedar en claro que el derecho procesal administrativo que venimos definiendo, cubre lo contencioso en una singularidad específica como materia administrativa en conflicto ante la jurisdicción, pero sin habilitar una jurisdicción expresa; en tanto que en materia de prueba en vía judicial "es un principio jurídico de ineludible observancia el de que el actor incumbe siempre la justificación de los hechos en que funda su derecho, no existiendo disposición alguna que permita sustituir en esa obligación a la Administración, que si bien tiene el deber de facilitar cuantos datos y documentos puedan afectar a los particulares, esa obligación no tiene otro alcance que el de facilitar esos antecedentes, expidiendo las oportunas certificaciones cuando así se solicitare en forma"[773].

e) Control de legitimidad, oportunidad y discrecionalidad. Ajustada al principio de legalidad, la actuación administrativa cuenta con una característica fundamental que para el derecho procesal administrativo, se erige en el meollo problemático, pues en la discrecionalidad tiene el gobernante la posibilidad de exceder el límite de su "voluntad legítima" aprovechando la conformidad que le presta el derecho escrito y vulnerando, en consecuencia, la garantía del debido proceso.

Tanto en su actividad externa (legal) como en la normativa interna propiamente elaborada, el administrador debe adecuar su actuación a la juridicidad de sus actos; lo contrario significaría un obrar ilegítimo que desvía el fin institucional de sus funciones.

En esos límites el comportamiento del Estado reconoce una de1ineación escrita en el margen de su actividad reglada, y una esfera libre de la predeterminación legal, con un amplio campo de libertad que constituye la actividad discrecional.

> Por lo demás, manifiesta Diez que […], "la administración en ejercicio de sus facultades discrecionales, no puede obrar caprichosamente, sino que está obligada a dictar actos que respondan en forma justa, eficaz y oportuna al interés colectivo que se trata de satisfacer. Es de señalar también que la discrecionalidad es el medio jurídico que la ciencia del derecho entrega al administrador, para que la gestión de los intereses sociales sea realizada para responder a las necesidades cambiantes en el tiempo. En ejercicio de las facultades discrecionales la administración no puede crear normas de carácter legislativo ni realizar funciones jurisdiccionales. Se le otorga te una autorización limitada para un fin determinado; apreciar las condiciones presentes cuando administre el interés social específicamente contenido en la norma legislativa"[774].

En su ajuste a los principios constitucionales, entonces, la actividad administrativa debe desarrollarse dentro de ciertos límites. Ellos son: los que el orden constitucional privilegia como garantías fundamentales; las que se imponen por la autoridad misma de la ley, y finalmente, las que tienen la actitud disuasoria que conduce a influir en el ánimo del administrador para encauzar su conducta (límites negativos).

Cuando las fronteras de la legalidad son traspuestas, las reglas del derecho procesal administrativo habilitan un inmediato control interno que se desenvuelve con la actividad del interesado impugnando el acto ilegítimo (v. gr.: recursos administrativos,

---

[773] Ubierna, *De lo Contencioso Administrativo*, Madrid, 1948, p. 200, cit. González Pérez Jesús, *Derecho Procesal Administrativo hispanoamericano*, Temis, Colombia, 1985, p. 285, nota 19.

[774] Diez, Manuel María, *El Acto Administrativo*, Tea, Buenos Aires, 1956, p. 48.

reclamaciones, denuncias, etc.). Para que este control sea eficaz, y no mero instrumento de igualaciones formal sin resultados rápidos y concretos, es preciso redimensionar en el procedimiento administrativo el instituto de la ejecutoriedad, por el cual todo acto administrativo se presume legítimo debiendo alegarse y probarse su ilegitimidad para que pueda ser declarado inválido[775].

Aun cuando el art. 12 de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos permite a la Administración, "*de oficio o a pedido de la parte y mediante resolución fundada, suspender la ejecución por razones de interés público, o para evitar perjuicios graves al interesado, o cuando se alegare fundadamente una nulidad absoluta*", el margen de posibilidades para que así suceda es muy reducido, pues al no tener amplitud de criterio, la serie de alternativas establecidas para provocar la paralización de los efectos del acto, el daño que se produce es inmediato y no tiene reparación por el o los recursos que se intenten.

Esta contingencia habitual en el trámite lesiona el debido proceso, muy a pesar de la jurisprudencia establecida que indica que, entre nosotros, el acto administrativo emanado del Poder Ejecutivo tiene, como la ley misma, presunción de validez constitucional.

Por supuesto que el tema es amplio y admite numerosas interpretaciones; sólo pretendemos observar que las reglas del derecho procesal-administrativo-constitucional, se vulneran con este principio de ejecutoriedad, el cual aun siendo inválido, es decir que le hubiera desaparecido la presunción de legitimidad, no deja de producir sus efectos.

f) Revisión judicial. Este principio se deriva del carácter no jurisdiccional que tienen las decisiones administrativas y del problema que tiene el derecho procesal administrativo para adoptar como suyo el principio de la cosa juzgada.

También constituye una conquista del Estado de Derecho llevar el ajusticiamiento de los actos del poder administrador ante los estrados judiciales; revisión que se funda en el art. 18 de la Constitución Nacional, en cuanto ésta requiere que no se prive a nadie arbitrariamente de la adecuada y oportuna tutela de los derechos que pudieran eventualmente asistirle. Lo que sólo puede obtenerse a través de un proceso conducido en legal forma y que concluya con el dictado de una sentencia fundada.

Para el derecho procesal administrativo significa la frontera de su disciplina, en tanto de allí en más, la actuación jurisdiccional compone un verdadero proceso judicial, sin perjuicio que, por la materia tratada, pueda hablarse, como erróneamente se hace, de "lo contencioso administrativo".

La revisión judicial de lo actuado en la administración es una premisa de la Corte Nacional cuando esa actividad dispone medidas sancionatorias. Afirma así que, ningún preconcepto constitucional se opone a que el Congreso reconozca al poder Ejecutivo la atribución de actuar como juez administrativo siempre que contra sus resoluciones se deje expedita la instancia judicial y se dé satisfacción al derecho de defensa del infractor.

---

[775] Cfr. Cassagne Juan Carlos, *El acto administrativo*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1974, p. 327.

Asimismo, ha indicado el Alto Tribunal que el control judicial de las resoluciones jurisdiccionales administrativas debe ejercerse para proscribir la discrecionalidad y prescindencia arbitraria de la ley[776].

7. El debido proceso administrativo en la Corte IDH

De acuerdo a lo dispuesto en el artículo 8.1 de la Convención, en la determinación de los derechos y obligaciones de las personas, de orden penal, civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter, se deben observar "las debidas garantías" que aseguren, según el procedimiento de que se trate, el derecho al debido proceso[777]. El incumplimiento de una de esas garantías conlleva una violación de dicha disposición convencional.

La Corte ha establecido que todos los órganos que ejerzan funciones de naturaleza materialmente jurisdiccional tienen el deber de adoptar decisiones justas basadas en el respeto pleno a las garantías del debido proceso establecidas en el artículo 8.1 mencionado[778], debiendo aclarar, entonces, si la referencia ocupa a las sentencias o a to9da decisión adoptada en un procedimiento que, por sus caracteristicas, no es un proceso.

En el caso *Claude Reyes y otros vs. Chile*[779] se había solicitado información al Comité de Inversiones Extranjeras sobre un proyecto de desforestación que podría afectar el medio ambiente e impedir el desarrollo sostenible de Chile, el cual se había negado sin dar posibilidad de recurso judicial alguno que permitiera impugnar la violación del derecho al acceso a la información.

La Corte IDH sostuvo […]

> En el presente caso Chile no cumplió con garantizar un recurso judicial efectivo que fuera resuelto de conformidad con el artículo 8.1 de la Convención y que permitiera que se resolviera el fondo de la controversia sobre la solicitud de información bajo el control del Estado, es decir, que se determinara si el Comité de Inversiones Extranjeras debía o no dar acceso a la información solicitada. La Corte valora los esfuerzos realizados por Chile en 1999 al crear un recurso judicial especial para amparar el acceso a la información pública. Sin embargo, es preciso indicar que las violaciones en el presente caso ocurrieron antes de que el Estado realizara tal avance en su legislación, por lo que no es de recibo el argumento del Estado de que las presuntas víctimas de este caso "pudieron haberlo interpuesto", ya que no se encontraba consagrado en la época de los hechos de este caso[780].

Sin embargo, donde el tema en estudio lo plantea el voto en disidencia de Abreu Burelli y Medina Quiroga, porque ellos sostienen que el caso no está resuelto por una sentencia, ni la petición se resuelve en un proceso.

---

[776] Fallos, 249:715; 175:368 ("*Carman de Cantón*").

[777] Esta es una repetición permanente sobre el alcance de las garantías que promueve el debido proceso en todos los ámbitos donde se debe aplicar (V.gr.: *Caso Yatama*, supra nota 86, párrs. 148-164; y *Caso Baena Ricardo y otros*, supra nota 94, párrs. 127-134).

[778] Cfr. *Caso Palamara Iribarne*, supra nota 72, párr. 164.

[779] *Caso Claude Reyes y otros vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 19 de setiembre de 2006. Serie C N° 151.

[780] *Caso Claude Reyes*, párrs. 139/140.

En efecto […]

> "Es claro que el caso que se examina en esta sentencia no constituye un proceso. Una petición de acceso a información y la negativa a otorgarlo no son un fenómeno jurídico en que un órgano del Estado, habilitado para ello, determina la aplicación del derecho en una situación concreta en la cual la norma que consagra el derecho ha sido controvertida o violada. Por el contrario, el acto de denegar el acceso a la información, crea la controversia y de allí emerge el derecho para los afectados de poder recurrir a un órgano que la decida, que resuelva el conflicto en razón de su jurisdicción y competencia. Este órgano en el ordenamiento jurídico del Estado es la Corte de Apelaciones respectiva a través del proceso que se inicia con la interposición de un recurso de protección. Transformar la secuencia "petición-negativa" en un proceso, exigiendo la aplicación del artículo 8 para tramitar la petición, implicaría sostener que esta petición debe ser recibida y decidida por un órgano independiente e imparcial y con todas las garantías que esta disposición establece (*inter alia*, el respeto a los principios de igualdad y de contradicción), puesto que el artículo 8.1 debe aplicarse en su integridad y cualquier elemento que se infrinja de él constituirá una violación del mismo. Esto traería consecuencias que no son quizás las más favorables para el peticionario en términos de dificultades y plazos. Significaría, a su vez, exigir para casos no penales la obligación de dos procedimientos jurisdiccionales, uno que regule la petición de la información y otro que revise su denegación, lo que no es una obligación de los Estados que emane de la Convención. El hecho de que el artículo 8.1 se aplica a los procesos que determinan (y no que afectan) derechos u obligaciones y que se abre cuando un acto del Estado ha afectado un derecho, aparece claramente establecido por la Corte en los precedentes que cita en este fallo"[781].

De este modo, el empalme entre el *debido proceso como garantía preferente,* que presta especial interés en la tutela de garantías judiciales que reconoce la Convención; y *debido proceso adjetivo,* donde la ubicuidad de las garantías se aplica solo para las resoluciones órganos jurisdiccionales propiamente dichos, en la sentencia de la Corte se diluye y abre un camino para encontrar -sin mención directa- un debido proceso administrativo.

En nuestro parecer esta es la línea a seguir, porqué la aplicación del artículo 8.1 no se limita a los recursos judiciales en sentido estricto, sino que constituye el conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales a efecto de que las personas puedan defenderse adecuadamente ante cualquier tipo de acto emanado del Estado que pueda afectar sus derechos. Pensamiento o doctrina que puede estar implícita en la sentencia que dispuso que el cotrol de convencionalidad debía ser aplicado por todo funcionario del Estado[782]

Lo que se atiende es la esfera tuitiva de los derechos fundamentales, los que cuando quedan inertes por la fuga de respuesta o protección, no deben esperar que sean los jueces quienes resuelvan esa crisis. El derecho de petición admite que todo órgano que ejerza funciones dirimentes, tenga que respetar las garantías del debido proceso.

Si fuera aceptada esta conclusión, la expresión "juez o tribunal competente" exigible para la "determinación" de derechos, se podrá relacionar con cualquier autoridad pública, sea administrativa, legislativa o judicial, que a través de sus resoluciones determine derechos y obligaciones de las personas.

---

[781] *Caso Claude Reyes*, párr.4 del voto en disidencia de los jueces Alirio Abreu Burelli y Cecilia Medina Quiroga.

[782] *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 26 de noviembre de 2010. Serie C N° 220.

La Corte IDH así lo expresa en *Claude Reyes*, y argumenta, además […]

> "Cualquier órgano del Estado que ejerza funciones de carácter materialmente jurisdiccional, tiene la obligación de adoptar resoluciones apegadas a las garantías del debido proceso legal en los términos del artículo 8 de la Convención Americana. Esto significa que el artículo 8 se aplica cuando un órgano del Estado está ejerciendo facultades jurisdiccionales, lo que no parece posible argüir respecto de la negativa de un funcionario de proveer información a un particular […]. En el *caso Baena*, la Corte tiene esta misma posición, siendo la naturaleza del asunto semejante, pues se trataba también del ejercicio del poder sancionatorio del Estado (ver considerandos 124 y 131). En el *caso Bronstein*, el considerando 105 repite el párrafo 171 de la sentencia del Tribunal Constitucional y establece como fundamento de la violación del artículo 8, los impedimentos que se le habían puesto a la víctima para defenderse, tales como no informarle de la pérdida de su expediente, no permitirle reconstruirlo, no comunicarle los cargos de que se le acusaba ni permitirle que presentara testigos (considerando 106). En el caso *Yatama*, la Corte repite su posición de que el artículo 8 se aplica a las "instancias procesales" (párrafo 147); sostiene que en el caso el Consejo Supremo Electoral ejercía funciones jurisdiccionales, no sólo por las actuaciones que realizó en ese caso sino porque la propia normativa nicaragüense describía esas funciones como jurisdiccionales (párrafo 151).

Habitual intérprete preciso del alcance de la CADH, el voto razonado de Garcia Ramirez pone claridad en el tema, destacando que la Convención leída gramaticalmente puede quedar desajustada con la intención perseguida. Es cuanto refiere respecto al tan citado artículo 8º que alude a garantías "judiciales", y en seguida se refiere a un "juez o tribunal" […]

> Sin embargo, este alcance limitado sería notoriamente insuficiente, hoy día, para alcanzar los objetivos que se ha propuesto el sistema internacional de protección de los derechos humanos. Si las garantías provistas por el artículo 8º, que gobierna los más relevantes asuntos de la tutela procesal, se contrajeran al desempeño de los órganos judiciales, quedaría en desamparo la definición de derechos y libertades que se realiza por otras vías, formalmente distintas de la judicial, pero materialmente cercanas a ésta en cuanto sirven al mismo fin: definir derechos y fijar deberes. Por ejemplo, en diversos países la solución de las controversias entre la Administración Pública y el ciudadano se encomienda a los órganos judiciales; en otros, se entrega a órganos localizados fuera del Poder Judicial, bajo rubros jurisdiccionales o administrativos. En algunos Estados, la investigación de los delitos y la decisión sobre el empleo de la vía penal, una vez establecidos ciertos datos de hecho y derecho, queda en manos de una autoridad administrativa, el Ministerio Público -que ciertamente no es juez o tribunal-, mientras en otros se confía a jueces de instrucción, que tienen aquella naturaleza formal y material. Algunas decisiones trascendentales sobre afectación de propiedades, definición de derechos entre miembros de distintos sectores sociales, responsabilidad de servidores públicos y medidas de protección de niños y adolescentes (diferentes de las que son consecuencia de la violación de la ley penal) se han depositado en instancias judiciales, pero otras -que implican privación de derechos y sujeción a deberes- quedan a cargo de instancias de carácter diferente.
>
> Las experiencias nacionales históricas y contemporáneas permitirían agregar nuevos y abundantes ejemplos. La jurisprudencia de la Corte Interamericana a propósito del debido proceso, la tutela judicial, las garantías procesales o la preparación y el ejercicio de la defensa de los particulares -expresiones que coinciden en una sola preocupación- ha desarrollado en sentido progresivo -invariablemente garantista- los datos del debido proceso[783].

[783] *Caso Claude Reyes y otros*, cit., Sergio García Ramírez, voto razonado.

El maestro mexicano ya había llamado a estas garantías como una "frontera actual del procedimiento"[784] que se mueve como resulta necesario, sin capricho ni aventura, para ajustar la defensa de los seres humanos frente a requerimientos emergentes.

En este conjunto de derechos judiciales se dio la asistencia consular (que justamente no es un derecho reclamado a un órgano jurisdiccional), o la prédica de garantías mínimas del proceso penal que se han expandido para todo procedimiento sancionador.

> Todo ello -y desde luego me percato de que se trata de hipótesis de distinto signo, pero vinculadas por un mismo hilo conductor- pone de manifiesto una sola orientación tutelar que se identifica por el propósito de que las decisiones de las autoridades que definen derechos y deberes individuales, cualesquiera que aquéllas y éstos sean, satisfagan condiciones mínimas de objetividad, racionalidad y legalidad. En el *Caso Claude Reyes* he sostenido –dice García Ramírez- que la decisión del órgano administrativo que dispuso la información a la que tendrían acceso los solicitantes y aquella otra que no podrían recibir, constituyó un acto de definición de derechos -en la especie, el derecho de buscar y recibir determinada información, en los términos del artículo 13 del Pacto de San José- en cuya emisión no se observaron ciertas garantías previstas en el artículo 8º de la misma Convención. Esta inobservancia determinó que además de la afectación del artículo 13, sobre libertad de pensamiento y expresión, declarada por unanimidad de los integrantes de la Corte Interamericana, se presentase una vulneración del artículo 8º, a juicio de la mayoría, no seguido por dos integrantes de la Corte, por cuyo parecer tengo el mayor aprecio. De ahí que me permita expresar, en consecuencia de ese aprecio que me merecen mis colegas -lo mismo cuando coinciden que cuando difieren-, mis puntos de vista personales en un cotejo de opiniones legítimo y constructivo.

En verdad, si el debido proceso se construyera solo para lo judicial quedaría trunca la posibilidad de evitar las garantías de no repetición al dejar en los jueces la aplicación *ex post facto.*

De todos modos no es solamente la Corte IDH quien se ocupará del tema, pues con anterioridad, la Comisión había elaborado un largo informe sobre Debido Proceso Administrativo que compendiamos a continuación como Adenda.

8. Addenda[785]

[…] Un segundo aspecto a considerar en materia de acceso a la justicia y tutela efectiva de derechos económicos, sociales y culturales es el debido proceso en la esfera administrativa, en la que se dirimen la mayoría de las adjudicaciones de prestaciones sociales. Ni el área de las políticas sociales, ni las prestaciones estatales en materia social, han estado guiadas en su organización y funcionamiento por una lógica de derechos. Por el contrario, las prestaciones se han organizado y brindado mayormente bajo la lógica inversa de beneficios asistenciales, por lo

---

[784] Voto razonado en la OC-16.

[785] OEA/Ser.L/V/II.129. Doc. 4. 7 setiembre 2007. El acceso a la justicia como garantía de los derechos económicos, sociales y culturales. Estudio de los estándares fijados por el SIDH. El estudio fue encomendado por la CIDH al Comisionado Víctor Abramovich, como marco conceptual para el proceso de elaboración de los indicadores de progreso sobre derechos económicos, sociales y culturales del Protocolo de San Salvador, conforme a la resolución AG/RES. 2178 (XXXVI-O/06), aprobada el 6 de junio de 2006 por la Asamblea General de la OEA. Para su elaboración contó con el apoyo de la Secretaría Ejecutiva de la CIDH. En la elaboración de este estudio participó activamente la abogada Gabriela Kletzel, en el marco del proyecto de investigación sobre "estándares internacionales sobre acceso a la justicia" que se desarrolla en la Universidad de San Andrés de Argentina.

que este campo de actuación de las administraciones públicas ha quedado tradicionalmente reservado a la discrecionalidad política, más allá de que haya algunos controles institucionales.

96. Las funciones sociales del Estado se han ampliado a áreas tales como salud, vivienda, educación, trabajo, seguridad social, consumo o promoción de la participación de grupos sociales desaventajados. Sin embargo, ello no se ha traducido necesariamente, desde el punto de vista técnico, en la configuración concreta de derechos. En muchos casos, el Estado asumió esas funciones a partir de intervenciones discrecionales o de formas de organización de su actividad, como la provisión de servicios públicos, o la elaboración de programas o planes sociales focalizados. El efecto social y económico de tales funciones no se asigna particularmente a sujetos titulares de derechos, sean éstos individuales o colectivos. Sin embargo, no hay imposibilidad teórica o práctica alguna de configurar derechos exigibles también en estos campos, de modo de sumar a los mecanismos de control institucional, administrativos o políticos, el control que puedan ejercer sobre los prestadores o funcionarios, las personas que ejercen derechos vinculados a esas prestaciones sociales. No hay motivos que impidan reconocer la posibilidad de demandar en el plano de las políticas sociales derechos civiles, tales como el derecho de igualdad y no discriminación, el derecho de acceso a la información, ni derechos sociales que fijen marcos y mínimos a esas políticas. Es indudable que una perspectiva de derechos en la formulación de los planes debe conducir a contemplar, en su ingeniería institucional, los estándares básicos del debido proceso legal.

97. En este orden de ideas, el SIDH ha fijado posición sobre la aplicación de las garantías del debido proceso legal en ámbitos administrativos. Así, ha establecido la obligación de los Estados de contar con reglas claras para el comportamiento de sus agentes, a fin de evitar márgenes inadecuados de discrecionalidad en la esfera administrativa, que puedan fomentar prácticas arbitrarias o discriminatorias. Al mismo tiempo, el SIDH ha avanzado en la identificación de ciertos estándares del debido proceso legal que deben regir los procedimientos administrativos, tales como el plazo razonable, el derecho a la revisión judicial de decisiones administrativas, a contar con un abogado, a una decisión fundada, a la publicidad del actuar de la administración, entre otros.

A. El debido proceso en la esfera administrativa

98. En el marco del sistema interamericano, es clara la vigencia de las reglas del debido proceso legal en los procedimientos administrativos vinculados a derechos sociales. En efecto, la norma rectora de la garantía destaca expresamente su aplicabilidad a cualquier proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otra índole.

99. La Corte IDH ha tenido oportunidad de remarcar la plena aplicabilidad de la garantía en sede administrativa. Se ha expresado en tal sentido en el análisis de casos y situaciones que involucran derechos de los trabajadores, de los migrantes, de los pueblos indígenas. A la vez, recientemente se ha abocado al desarrollo de estándares en materia de la vinculación entre el debido proceso administrativo y el derecho de acceder a la información pública, en un caso vinculado al resguardo del medio ambiente.

100. En el Caso Baena Ricardo y otros[786], los peticionarios eran 270 empleados públicos que habían sido destituidos de sus cargos, acusándoseles de complicidad con una asonada militar, por haber participado en una manifestación por reclamos laborales, que coincidió con un intento de levantamiento de fuerzas militares. En un principio, los despidos tuvieron lugar mediante comunicación escrita, expedida en la mayoría de los casos por el Director General o Ejecutivo de la entidad, por orden del Presidente de la República, basada en

[786] *Caso Baena Ricardo y otros.* Sentencia de 2 de febrero de 2001. Serie C N° 72.

la participación en las medidas de fuerza supuestamente ilegales. Luego, con la sanción de una norma especial al efecto -la llamada "Ley 25", que fue aplicada retroactivamente- los directores de las instituciones autónomas y semi-autónomas, empresas estatales, municipales y demás dependencias públicas del Estado, fueron autorizados para que, previa identificación, declararan insubsistentes los nombramientos de los servidores públicos que participaron "en la organización, llamado o ejecución de acciones que atentaran contra la democracia y el orden constitucional". Así, con fundamento en la participación en las referidas medidas de fuerza, se declaró la insubsistencia de los nombramientos de los trabajadores restantes. Las destituciones se realizaron en palmaria vulneración de las normas que regulaban los procedimientos que debían observarse con miras al despido de un trabajador de estas entidades.

101. De acuerdo con la "Ley 25", contra el despido sólo cabía el recurso de reconsideración ante la misma autoridad que dictó el acto y el recurso de apelación ante la autoridad superior, agotándose con ello la vía administrativa. Posteriormente, el trabajador podía recurrir, en la jurisdicción contencioso-administrativa, ante la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia.

102. Los trabajadores plantearon distintos recursos ante diversas instancias, incluso demandas contencioso-administrativas ante la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, la cual declaró que los despidos eran legales con base en la "Ley 25".

103. La vulneración de los derechos de los trabajadores llevó a la Corte IDH a esbozar estándares relativos a la vigencia del debido proceso legal en la esfera administrativa, en la que tuvieron lugar los despidos. En su sentencia de 2 de febrero de 2001, la Corte IDH destacó en relación con los alcances del artículo 8 de la CADH:

> Si bien el artículo 8 de la Convención Americana se titula "Garantías Judiciales", su aplicación no se limita a los recursos judiciales en sentido estricto, "sino [al] conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales" a efectos de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier tipo de acto del Estado que pueda afectarlos. *Es decir, cualquier actuación u omisión de los órganos estatales dentro de un proceso, sea administrativo sancionatorio o jurisdiccional, debe respetar el debido proceso legal* (…) La Corte observa que el elenco de garantías mínimas establecido en el numeral 2 del artículo 8 de la Convención se aplica a los órdenes mencionados en el numeral 1 del mismo artículo, o sea, la determinación de derechos y obligaciones de orden "civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter". *Esto revela el amplio alcance del debido proceso*; el individuo tiene el derecho al debido proceso entendido en los términos del artículo 8.1 y 8.2, tanto en materia penal como en todos estos otros órdenes[787].

104. La Corte destacó respecto al debido proceso administrativo:

> Es un derecho humano el obtener todas las garantías que permitan alcanzar decisiones justas, no estando la administración excluida de cumplir con este deber. Las garantías mínimas deben respetarse en el procedimiento administrativo y en cualquier otro procedimiento cuya decisión pueda afectar los derechos de las personas.

105. Concluyendo, entonces, en relación con los hechos del caso y los derechos en juego:

> Los directores generales y las juntas directivas de las empresas estatales no son jueces o tribunales en un sentido estricto; sin embargo, en el presente caso las decisiones adoptadas por ellos afectaron derechos de los trabajadores, por lo que resultaba indispensable que dichas autoridades cumplieran con lo estipulado en el artículo 8 de la Convención (…) No escapa a la Corte que los despidos, efectuados sin las garantías del artículo 8 de la Convención, tuvieron graves consecuencias socioeconómicas para las personas despedidas

---

[787] *Caso Baena Ricardo y otros*, cit., párrafos 124 y 125.

> y sus familiares y dependientes, tales como la pérdida de ingresos y la disminución del patrón de vida. No cabe duda que, al aplicar una sanción con tan graves consecuencias, el Estado debió garantizar al trabajador un debido proceso con las garantías contempladas en la Convención Americana (…) la Corte concluye que el Estado violó los artículos 8.1, 8.2 de la Convención Americana, en perjuicio de los 270 trabajadores…[788].

106. De esta manera, un caso en el que se debaten derechos sociales por excelencia, como son los derechos de los trabajadores, resultó así, un claro ejemplo de la aplicabilidad de la garantía del debido proceso legal en sede administrativa.

107. Unos días después, la Corte IDH dictó su sentencia en el *Caso Ivcher Bronstein*[789]

El señor Bronstein, ciudadano peruano por naturalización, era accionista mayoritario, director y presidente del directorio de un canal de la televisión peruana. En dicho canal se realizaron denuncias de violaciones de derechos humanos por parte de miembros del Servicio de Inteligencia del Ejército, así como de presuntos actos de corrupción de integrantes del Servicio de inteligencia del Estado.

108. El 23 de mayo de 1997 el Comando Conjunto de las Fuerzas Armadas de Perú emitió un comunicado por el que denunciaba al señor Bronstein por llevar adelante una campaña difamatoria tendiente a desprestigiar a las Fuerzas Armadas. Ese mismo día, el Poder Ejecutivo del Perú expidió un decreto que reglamentó la Ley de Nacionalidad y estableció la posibilidad de cancelar la nacionalidad a los peruanos naturalizados. El 10 de julio de 1997 la Dirección General de Migraciones y Naturalización expidió un informe según el cual no se había encontrado en los archivos de esa Dirección el expediente que dio origen al título de nacionalidad del señor Ivcher, y no había sido demostrado que éste hubiera renunciado a su nacionalidad israelí. El 11 de julio de 1997 se emitió una "Resolución Directoral" firmada por el Director General de Migraciones y Naturalización, que dejó sin efecto legal el título de nacionalidad peruana expedido a favor del señor Ivcher Bronstein. La Dirección General de Migraciones y Naturalización no se comunicó con el señor Bronstein, antes de la emisión de la "resolución directoral" que dejó sin efecto legal su título de nacionalidad, con el fin de que presentase sus puntos de vista o las pruebas con que contara. Ante esta situación, el señor Bronstein presentó sendos recursos ante diversas y sucesivas instancias administrativas y judiciales; todos con resultado infructuoso.

109. Tras analizar el caso, la Corte IDH concluyó que el Estado peruano privó arbitrariamente al señor Bronstein de su título de nacionalidad por naturalización y con ello vulneró su derecho a la nacionalidad, así como a la garantía del debido proceso legal. En este sentido, la Corte entendió que el proceso administrativo por el que el Estado privó de su título de nacionalidad al señor Bronstein vulneró los derechos consagrados en los artículos 8.1 y 8.2 de la CADH.

110. Si bien se retomará este caso más adelante, es oportuno citar aquí las palabras de la Corte IDH en relación con la aplicabilidad de la garantía del debido proceso legal en sede administrativa:

> *Pese a que el artículo 8.1 de la Convención alude al derecho de toda persona a ser oída por un "juez o tribunal competente" para la "determinación de sus derechos", dicho artículo es igualmente aplicable a las situaciones en que alguna autoridad pública, no judicial, dicte resoluciones que afecten la determinación de tales derechos*[790].

---

[788] *Caso Baena Ricardo y otros*, cit., párrafos 130, 134 y 143.

[789] *Caso Ivcher Bronstein*. Sentencia de 6 de febrero de 2001. Serie C N°74.

[790] Caso *Ivcher Bronstein*, cit., párrafos 104 y105

111. Más recientemente, la Corte ha tenido oportunidad de volver a expresarse en este sentido. El *Caso Comunidad indígena Sawhoyamaxa*[791] requirió que la Corte IDH destacara, una vez más[792], la necesidad de garantizar el derecho a la tutela judicial efectiva para la reivindicación de tierras ancestrales indígenas. En dicho caso se alegó que el Estado paraguayo no había garantizado el derecho de propiedad ancestral de la Comunidad Sawhoyamaxa y sus miembros, ya que desde 1991 se encontraba en trámite su solicitud de reivindicación territorial, sin que se hubiera resuelto satisfactoriamente. Esto significó la imposibilidad de la comunidad y sus miembros de acceder a la propiedad y posesión de sus tierras e implicó mantenerla en un estado de vulnerabilidad alimenticia, médica y sanitaria, que amenazaba en forma continua su supervivencia e integridad. La Corte debió aquí analizar el desarrollo de una serie de procedimientos en sede administrativa tendientes al reconocimiento de derechos de la comunidad. La Corte IDH, declaró la vulneración del artículo 8 de la CADH en el caso y remarcó:

> En el presente caso la Corte ha sido llamada a pronunciarse sobre las alegadas violaciones a los derechos consagrados en los citados artículos en cuatro procedimientos sustanciados en sede interna, a saber: i) procedimiento de reconocimiento de líderes; ii) procedimiento de obtención de personalidad jurídica; iii) medidas de no innovar, y iv) procedimiento de reivindicación de tierras (…) En consecuencia, en el presente capítulo la Corte analizará si dichos procedimientos se desarrollaron con respeto a las garantías judiciales y dentro de un plazo razonable, así como si constituyeron un recurso efectivo para asegurar los derechos de los recurrentes. Para ello, la Corte recuerda que *el debido proceso legal debe respetarse en el procedimiento administrativo y en cualquier otro procedimiento cuya decisión pueda afectar los derechos de las personas*[793].

112. En otra sentencia reciente, la Corte reafirmó la postura reseñada. Se trata del Caso Claude Reyes y otros vs. Chile[794] en que la Corte debió decidir sobre los alcances del derecho de acceder a la información pública.

113. Claude Reyes, en su carácter de Director Ejecutivo de una organización no gubernamental especializada en el análisis de inversiones relacionadas con el uso de los recursos naturales, sometió una solicitud de información al Comité de inversiones extranjeras de Chile. El objeto era obtener información sobre un proyecto de explotación forestal con potencial impacto sobre el medio ambiente. El referido Comité se negó a entregarle parte de la información solicitada sin siquiera fundamentar dicha denegatoria por escrito. En sede judicial, las víctimas interpusieron sendos recursos a fin de que se le ordenara al Comité que respondiera al pedido de información y pusiera ésta a su disposición en un plazo razonable. En todas las instancias, el resultado de los recursos fue negativo.

114. Aun cuando se volverá en detalle sobre esta reciente sentencia de la Corte al momento de analizar los componentes del debido proceso legal en sede administrativa, identificados por el SIDH, cabe mencionar aquí que el tribunal puntualizó:

> El artículo 8.1 de la Convención no se aplica solamente a jueces y tribunales judiciales. *Las garantías que establece esta norma deben ser observadas en los distintos procedimientos en que los órganos estatales adoptan decisiones sobre la determinación de los derechos de las personas, ya que el Estado también otorga a*

---

[791] *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa*. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C N° 146.

[792] Tal como lo hiciera en el *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni*. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C N° 79 y en el *Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa*. Sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C N° 125.

[793] Cfr. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa*, cit., párrafos 81 y 82.

[794] *Caso Claude Reyes y otros*. Sentencia del 19 de setiembre de 2006. Serie C Nº 151.

autoridades administrativas, colegiadas o unipersonales, la función de adoptar decisiones que determinan derechos….(el destacado es propio)

115. Los estándares fijados y reafirmados una y otra vez en los distintos casos reseñados hasta aquí, dan cuenta del amplio margen de aplicabilidad que la Corte IDH ha considerado que corresponde asignar a la garantía del debido proceso legal, lo que destaca su plena vigencia frente al actuar de la Administración.

116. En este orden de ideas, es importante destacar que la CIDH también se ha ocupado de señalar en forma permanente la necesidad de garantizar el debido proceso legal en todo procedimiento en el que se diriman derechos y obligaciones, con expresa mención al procedimiento administrativo. De hecho, la CIDH se pronunció sobre el tema con anterioridad a que la Corte tuviera su primera oportunidad con el Caso Baena Ricardo y otros.

117. En abril de 1999, en su informe de fondo en el Caso Loren Riebe y otros[795], la CIDH analizó los alcances del derecho al debido proceso legal y destacó la necesidad de su respeto y garantía en sede administrativa.

118. Los sacerdotes Loren Riebe Star, Jorge Barón Guttlein y Rodolfo Izal Elorz eran representantes de la diócesis católica de San Cristóbal de las Casas en el estado de Chiapas, México. El 22 de junio de 1995 los tres religiosos fueron conducidos por la fuerza al aeropuerto de Tuxtla Gutiérrez y fueron luego trasladados en un avión del Gobierno hasta el aeropuerto de la Ciudad de México, donde fueron sometidos a un interrogatorio político por parte de autoridades mexicanas de inmigración. Las autoridades mexicanas comunicaron a los sacerdotes que no tenían derecho a ser asistidos por un abogado, ni a conocer los cargos en su contra, las respectivas pruebas, los nombres de quienes los acusaban o a ser defendidos en manera alguna. Finalmente, se les anunció que serían expulsados por "realizar actividades no permitidas por su status migratorio". A continuación, los sacerdotes fueron escoltados por agentes de migraciones e instalados en un vuelo con destino a los Estados Unidos. Recién a su arribo a ese país, recibieron un comunicado de la Secretaría de Gobernación de México, en el cual les hacían saber las causas de la deportación y las imputaciones hechas por las autoridades migratorias de México.

119. En su decisión sobre este caso, la CIDH reconoció la necesidad de fijar estándares en materia de procedimientos administrativos. Al efecto, decidió recurrir a los desarrollos que en la materia, ya habían sido proporcionados por la jurisprudencia del sistema europeo de derechos humanos[796], por tribunales constitucionales y por la doctrina especializada. Así, la CIDH resaltó:

> Por su parte, la Comisión Europea de Derechos Humanos ha establecido en términos generales que los derechos al debido proceso y a la defensa en juicio son aplicables a los procedimientos e investigaciones administrativas (…) Respecto a la amplitud de las garantías del debido proceso que deben observarse en el procedimiento administrativo, la Comisión ha notado coincidencia en la jurisprudencia de varios países. Por ejemplo, la Corte Constitucional de Colombia ha establecido en tal sentido que "toda actuación

---

[795] Comisión IDH, Informe Nº 49/99, Caso 11.610 *Loren Laroye Riebe Star, Jorge Barón Guttlein y Rodolfo Izal Elorz*, México, 13 de abril de 1999.

[796] La Comisión IDH citó los siguientes precedentes del Sistema Europeo de Derechos Humanos: "…Comisión Europea de Derechos Humanos, Caso Huber v. Austria, Anuario 1975 de la Convención Europea de Derechos Humanos, Martinus Nijhoff, La Haya 1976, párrafos 69 a 71. En el mismo sentido, la Corte Europea de Derechos Humanos consideró que los principios del debido proceso son aplicables, *mutatis mutandis*, a sanciones disciplinarias de carácter administrativo. Corte Europea, Caso Albert y Le Compte, Sentencia del 10 de febrero de 1983, Serie A Vol. 58, Consejo de Europa, Carl Heymanns Verlag KG, párrafo 39…" *Cfr. "Loren Laroye Riebe Star, Jorge Barón Guttlein y Rodolfo Izal Elorz*", *cit*., párrafo 66.

> administrativa deberá ser el resultado de un proceso en el que la persona tuvo la oportunidad de expresar sus opiniones así como de presentar las pruebas que demuestren su derecho, con plena observancia de las disposiciones procesales que lo regulen (…) No menos interesante es la perspectiva del jurista Agustín Gordillo sobre el particular: El principio de oír al interesado antes de decidir algo que lo va a afectar, no solamente es un principio de Justicia, es también un principio de eficacia, porque indudablemente asegura un mejor conocimiento de los hechos y por lo tanto lo ayuda a una mejor administración, además de una más justa decisión[797].

120. De esta manera, tras someter el caso al tamiz de antecedentes como los recién reseñados, la CIDH concluyó que:

> El Estado debía determinar derechos fundamentales de los sacerdotes procesados, y que las consecuencias de una decisión adversa --como la que resultó en definitiva—ameritaban *una interpretación razonable y lo más amplia posible del derecho al debido proceso*. Por ello, y teniendo en cuenta las normas de interpretación de la Convención Americana, la CIDH considera que tal derecho debió incluir la opción de ser asistidos por un abogado si así lo hubieran deseado los procesados, o por un representante de su confianza durante el procedimiento administrativo ejecutado en horas de la noche del 22 de junio de 1995 y de la madrugada del día siguiente en el aeropuerto de la Ciudad de México (…) La Comisión establece que el Estado mexicano negó a los sacerdotes Loren Riebe Star, Jorge Barón Guttlein, y Rodolfo Izal Elorz la garantía de una audiencia para la determinación de sus derechos. *Dicha garantía debió incluir el derecho a ser asistidos durante el procedimiento administrativo sancionatorio; a ejercer su derecho a la defensa disponiendo del tiempo indispensable para conocer las imputaciones que se les formularan, y en consecuencia para defenderse de ellas; y a disponer de un plazo razonable para preparar sus alegatos y formalizarlos, y para promover y evacuar las correspondientes pruebas. Por lo tanto, la CIDH concluye que el Estado violó el derecho a las garantías del debido proceso en perjuicio de las personas mencionadas, en contravención del artículo 8 de la Convención Americana*... (el destacado es propio)

121. En sus alegatos ante la Corte IDH en el citado Caso Baena Ricardo y otros, la CIDH volvió a fijar posición en la materia:

> En cuanto al artículo 8 de la Convención, la Comisión alegó que: a) *el debido proceso* no puede entenderse circunscrito a las actuaciones judiciales; *debe ser garantizado en todo trámite o actuación del Estado que pueda afectar los derechos e intereses de los particulares* (…) la administración debe actuar conforme a la legalidad y a los principios generales de racionalidad, razonabilidad y proporcionalidad, permitiendo a los destinatarios de los actos administrativos ejercer su derecho de defensa[798]… (el destacado es propio)

122. Por su parte, la Relatoría sobre Trabajadores Migratorios y Miembros de sus Familias también se ocupó de establecer estándares sobre los alcances del debido proceso legal. Así, en abril de 2001, en su Segundo Informe de Progreso, se pronunció sobre la vinculación entre los derechos de los trabajadores migrantes y el debido proceso legal en sede administrativa en los siguientes términos:

> En todo trámite o procedimiento de índole no penal a que pueda verse sometido un trabajador migratorio, debe regir también un cierto *quantum* de debido proceso (…) en todos los casos en los que está en juego el goce efectivo de un derecho o un interés legítimo, las decisiones de la autoridad pública deben adoptarse sólo después de que el interesado sea debidamente escuchado por las autoridades (…) Este principio de debido proceso, con este grado de flexibilidad, se aplica no sólo a las decisiones jurisdiccionales

---

[797] Cfr. *Loren Laroye Riebe Star, Jorge Barón Guttlein y Rodolfo Izal Elorz, cit*., párrs. 66, 67 y 69 y sus respectivas notas a pie.

[798] *Caso Baena Ricardo y otros*, cit., párrafo 116.

sino también a las que adoptan las autoridades administrativas en la esfera de su competencia…[799]

123. Los estándares hasta aquí reseñados permiten dar cuenta de la postura que el SIDH ha adoptado en materia de la aplicabilidad del debido proceso legal a la esfera administrativa. Como se ha evidenciado, tanto la CIDH como la Corte IDH se han pronunciado a favor de la plena vigencia de la garantía en dicho ámbito. Es de destacar que los casos e informes citados en este primer punto constituyen apenas un pequeño muestrario del escenario que se irá construyendo al precisar los diversos alcances que el SIDH le ha conferido al debido proceso administrativo.

B. Límites a la discrecionalidad Estatal

124. Los derechos sociales son, sin duda, los derechos más expuestos a la arbitrariedad de los órganos administrativos, pues suele ser mayor el margen de discrecionalidad del Estado para la fijación de muchas de las prestaciones que constituyen su objeto. Ante esta situación, a través de diversas decisiones, el SIDH se ha pronunciado a favor de la necesidad de limitar y condicionar la llamada discrecionalidad estatal.

125. En el referido caso Baena Ricardo y otros la Corte IDH fue enfática:

> *…En cualquier materia, inclusive en la laboral y la administrativa, la discrecionalidad de la administración tiene límites infranqueables, siendo uno de ellos el respeto de los derechos humanos. Es importante que la actuación de la administración se encuentre regulada, y ésta no puede invocar el orden público para reducir discrecionalmente las garantías de los administrados*[800]… (el destacado es propio)

126. En este mismo sentido se expresó la Corte en un caso de relevancia para el SIDH en materia del derecho a la seguridad social, el Caso Cinco Pensionistas. En dicho caso estaba en juego la reducción del monto de los haberes jubilatorios de cinco pensionistas, que habían trabajado en la Administración pública de Perú, y la falta de acatamiento de las decisiones judiciales que ordenaron su pago conforme a su régimen originario de cálculo.

127. Las víctimas habían prestado servicios en la Administración pública por más de 20 años. Concretamente, se desempeñaron como funcionarios de la Superintendencia de Banca y Seguros del Perú (conocida como "SBS"). Conforme a la normativa vigente al tiempo de su jubilación, el Estado les reconoció el derecho a una pensión de cesantía nivelable, progresivamente, de conformidad con la remuneración de los servidores públicos en actividad de las respectivas categorías, que ocuparan el mismo puesto o función análoga al que

---

[799] Cfr. Comisión IDH, *Segundo Informe de Progreso de la Relatoría sobre Trabajadores Migratorios y Miembros de sus Familias en el Hemisferio* (OEA/ser./l/v/i111 doc. 20 rev.), 16 abril 2001; párrafo 95. A la vez, en cuanto particularmente hace al proceso de determinación de estatus del trabajador migratorio, el informe indica: "…*la política migratoria está sólo condicionada al respeto general de los derechos humanos y, dentro de éstos, a las garantías del debido proceso* (…) la determinación de estatus del trabajador migratorio tiene consecuencias para su posibilidad de sobrevivir, de trabajar en condiciones dignas, y de alimentar y educar a su familia. Se afectan también su derecho a la vida familiar y a la protección especial de sus hijos menores (…) el valor en juego en estos trámites es similar al de la libertad, o por lo menos más cercano a ella que lo que puede verse afectado por el resultado de otros procedimientos administrativos o aun judiciales. En consecuencia, *el proceso que es debido debe satisfacer un piso mínimo bastante completo de garantías*" (el destacado es propio), Cfr. *Segundo Informe de Progreso de la Relatoría sobre Trabajadores Migratorios y Miembros de sus Familias en el Hemisferio, cit*., párrafo 98. La Comisión IDH ha retomado las consideraciones de la Relatoría sobre trabajadores migratorios y miembros de sus familias en el hemisferio, en su *Informe sobre Terrorismo y Derechos Humanos*. Cfr. *Informe sobre Terrorismo y Derechos Humanos*, cit., párrafos 400 y 401.

[800] *Caso Cinco Pensionistas.* Sentencia de 28 de febrero de 2003. Serie C Nº 98.

desempeñaban los pensionistas al momento en que cesaron de trabajar. Ahora bien, una vez que estos pensionistas ya gozaban de su jubilación conforme a este régimen de cálculo, la SBS redujo los montos de sus pensiones a la quinta o sexta parte de su valor nominal, según de quien se tratara y luego, desconoció las sentencias de la Corte Suprema de Justicia y del Tribunal Constitucional del Perú "que ordenaron a órganos del Estado peruano pagar a los pensionistas una pensión por un monto calculado de la manera establecida en la legislación vigente para el momento en que éstos comenzaron a disfrutar de un determinado régimen pensionario".

128. En este marco, la Corte se refirió nuevamente a los límites que cabe atribuirle al actuar de la Administración y a su relación con el debido proceso legal. En su sentencia de 28 de febrero de 2003, destacó el Tribunal:

> En vez de actuar arbitrariamente, si el Estado quería dar otra interpretación al Decreto-Ley N°20530 y sus normas conexas, aplicables a los cinco pensionistas, debió: a) realizar un procedimiento administrativo con pleno respeto a las garantías adecuadas, y b) respetar, en todo caso, por sobre las decisiones de la administración, las determinaciones que adoptaron los tribunales de justicia[801]

129. A su vez, el Caso Yean y Bosico[802]resultó un claro exponente de la necesidad de establecer límites y reglas por las que la Administración debe regirse. Tanto la CIDH en su demanda, como la Corte en su sentencia, determinaron que la restricción de los márgenes de discrecionalidad de las autoridades estatales se impuso en el caso en virtud de las prácticas discriminatorias a las que la Administración dominicana sometía a los hijos de haitianos nacidos en aquel país, al momento de intentar la inscripción tardía de su nacimiento.

130. En particular, el Estado dominicano, a través de las autoridades del Registro Civil, negó a las niñas Dilcia Yean y Violeta Bosico la emisión de sus partidas de nacimiento, a pesar de que ellas habían nacido en el territorio de este Estado y de que la Constitución de la República Dominicana establece el principio del *ius soli* para determinar quiénes son ciudadanos dominicanos. Al habérselas mantenido como apátridas durante varios años, las niñas debieron enfrentar una situación de continua ilegalidad y vulnerabilidad social y vieron vulnerado su derecho a la nacionalidad. A la vez, en el caso de la niña Violeta Bosico, esta situación redundó en la afectación de un derecho social esencial, del derecho a la educación. Lo anterior debido a que se vio imposibilitada de asistir a la escuela por un año, debido a la falta de documentos de identidad.

131. La ausencia de un mecanismo o procedimiento para apelar una decisión del Registro Civil ante la justicia, así como las acciones discriminatorias de los oficiales del Registro Civil que no permitieron a las niñas obtener sus actas de nacimiento, llevaron a la CIDH y a la Corte IDH a remarcar que el proceso administrativo debe necesariamente desenvolverse sobre la base de normas claras y objetivas tendientes a ceñir toda esfera de discrecionalidad y evitar, así, la vulneración de la prohibición de discriminación. En este sentido, el Tribunal expresó:

> La Corte considera que el principio de derecho imperativo de protección igualitaria y efectiva de la ley y no discriminación determina que los Estados, al regular los mecanismos de otorgamiento de la nacionalidad, deben abstenerse de producir regulaciones discriminatorias o que tengan efectos discriminatorios en los diferentes grupos de una

---

[801] Cfr. *Caso Cinco Pensionistas, cit.*, párr. 117. Es preciso aclarar que en este caso la Corte IDH consideró que no correspondía emitir un pronunciamiento sobre la violación del artículo 8 de la CADH, al entender que en el expediente no había suficientes elementos probatorios sobre este asunto. La violación del artículo 8 de la CADH no fue alegada por la Comisión IDH en su demanda ante la Corte; fueron los representantes de las víctimas quienes la incluyeron en el catálogo de vulneraciones a derechos que alegaron en su presentación. Sobre este punto, ver párrafos 149

[802] *Caso de las Niñas Yean y Bosico*. Sentencia de 8 de setiembre de 2005. Serie C Nº 130.

> población al momento de ejercer sus derechos (…) La Corte considera que al haber aplicado a las niñas, para obtener la nacionalidad, otros requisitos distintos a los exigidos para los menores de 13 años de edad, *el Estado actuó de forma arbitraria, sin criterios razonables u objetivos*, y de forma contraria al interés superior del niño, *lo que constituyó un tratamiento discriminatorio en perjuicio de las niñas Dilcia Yean y Violeta Bosico*. Esa condición determinó que ellas estuviesen al margen del ordenamiento jurídico del Estado y fuesen mantenidas como apátridas, *lo que las colocó en una situación de extrema vulnerabilidad, en cuanto al ejercicio y goce de sus derechos* (…) De acuerdo con la obligación derivada del artículo 2 de la Convención Americana, la Corte considera que *los requisitos para obtener la nacionalidad deben ser establecidos con anterioridad, de forma objetiva y clara por la autoridad competente*. En el mismo sentido**,** *la ley no debe otorgar una discrecionalidad amplia al funcionario del Estado que los aplica, porque de ser así se crearía un espacio para la aparición de actos discriminatorios*… [81] (el destacado es propio).

132. De esta manera, el SIDH reconoció en este caso una importante relación entre los alcances del debido proceso legal administrativo y el resguardo de una norma fundamental del sistema: la prohibición de discriminación. En este sentido, en el capítulo correspondiente a las reparaciones, la sentencia de la Corte IDH destaca:

> Este Tribunal considera que el Estado, al fijar los requisitos para la inscripción tardía de nacimiento, *deberá tomar en cuenta la situación especialmente vulnerable de los niños dominicanos de ascendencia haitiana*. Los requisitos exigidos no deben constituir un obstáculo para obtener la nacionalidad dominicana y deben ser solamente los indispensables para establecer que el nacimiento ocurrió en la República Dominicana (…) *Asimismo, los requisitos deben estar claramente determinados, ser uniformes y no dejar su aplicación sujeta a la discrecionalidad de los funcionarios del Estado, garantizándose así la seguridad jurídica de las personas que recurran a este procedimiento, y para una efectiva garantía de los derechos consagrados en la Convención Americana, de conformidad con el artículo 1.1 de la Convención* (…) La Corte también considera necesario que el Estado implemente, en un plazo razonable, *un programa para la formación y capacitación en derechos humanos, con especial énfasis al principio de igualdad ante la ley y no discriminación, de los funcionarios estatales encargados de la inscripción de nacimiento, en el cual se les instruya sobre la especial situación de los menores de edad y se impulse la cultura de tolerancia y no discriminación*… (el destacado es propio).

133. Así como en su sentencia en el Caso de las Niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana, la Corte IDH también tuvo oportunidad de expresarse sobre la necesidad de fijar límites en el actuar de la Administración en materia de sectores especialmente vulnerables, en la OC-17/02, *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*[803] y en la OC-18/03, *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*[804]. En la primera de estas opiniones consultivas, la Corte IDH expresó:

> Finalmente, conviene señalar que hay niños expuestos a graves riesgos o daños que no pueden valerse por sí mismos, resolver los problemas que les aquejan o encauzar adecuadamente su propia vida, sea porque carecen absolutamente de un medio familiar favorable, que apoye su desarrollo, sea porque presentan insuficiencias educativas, alteraciones de la salud o desviaciones de comportamiento que requieren la intervención oportuna (…) y esmerada de instituciones debidamente dotadas y personal competente para resolver estos problemas o mitigar sus consecuencias (…) Obviamente, estos niños *no quedan inmediatamente privados de derechos y sustraídos a la relación con sus padres o*

---

[803] Corte IDH, *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño.* Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A Nº 17.

[804] Corte IDH, *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados.* Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de setiembre de 2003. Serie A Nº18.

> *tutores y a la autoridad de éstos. No pasan al "dominio" de la autoridad, de manera tal que ésta asuma, fuera de procedimiento legal y sin garantías que preserven los derechos e intereses del menor, la responsabilidad del caso y la autoridad plena sobre aquél. En toda circunstancia, se mantienen a salvo los derechos materiales y procesales del niño. Cualquier actuación que afecte a éste debe hallarse perfectamente motivada conforme a la ley, ser razonable y pertinente en el fondo y en la forma, atender al interés superior del niño y sujetarse a procedimientos y garantías que permitan verificar en todo momento su idoneidad y legitimidad...* (el destacado es propio)

134. Por su parte, en la OC-18/03 el tribunal indicó:

> …Los Estados (…) no pueden discriminar o tolerar situaciones discriminatorias en perjuicio de los migrantes. Sin embargo, sí puede el Estado otorgar un trato distinto a los migrantes documentados con respecto de los migrantes indocumentados, o entre migrantes y nacionales, siempre y cuando este trato diferencial sea razonable, objetivo, proporcional, y no lesione los derechos humanos (…) Asimismo, los Estados pueden establecer mecanismos de control de ingresos y salidas de migrantes indocumentados a su territorio, los cuales deben siempre aplicarse con apego estricto a las garantías del debido proceso y al respeto de la dignidad humana[805].

135. Por último, vale la pena destacar en este punto un reciente caso en el que la CIDH se refirió, en particular, a los límites de la llamada discrecionalidad estatal.

136. En el Caso Eduardo Perales Martínez[806] el peticionario presentó una denuncia a la CIDH contra la República de Chile por la presunta violación de los derechos a las garantías judiciales (artículo 8), libertad de pensamiento y expresión (artículo 13) y recurso judicial (artículo 25), juntamente con la violación de la obligación de respetar los derechos (artículo 1.1), previstos en la CADH. Dichas violaciones habrían sido ocasionadas a raíz de la desvinculación del peticionario del cuerpo de Carabineros de Chile en 1998, según éste, por haber contado un chiste crítico de dicha Institución. El señor Perales Martínez denunció ante la CIDH que el Director de Carabineros, sin permitirle un proceso regular que lo declarara culpable, solicitó al Presidente de la República que dispusiera su destitución. Mediante el Decreto Supremo No. 304 de 3 de junio de 1998 expedido por el Ministerio de Defensa, se ordenó el retiro inmediato del funcionario, poniendo término a su carrera profesional de 13 años en la institución. En relación con el tema aquí desarrollado, la CIDH remarcó en su informe de admisibilidad sobre el caso:

> …Argumenta el peticionario que el Capitán Perales no tuvo las garantías propias del debido proceso. *Se alega que el Capitán no tuvo acceso a procedimiento alguno, a ser oído, a un juez natural, ni a una decisión imparcial.* Además se alega que la sanción le fue aplicada por un subordinado del General Director de Carabineros de Chile, quien ejerció una facultad que la ley no le confiere. *El peticionario también alega la violación al derecho al debido proceso administrativo (...) La Comisión encuentra que los hechos del caso presentan importantes cuestiones sobre los límites de las decisiones discrecionales en un Estado de Derecho y su relación con la Convención Americana.* En particular, la Comisión analizará en la etapa de fondo respectiva, *si los parámetros establecidos por la Convención admiten que una decisión puramente discrecional, tomada por el Presidente de la República, a proposición del general Director de Carabineros, a dar de baja un oficial de Policía, puede válidamente destituirlo cuándo afecta derechos individuales reconocidos bajo la Convención Americana y la Constitución chilena. ¿Tiene derecho un oficial de policía a un debido proceso en un procedimiento administrativo de carácter disciplinario -establecido por ley-, y el derecho a defenderse en contra de los cargos presentados? Y en caso de una respuesta afirmativa, ¿cuáles son las garantías requeridas para un debido*

---

[805] Cfr. OC-18/03, cit., párrafo 119.

[806] Comisión IDH, Informe N° 57/05, Petición 12.143, admisibilidad, *Eduardo Perales Martínez*, Chile, 12 de octubre de 2005.

> *proceso? Además, qué propósito tiene brindar garantías de debido proceso al acusado, si la última decisión sobre su remoción puede ser tomada por el Presidente, y ser puramente discrecional?* Si bien, la Comisión admite que los Estados tienen la competencia de ejercer determinadas facultades discrecionales en el ejercicio de algunas de sus decisiones políticas de gobierno –por ejemplo, la designación y remoción de altos funcionarios de política como los Ministros de Despacho-, *lo que determinará la Comisión en el presente caso es si, de acuerdo con la Convención Americana, pueden invocarse dichas facultades discrecionales para afectar situaciones que involucran el ejercicio de derechos individuales* (…) En este sentido, *la Comisión encuentra que la cuestión que se debate podría caracterizar violaciones a los artículos 8, 13 y 25 de la Convención Americana…* (El destacado es propio)

137. Las sentencias, opiniones consultivas e informes aquí reseñados, evidencian la evolución del SIDH en materia de fijación de estándares relativos al establecimiento de normas y pautas para la actuación de las autoridades estatales y la consagración de un debido proceso legal en la esfera administrativa.

C. Elementos que componen el debido proceso en sede administrativa

138. Una vez clarificada la posición del SIDH en relación con la aplicabilidad del debido proceso legal en sede administrativa, es dable precisar el contenido que la CIDH y la Corte IDH han considerado que corresponde otorgarle a la garantía. Es decir, corresponde ahora especificar los distintos elementos que dichos órganos han ido identificando como sus componentes esenciales.

1. La garantía de una audiencia de determinación de derechos. El derecho a la representación legal

139. En su informe de fondo en el ya citado Caso Loren Riebe y otros ya citado, la CIDH consideró que el Estado negó a las víctimas la garantía de una audiencia para la determinación de sus derechos.

140. De acuerdo con la Comisión Interamericana, dicha garantía debió incluir: a) el derecho a ser asistidos durante el procedimiento administrativo sancionatorio; b) el derecho a ejercer su derecho a la defensa disponiendo del tiempo indispensable para conocer las imputaciones que se les formularan, y en consecuencia para defenderse de ellas; y c) el derecho a disponer de un plazo razonable para preparar sus alegatos y formalizarlos, y para promover y evacuar las correspondientes pruebas.

141. Al entender que dichos derechos no fueron garantizados en el caso, la CIDH concluyó que el Estado mexicano violó el derecho a la garantía del debido proceso legal de los sacerdotes, en contravención del artículo 8 de la CADH[807].

---

[807] Concretamente, la CIDH expresó: **"**…La Comisión establece que el Estado mexicano negó a los sacerdotes Loren Riebe Star, Jorge Barón Guttlein, y Rodolfo Izal Elorz la garantía de una audiencia para la determinación de sus derechos. Dicha garantía debió incluir el derecho a ser asistidos durante el procedimiento administrativo sancionatorio; a ejercer su derecho a la defensa disponiendo del tiempo indispensable para conocer las imputaciones que se les formularan, y en consecuencia para defenderse de ellas; y a disponer de un plazo razonable para preparar sus alegatos y formalizarlos, y para promover y evacuar las correspondientes pruebas. Por lo tanto, la CIDH concluye que el Estado violó el derecho a las garantías del debido proceso en perjuicio de las personas mencionadas, en contravención del artículo 8 de la Convención Americana…" *Cfr. Loren Laroye Riebe Star, Jorge Barón Guttlein y Rodolfo Izal Elorz, cit*, párrafo 71.

142. En cuanto hace específicamente a la vulneración al derecho a ser asistido jurídicamente durante el procedimiento administrativo, la CIDH remarcó en su informe:

> *La Comisión ha establecido ya que el Estado mexicano debió haber garantizado a los peticionarios el derecho de representación durante el procedimiento administrativo*. Dicha conclusión se sustenta no solo en la garantía de audiencia en el contexto del presente caso, sino también desde el punto de vista de la tutela judicial efectiva (…) La ausencia de un abogado de confianza de los sacerdotes resulta relevante al analizar la protección judicial, pues tal profesional podía haber asesorado a sus representados respecto al derecho que les asistía de interponer una acción de amparo inmediatamente, a fin de evitar la consumación de las violaciones aquí expuestas (…) Respecto a la presencia del abogado en la audiencia (…) el motivo es la asesoría que el mismo habría podido brindar a sus clientes, ante la inminencia de una decisión que iba a afectar sus derechos fundamentales. Por ejemplo, un abogado de confianza podría haber explicado a los sacerdotes acerca de la "sencillez y rapidez" de las reglas sobre el amparo que describió el Estado en su respuesta al Informe Nº 41/98, lo cual les hubiera permitido interponerlo antes de que terminara de consumarse el cuadro violatorio descrito en este informe… (el destacado es propio).

143. De esta manera, la CIDH concluyó que en el caso también se había configurado la vulneración del derecho a la protección judicial consagrado en el artículo 25 de la CADH.

144. La decisión de la CIDH en el caso demuestra la entidad de los derechos específicamente violados y su carácter de elementos integrantes del debido proceso legal en sede administrativa.

2. La notificación previa sobre la existencia del proceso

145. Al presentar sus alegatos de fondo en el referido Caso Ivcher Bronstein, la CIDH continuó identificando los elementos componentes de la garantía en sede administrativa. Esto pues, determinó que la privación del título de nacionalidad del señor Bronstein había tenido lugar en forma arbitraria y que en el caso se había configurado la violación al artículo 8 de la CADH con los siguientes argumentos:

> En cuanto al artículo 8 de la Convención, la Comisión alegó que (…)…c) la privación del título de nacionalidad del señor Ivcher se efectuó en forma arbitraria. *Para la emisión de la resolución que dejó sin efecto dicho título no se citó en ninguna oportunidad al señor Ivcher, éste no recibió comunicación previa y detallada del asunto sujeto al conocimiento de la autoridad, con información de los cargos correspondientes, no se le hizo conocer que el expediente de nacionalización se había perdido, ni se le requirió que presentara copias con el fin de reconstruirlo; tampoco se le permitió presentar testigos que acreditaran su posición; en suma, no se le permitió ejercer su derecho de defensa*… (el destacado es propio).

Es de destacar que la CIDH utilizó en su análisis la interpretación que la jurisprudencia local mexicana realizaba del artículo 14 de la Constitución de dicho Estado. Así destacó en su informe: "…Los tribunales mexicanos se han pronunciado respecto a las formalidades esenciales del procedimiento administrativo, identificándolas como "las que garantizan una adecuada y oportuna defensa previa al acto privativo". La garantía de audiencia establecida por el artículo 14 constitucional consiste en otorgar al gobernado la oportunidad de defensa previamente al acto privativo de la libertad, propiedad, posesiones o derechos, y su debido respeto impone a las autoridades, entre otras obligaciones, la de que en el juicio que se siga "se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento". Estas son las que resultan necesarias para garantizar la defensa adecuada antes del acto de privación, y que, de manera genérica, se traducen en los siguientes requisitos: 1) la notificación del inicio del procedimiento y sus consecuencias; la oportunidad de ofrecer y desahogar pruebas en que se finque la defensa; 3) la oportunidad de alegar; 4) el dictado de una resolución que dirima las cuestiones debatidas. De no respetarse estos requisitos, se dejaría de cumplir con el fin de la garantía de audiencia, que es evitar la indefensión del afectado…". Cfr.*Loren Laroye Riebe Star, Jorge Barón Guttlein y Rodolfo Izal Elorz,* cit, párrafo 51.

146. De esta manera, la CIDH destacó la importancia que posee la notificación previa sobre la existencia misma del proceso para el resguardo del debido proceso legal, y lo identificó como un componente esencial de la garantía.

147. Igualmente, cabe referirse al Caso Elías Gattass Sahih[808] en que se alega la violación del derecho a las garantías judiciales del debido proceso en el trámite administrativo en el marco del cual se le revocó la visa de inmigrante al peticionario. En dicho caso, la Comisión declaró la admisibilidad al entender que "la petición se refiere a una serie de aspectos relacionados con los derechos a las garantías judiciales del debido proceso de los ciudadanos extranjeros en los procesos de revocación de su estatus migratorio". Así, entendió que los hechos alegados en el caso podrían constituir una violación al artículo 8 de la CADH. En cuanto aquí resulta relevante, debe destacarse que entre los elementos que la CIDH tuvo en cuenta para llegar a tal conclusión estuvo, precisamente, el hecho de que el señor Gattass Sahih no fue notificado de la existencia del trámite administrativo en su contra.

3. El derecho a contar con una decisión fundada

148. Otro elemento al que el SIDH ha conferido un papel relevante al analizar los alcances del debido proceso administrativo, es el derecho a contar con una decisión fundada.

149. En el citado caso Claude Reyes y otros, la Corte IDH fue enfática en cuanto a la necesidad de que la Administración desarrolle los fundamentos de sus decisiones y los ponga a disposición de los administrados. En el caso, la autoridad estatal se negó a resolver en forma satisfactoria una solicitud de información sin siquiera plasmar dicha denegatoria en una decisión escrita y debidamente fundada. Esta situación determinó que la Corte entendiera que tal actuar de la Administración resultó arbitrario y determinó la violación de la CADH. Concretamente, el tribunal estableció:

> En el presente caso *la autoridad estatal administrativa encargada de resolver la solicitud de información no adoptó una decisión escrita debidamente fundamentada, que pudiera permitir conocer cuáles fueron los motivos y normas en que se basó para no entregar parte de la información en el caso concreto y determinar si tal restricción era compatible con los parámetros dispuestos en la Convención, con lo cual dicha decisión fue arbitraria y no cumplió con la garantía de encontrarse debidamente fundamentada protegida en el artículo 8.1 de la Convención*. (...) Por lo anteriormente indicado, la Corte concluye que la referida decisión de la autoridad administrativa violó el derecho a las garantías judiciales consagrado en el artículo 8.1 de la Convención, en relación con el artículo 1.1 de dicho tratado…

150. Por su parte, la CIDH también entendió en casos que involucran el deber de las autoridades estatales de fundar y difundir sus decisiones.

151. En este sentido, lo hizo recientemente en un caso en el que incluso consideró la necesidad de aplicar el principio *iura novit curia* a fin de declarar su admisibilidad en virtud del artículo 8 de la CADH. En el caso, las presuntas víctimas son miembros de las fuerzas de seguridad chilena que alegan haber sido despedidos del cuerpo de carabineros, por alegarse su participación en una manifestación por la distribución de un beneficio de carácter económico adicional, que consideraron desigual. En su petición, expresan que no tuvieron acceso a las piezas del proceso, que tampoco tuvieron ninguna actuación en él y que, como consecuencia, se vieron ante la imposibilidad de producir e impugnar pruebas por lo que no pudieron hacer uso en la forma debida del derecho a defensa en sede administrativa. Afirman además que su

---

[808] Comisión IDH, Informe Nº 9/05, Petición 1/03, Admisibilidad, *Elías Gattass Sahih*, Ecuador, 23 de febrero de 2005.

exclusión de la fuerza fue realizada sin fundamento, sin debido proceso y sin constar el motivo de la baja de calificación por escrito. Como se adelantara, frente a este panorama, la CIDH destacó:

> En consecuencia y aunque no han sido invocados por los peticionarios, en aplicación del principio *iuria novit curia*, la Comisión Interamericana considera que los hechos descritos podrían constituir violaciones de los derechos a las garantías judiciales y protección judicial, protegidos por los artículos 8 y 25 de la Convención Americana. Asimismo, la Comisión considera que podrían constituirse violaciones a las obligaciones que tiene el Estado en virtud de los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana[809]…

152. En el Caso Roger Herminio Salas Gamboa, el peticionario alegó la vulneración del artículo 8 de la Convención Americana por la negativa del Consejo Nacional de la Magistratura de motivar e informar a los magistrados sometidos a evaluación, los resultados de las mismas. En el particular, las violaciones denunciadas se relacionan con presuntas irregularidades cometidas por el Consejo Nacional de la Magistratura en el procedimiento de no ratificación de la presunta víctima, en su cargo como Vocal Titular de la Corte Suprema de Justicia de la República. El señor Salas Gamboa alegó que las decisiones del Consejo Nacional de la Magistratura son arbitrarias pues no se motivan, ni se informa a los evaluados sobre las razones que se tuvieron en cuenta en la decisión adoptada. En este marco, la CIDH decidió declarar la admisibilidad del caso, estableciendo que los hechos denunciados podrían constituir una violación al artículo 8 de la CADH.

4. La publicidad de la actuación administrativa

153. El SIDH también se ha expedido sobre la necesidad de garantizar la publicidad del actuar de la administración. En este orden de ideas, en el *Informe sobre Terrorismo y Derechos Humanos,* la CIDH se manifestó a favor de la publicidad en sede administrativa:

> …Otro aspecto adicional del derecho al acceso a la información es "la presunción de que todas las reuniones de los órganos gubernamentales son abiertas al público". Esta presunción es aplicable a toda reunión en que se ejerzan poderes de toma de decisión, incluyendo las actuaciones administrativas, las audiencias de tribunales y los procedimientos legislativos. Toda limitación a la apertura de las reuniones debe estar sujeta a los mismos requisitos que la retención de información[810].

154. En el mismo sentido, la Corte IDH al resolver el caso "Claude Reyes y otros vs. Chile instó a la gestación de procedimientos tendientes a garantizar el acceso a información bajo el control del Estado. Específicamente, manifestó que estos procedimientos deben contemplar las debidas garantías conforme a la CADH. Así, expresó en su sentencia que de forma tal de acatar el mandato previsto en el artículo 2 de la Convención Americana era preciso que Chile adoptara las medidas necesarias para garantizar la protección al derecho de acceso a la información bajo el control del Estado, dentro de las cuales identificó la necesidad de garantizar la efectividad de un procedimiento administrativo adecuado para la tramitación y resolución de las solicitudes de información, que fije plazos para resolver y entregar la información, y que se encuentre bajo la responsabilidad de funcionarios debidamente capacitados.

155. Se evidencia así, la importancia que el SIDH le ha asignado a la garantía de la publicidad en sede administrativa, correspondiendo su consideración, entonces, como uno de los elementos del debido proceso legal.

---

[809] Cfr. Comisión IDH, Informe N° 21/04, Petición 12.190, Admisibilidad, J*osé Luis Tapia González y otros*, Chile, 24 de febrero de 2004, párrafo 36.

[810] Cfr. *Informe sobre Terrorismo y Derechos Humanos*, *cit*., párrafo 287.

5. El derecho al plazo razonable del proceso administrativo

156. Otro elemento al que se le ha conferido un papel relevante en relación con la garantía del debido proceso legal en sede administrativa, es el derecho al plazo razonable del proceso administrativo. En este sentido, es de destacar que existen circunstancias propias del diseño y el funcionamiento de los mecanismos de determinación de derechos, que tienen efecto directo sobre los mismos. Así, resulta relevante la garantía de "tiempo razonable" aplicada a los procesos en los que se determinan obligaciones en materia de derechos económicos y sociales, pues resulta obvio que la duración excesiva de los procesos puede causar un daño irreparable para el ejercicio de estos derechos que, como se sabe, se rigen por la urgencia, forzando a la parte débil a transar o resignar la integridad de su crédito.

157. Tanto la CIDH como la Corte IDH han desarrollado las vinculaciones entre el debido proceso legal en sede administrativa y el derecho al plazo razonable de los procedimientos.

158. En su demanda en el caso "Comunidad indígena Yakye Axa del Pueblo Enxet-Lengua contra la República de Paraguay"[811] la Comisión hizo referencia a tal particular relación. En dicha oportunidad, la CIDH alegó que el Estado paraguayo no había garantizado el derecho de propiedad ancestral de la Comunidad indígena Yakye Axa y sus miembros, ya que desde 1993 se encontraba en trámite la solicitud de reivindicación territorial de la comunidad, sin que se hubiera resuelto satisfactoriamente. Esta situación significó la imposibilidad de la comunidad y sus miembros de acceder a la propiedad y posesión de su territorio e implicó mantenerla en un estado de vulnerabilidad alimenticia, médica y sanitaria, que amenazaba en forma continua la supervivencia de los miembros de la Comunidad y la integridad de la misma. Específicamente, en relación con la duración de los diversos procedimientos administrativos encausados por la Comunidad a fin de obtener la reivindicación de su territorio ancestral, la CIDH manifestó:

> …3.1. *Gestiones realizadas ante la autoridad administrativa a Solicitud de reconocimiento de líderes y personería jurídica de la Comunidad Indígena Yakya Axa* (…) En este punto la Comisión observa que los trámites de reconocimiento de líderes y de personería jurídica de la Comunidad demoraron entre tres y cinco años en resolverse *y de acuerdo a la legislación paraguaya sobre la materia debieron realizarse en sólo meses (...)* En el caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa del Pueblo Enxet-Lengua y sus miembros, en el año 1993 los líderes de la Comunidad solicitaron, de acuerdo al procedimiento administrativo contemplado para tal efecto en el derecho interno paraguayo, la restitución de su territorio ancestral. Durante los años de trámite de la solicitud se han evacuado diferentes diligencias por los órganos administrativos encargados de dar trámite a dicha solicitud, esto es el INDI y el IBR, quienes deben, por ley, entregar soluciones definitivas a las solicitudes que se les planteen. Es más, el propio Poder Ejecutivo ha solicitado al Poder Legislativo la expropiación de una parte del territorio ancestral reivindicado por la Comunidad Indígena, siendo rechazada tal solicitud por el Congreso Nacional de Paraguay. *Han transcurrido más de 10 años desde que se iniciaron por parte de la Comunidad los trámites requeridos, sin que hasta la fecha se les haya tutelado efectivamente el derecho de propiedad de la Comunidad y sus miembros*(…) *El recurso administrativo contemplado para solucionar la reivindicación de la Comunidad Indígena Yakye Axa, de acuerdo al procedimiento establecido en la Ley sobre Estatuto de las Comunidades Indígenas, no ha sido efectivo para la solución definitiva de la reclamación de la Comunidad*. (el destacado es propio).

159. En esta línea, cuando la Corte fue llamada a resolver, remarcó con énfasis la violación al principio del plazo razonable que tuvo lugar en el caso, y, en consecuencia, al derecho a las garantías judiciales, interpretado en un sentido amplio. La Corte expresó:

---

[811] *Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa*. Sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C Nº 125.

> …La Corte ha constatado que el 15 de agosto de 1993 los miembros de la Comunidad Yakye Axa solicitaron al INDI el reconocimiento de los señores Tomás Galeano y Esteban López como líderes de la Comunidad y su inscripción en el Registro Nacional de Comunidades Indígenas (…); no fue sino hasta el 18 de septiembre de 1996 que el Presidente del Consejo Directivo del INDI emitió una resolución mediante la cual aceptó dicha solicitud (…) *El plazo de tres años, un mes y tres días para resolver una solicitud cuya complejidad era mínima, cuando el plazo legal es de treinta días, desconoce el principio del plazo razonable* (…) La Corte ha constatado que el 21 de mayo de 1998 se iniciaron los trámites ante el INDI para el reconocimiento de la personería jurídica de la Comunidad Yakye Axa (…) El decreto mediante el cual se reconoció la personería jurídica de la Comunidad fue emitido el 10 de diciembre de 2001, es decir, tres años, seis meses y 19 días después (…) *La Corte considera que la complejidad de este procedimiento era mínima y que el Estado no ha justificado la mencionada demora, en consecuencia, el Tribunal la considera desproporcionada* (…) La Corte considera que *una demora prolongada, como la que se ha dado en este caso, constituye en principio, por sí misma, una violación de las garantías judiciales. La falta de razonabilidad, sin embargo, puede ser desvirtuada por el Estado, si éste expone y prueba que la demora tiene directa relación con la complejidad del caso o con la conducta de las partes en el mismo* (…) Sin embargo, *el Tribunal advierte que las demoras en el proceso administrativo que se examina en la presente Sentencia no se han producido por la complejidad del caso, sino por las actuaciones sistemáticamente demoradas de las autoridades estatales*… (el destacado es propio).

160. Es interesante advertir el estándar que la Corte IDH fija en el caso. El tribunal establece que una demora prolongada en un procedimiento administrativo, configura, en principio, una vulneración del artículo 8 de la CADH y que para desvirtuar tal conclusión, el Estado debe demostrar debidamente que la lentitud del proceso tuvo origen en la complejidad del caso o en la conducta de las partes en el mismo.

161. En paralelo, en el ya citado caso de la "Comunidad indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay"[812] la CIDH y la Corte también analizaron la vulneración al principio del plazo razonable. La Comisión destacó, en este sentido:

> …En el presente caso en el año 1991 los líderes de la Comunidad Sawhoyamaxa solicitaron, de acuerdo al procedimiento administrativo contemplado para tal efecto en el derecho interno paraguayo, la restitución de una parte de su territorio ancestral. Desde el año 1991 se han realizado diferentes diligencias por parte de los órganos administrativos encargados de dar trámite a dicha solicitud, esto es el INDI y el IBR, quienes, como se expresó en líneas anteriores, están obligados por la propia ley paraguaya a entregar soluciones definitivas a las solicitudes que se les planteen. Sin embargo, han transcurrido más de 13 años desde que se iniciaron los trámites requeridos, sin que se haya tutelado efectivamente el derecho de la Comunidad Sawhoyamaxa a la propiedad de su territorio ancestral *(...) A la luz de los artículos 25 y 8.1 de la Convención y de las disposiciones del Convenio N° 169, el Estado paraguayo tiene la obligación de proveer a la Comunidad Indígena de un recurso efectivo y eficiente para solucionar su reclamación territorial, el deber de garantizar que la Comunidad sea oída con las debidas garantías* y *el deber de determinar un plazo razonable para garantizar los derechos y obligaciones sometidos a su jurisdicción* (…) La Comisión observa que el Estado paraguayo no ha garantizado un recurso efectivo y eficaz para responder a las reclamaciones de territorio ancestral de la Comunidad Sawhoyamaxa, impidiéndosele por tanto ser oída en un proceso con las debidas garantías, por lo que la Comisión considera que el Estado de Paraguay violó los artículos 25 y 8 de la Convención en perjuicio de la Comunidad Indígena Sawhoyamaxa y sus miembros… (el destacado es propio).

162. A su turno, la Corte resolvió:

---

[812] *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa*. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C Nº 146.

> …La Comisión alegó que el Estado no ha garantizado el derecho de propiedad ancestral de la Comunidad Sawhoyamaxa y sus miembros, ya que desde 1991 se encontraría en tramitación su solicitud de reivindicación territorial, sin que se haya resuelto satisfactoriamente. De acuerdo con lo manifestado por la Comisión en su demanda, esto ha significado la imposibilidad de la Comunidad y sus miembros de acceder a la propiedad y posesión de sus tierras y ha implicado mantenerla en un estado de vulnerabilidad alimenticia, médica y sanitaria, que amenaza en forma continua su supervivencia e integridad (…) La Corte ha constatado que el 7 de septiembre de 1993 se iniciaron los trámites ante el INDI para el reconocimiento de lo que en el Paraguay se conoce como "personería jurídica" de la Comunidad Sawhoyamaxa (...), y que el decreto mediante el cual se reconoció ésta fue emitido el 21 de julio de 1998, es decir, cuatro años, diez meses y catorce días después (...) *Teniendo en cuenta lo anterior, y considerando que la complejidad de este procedimiento era mínima y que el Estado no ha justificado la mencionada demora, el Tribunal la considera desproporcionada y como una violación del derecho a ser oído dentro de un plazo razonable, conforme al artículo 8.1 de la Convención Americana*. (el destacado es propio).

163. Por último, es dable mencionar que en el caso citado de "Loren Laroye Riebe Star, Jorge Barón Guttlein y Rodolfo Izal Elorz vs. México", la Comisión ya se había referido a la virtualidad del principio del plazo razonable, aunque, esta vez, no para marcar la existencia de una demora injustificada sino para dar cuenta de la irrazonable brevedad del procedimiento administrativo al que fueron sometidos los tres sacerdotes. En dicha oportunidad, la CIDH manifestó:

> …Resulta evidente que los tres sacerdotes no tuvieron la oportunidad para preparar su defensa, formular sus alegatos y promover las pruebas pertinentes, teniendo en cuenta lo irrazonablemente breve del plazo en que se ejecutó la decisión gubernamental, y la distancia que los separaba del lugar de su residencia permanente en el Estado de Chiapas, donde se encontraban los testigos o documentos que podrían haber ofrecido en su descargo(…) En virtud del análisis que antecede, la CIDH considera que las autoridades no cumplieron en tal procedimiento los requisitos exigidos por el texto expreso de la legislación mexicana, por la jurisprudencia de los órganos jurisdiccionales de dicho país y por la Convención Americana, para hacer efectivo el derecho de audiencia consagrado en el artículo 14 de la Constitución mexicana, compatible con el artículo 8 de la Convención Americana y con otros instrumentos internacionales de derechos humanos[813].

6. El derecho a la revisión judicial de decisiones administrativas

164. Un último elemento de la garantía del debido proceso legal administrativo que ha tenido recepción y desarrollo en el marco del SIDH es el derecho a la revisión judicial de decisiones administrativas. En este sentido, debe destacarse que la ausencia de mecanismos judiciales adecuados para efectuar una revisión amplia de las decisiones administrativas también tiene efectos directos sobre la vigencia de los derechos sociales, desde que muchos de estos derechos dependen de la adopción de decisiones administrativas.

165. Los estándares fijados en relación con el ya comentado "Caso de las niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana"[814] resultan ilustrativos en esta materia. Tanto en su demanda ante la Corte, como al momento de alegar ante ésta, la CIDH se detuvo especialmente en la imposibilidad que enfrentaron las víctimas para recurrir las decisiones del Registro civil dominicano que les negó la inscripción tardía de su nacimiento. En su escrito inicial ante la Corte, la CIDH explicó:

---

[813] Cfr. *Loren Laroye Riebe Star, Jorge Barón Guttlein y Rodolfo Izal Elorz*, *cit*, párrafo 60.

[814] *Caso de las Niñas Yean y Bosico*. Sentencia de 8 de setiembre de 2005. Serie C Nº 130.

> …De acuerdo con la ley dominicana, existen dos vías procesales, la administrativa y la judicial, para la revisión de las resoluciones del Registro Civil sobre las declaraciones tardías. La vía administrativa se refiere a la revisión que realiza el Procurador Fiscal sobre las resoluciones del Registro civil, las cuales también pueden ser revisadas por la Junta Central Electoral. La segunda vía se refiere a la revisión que realiza el Juzgado de Primera Instancia. La Comisión considera que las dos vías son contradictorias e insuficientes, toda vez que no proveen la oportunidad de apelar una decisión negativa de las autoridades del Registro Civil de manera consistente con el artículo 8 de la Convención. Las madres de Dilcia y Violeta trataron de registrar los nacimientos de las niñas, pero sus solicitudes fueron rechazadas por oficiales del Registro Civil y a pesar de los esfuerzos de las demandantes, sus solicitudes nunca fueron revisadas por un tribunal competente (…) Del análisis de la documentación aportada en el trámite ante ella, la Comisión observó y concluyó que no existe en la legislación interna una disposición legal que permita a un particular apelar la decisión que el Procurador Fiscal adopte en virtud del artículo 41 (vigente) ante un Juzgado de Primera Instancia, ya que de acuerdo con la Ley 659 sobre Actos del Estado Civil es el Procurador Fiscal quien está a cargo de presentar las declaraciones tardías ante el Juzgado de Primera Instancia y en el presente caso ello no sucedió (…) El procedimiento establecido en el artículo 41 de la Ley 659 indica las etapas a seguir por parte de las autoridades en el supuesto de que se presenten los requisitos establecidos por la Junta Central Electoral; sin embargo, cabe señalar que ni este artículo, ni ningún otro, menciona cómo acceder a la instancia judicial de manera directa e independiente, en el caso que los demandantes deseen impugnar la decisión negativa del Procurador Fiscal. Por ello, la Comisión considera que la Ley 659 no contempla un recurso para acceder a un tribunal que permita revisar y corregir los actos de los oficiales administrativos[815].

166. Frente a esta situación, la CIDH expresó que la reglamentación existente en República Dominicana impidió el acceso de las niñas Violeta y Dilcia y de sus madres a un recurso judicial que permitiese cuestionar la negativa de las autoridades administrativas a otorgarles el registro tardío y de esta manera obtener la tutela judicial de sus derechos fundamentales. Destacó que del artículo 8.1 de la CADH – que consagra el derecho de acceso a la justicia – se desprende que los Estados no deben interponer trabas a las personas que acudan a los jueces o tribunales en busca de que sus derechos sean determinados o protegidos. Así, toda norma o medida del orden interno que dificulte el acceso de los individuos a los tribunales, y que no esté justificada por las razonables necesidades de la propia administración de justicia, debe entenderse contraria al artículo 8.1. Por lo tanto, concluyó que la normativa que establece que solamente procede la remisión por parte del Fiscal al Tribunal de Primera Instancia de la negativa de inscripción tardía, constituye un obstáculo no justificado para que las niñas Dilcia y Violeta y sus madres accedan a los tribunales de justicia, en violación del artículo 8.1 de la Convención Americana.

167. En su informe de fondo en el caso "Loren Laroye Riebe Star, Jorge Barón Guttlein y Rodolfo Izal Elorz vs. México" la CIDH también hizo hincapié en el derecho a la revisión judicial de las decisiones de las autoridades estatales. En el particular, la CIDH destacó que los tres sacerdotes tendrían que haber tenido acceso a un órgano jurisdiccional a fin de que: a) determinara la legalidad de la detención; b) analizara la validez de las pruebas de cargo; c) diera lugar a la presentación de pruebas de descargo y les permitiera la impugnación judicial de la decisión de expulsión. En este sentido, la CIDH concluyó:

> …Las normas referidas más arriba, que garantizan el derecho al debido proceso, son aplicables a procedimientos administrativos tanto como a los judiciales. Dicha interpretación surge del propio texto del artículo 8.1, que se refiere a "…la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal, o de cualquier carácter…

---

[815] Cfr. Demanda de la CIDH en el "*Caso de las Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana*", párrafos 132 a 139.

168. En el caso ya citado caso "Roger Herminio Salas Gamboa Vs. Perú", el peticionario también alegó la vulneración de los artículos 8 y 25 de la CADH por la imposibilidad de recurrir ante una instancia judicial las decisiones del Consejo de la Magistratura de Perú. Como se mencionara, el señor Salas Gamboa no fue ratificado en su cargo como Vocal Titular de la Corte Suprema de Justicia de la República en virtud de la evaluación – que respecto de su desempeño en el cargo – realizara el mencionado Consejo. El peticionario no tuvo posibilidad de acceder al texto de dicha evaluación y tampoco pudo recurrir tal decisión ante un órgano jurisdiccional, pues no está prevista tal posibilidad en la legislación peruana. Frente a este panorama, la CIDH consideró que tales hechos podrían constituir violaciones a los artículos 8 y 25 de la Convención Americana.

169. Aun cuando, en el siguiente apartado de este trabajo[816] volveremos sobre el derecho a la revisión judicial de las decisiones administrativas, es dable concluir – a la luz de los precedentes reseñados – el carácter de elemento integrante del debido proceso legal administrativo, que tal derecho ha logrado ostentar en el marco del Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

D. Conclusiones

170. En el examen de casos que involucran, entre otros, derechos económicos, sociales y culturales, derechos de los pueblos indígenas, de los migrantes y el ambiente, tanto la CIDH como la Corte IDH han gestado un claro estándar relativo a la plena aplicabilidad de la garantía del debido proceso legal en los procedimientos administrativos.

171. Ambos órganos han establecido que el debido proceso legal debe ser respetado en todo procedimiento tendiente a la determinación de derechos de las personas. En palabras de la Corte IDH, el artículo 8.1 de la Convención Americana es igualmente aplicable a toda situación en la que alguna autoridad pública, no judicial, dicte resoluciones que diriman obligaciones y derechos.

172. En este orden de ideas, el SIDH ha subrayado la necesidad de regular y restringir la discrecionalidad estatal. Así, la Corte y la CIDH han establecido que la labor de la Administración posee límites concretos y que entre ellos se encuentra el respeto de los derechos humanos. En este punto, en casos que involucran a sectores especialmente vulnerables, la Corte IDH ha identificado la necesidad de trazar vínculos entre los alcances del debido proceso legal administrativo y la efectiva vigencia de la prohibición de discriminación.

173. El SIDH ha comenzado a identificar los elementos que componen la garantía en sede administrativa. En este sentido, la Comisión ha considerado que entre los elementos componentes del debido proceso legal administrativo se encuentra la garantía de una audiencia para la determinación de los derechos en juego. De acuerdo con la CIDH, dicha garantía incluye: a) el derecho a ser asistido jurídicamente; b) el derecho a ejercer el derecho de defensa y c) el derecho a disponer de un plazo razonable para preparar los alegatos y formalizarlos, y para promover y evacuar las correspondientes pruebas. La Comisión también ha considerado a la notificación previa sobre la existencia misma del proceso como un componente básico de la garantía.

174. El *derecho a contar con una decisión fundada sobre el fondo del asunto* y la necesidad de garantizar *la publicidad de la actuación administrativa*, también han sido puntualizados tanto por la CIDH como por la Corte como elementos que integran el debido proceso legal.

---

[816] Una sección del siguiente apartado retomará el derecho a la revisión judicial de decisiones administrativas, a fin de analizar los alcances que dicha revisión en sede judicial ha de garantizar, de acuerdo con los estándares fijados por la Comisión IDH y la Corte IDH.

175. A su vez, el derecho al plazo razonable del proceso administrativo ha sido enfáticamente resaltado por ambos órganos del SIDH, entre los componentes de la garantía. La Corte IDH ha fijado aquí un estándar claro. Así, ha establecido que un retraso prolongado en un procedimiento administrativo configura, en principio, una vulneración del artículo 8 de la Convención Americana y que a fin de desvirtuar tal desenlace, el Estado debe probar que la demora del proceso se originó en la complejidad del caso o en la conducta de las partes en el mismo.

176. Por último, otro elemento de la garantía del debido proceso legal en sede administrativa que ha tenido desarrollo en el SIDH, es el derecho a la revisión judicial de decisiones administrativas. En este punto, la CIDH ha determinado que toda norma o medida que obstaculice el acceso a los tribunales, y que no esté debidamente justificada por las razonables necesidades de la propia administración de justicia, debe entenderse contraria al artículo 8.1 de la Convención Americana.

CAPÍTULO XVII

DEBIDO PROCESO PENAL

*Sumario***:** 1. Evolución del derecho de defensa; 2. Toda persona tiene derecho a ser oída; 3. Dentro de un plazo razonable; 4. Derecho del inculpado a tener traductor o intérprete: *4.1 La asistencia consular; 4.2 Idioma y contenido de la información a proporcionar;* 5. Otras garantías mínimas: *5.1 Comunicación previa y detallada al inculpado de la acusación formulada; 5.2 Tiempo para preparar la defensa; 5.3 Derecho de comunicarse libre y privadamente con su defensor; 5.4 Derecho irrenunciable de ser asistido por Defensor; 5.5 Defensa pública; 5.6 Derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos; 5.7 Derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable; 5.8 El inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juez por los mismos hechos;* 6. Proceso público.

1. Evolución del derecho de defensa

No es casual que estemos culminando este libro volviendo a las fuentes. El debido proceso penal tuvo sus primeras manifestaciones en las garantías constitucionales que consideramos en el primer capítulo, porque corresponden a un tiempo menesteroso de justicia e igualdad, cuando el pueblo se levanta contra el autoritarismo y el abuso de poder.

Acusar sin fundamentos y juzgar sobre apariencias constituyeron herramientas del poder absoluto; la represión y el castigo eran objetivos centrales, y la gravedad de los sucesos podía llevar a condenas de muerte.

El período iniciado enfatiza el derecho de defensa; impone garantías básicas como ser oído e informado de las razones y motivos sobre los cuales el individuo veía sometidas sus libertades. Es el comienzo de la resistencia a la opresión, a la presunción de inocencia y tantos elementos más que observamos su devenir al comienzo de la obra.

Es verdad que antes de quedar consagrado como garantías se alinearon con los derechos sustantivos, individuales y exigibles, donde la fisonomía del formato de ejercicio del poder fue elemental para que se pudiera consagrar un debido proceso efectivo.

> Cuando se escucha sobre el debido proceso,se conceptualiza un derecho sustantivo que pertenece a los ciudadanos y que el Estado les reconoce. Por lo tanto, este concepto obedece al tipo de sociedad en la que los individuos se desenvuelven. Debido a que cada país tiene sus propias prácticas y su propio contexto, cada sociedad lo precisa de forma diferente[817]. Es un derecho reaccionario que algunos ven con orígenes mucho más remotos, encontrando en la Carta Magna de 1215 un precepto que dice […]: "Ningún hombre libre podrá ser detenido o encarcelado o privado de sus derechos o de sus bienes, ni puesto fuera

[817] de la Rosa Rodríguez, Paola Iliana, *El debido proceso, sus orígenes, su evolución y su reconocimiento en el nuevo sistema de justicia penal en México*, Universidad del Centro de México y Facultad de Derecho de la UASLP; México, 2010, en "Enfoques críticos", Año 1 N° 2 (julio – diciembre, 2010), p. 63.

> de la ley ni desterrado o privado de su rango de cualquier otra forma, ni se usará la fuerza contra él, ni se enviará a otros que lo hagan, sino en virtud de sentencia judicial de sus pares y con arreglo a la ley del reino".
>
> En el año 1354 se revisan estos conceptos y con Eduardo III comienza a tratarse un *due process* [debido proceso] en vez de *law of the land* [ley del reino]. La idea fue articular la acusación contra los barones del reino partiendo de la base que eran hombres buenos y legales, que para condenarlos era necesario probar y en consecuencia de ello, tener razones para la condena[818].

También es cierto que a partir de la construcción de estas garantías se fue implementando un molde adaptable a todos los procedimientos. En algunos casos claramente, como la exigencia del juez natural, independiente e imparcial; en otros con cierta inseguridad para adoptarlo como regla general: por ejemplo, la presunción de inocencia en el proceso civil; otras veces para resaltar aspectos esenciales, como la necesidad de juicio previo para eventuales condenas.

La aparición de los Derechos Humanos, reconocidos en Tratados y Convenciones dio un vuelco a la positividad exigida, para dar paso a la cobertura constitucional específica que, tiempo después se apoyó mas en las declaraciones de principios que en la sanción legal de ellos.

Nos referimos al faro que significa el artículo octavo de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) que concreta las garantías generales en el inciso primero; y se ocupa en el segundo de las que corresponden al proceso penal.

Este artículo 8° es el que prestaremos atención especial de ahora en más. Cuando sea necesario, haremos remisión a otras partes de la obra.

2. Toda persona tiene derecho a ser oída

El derecho a ser oído es un estándar ya comentado que puede encontrar en el proceso penal una figura semejante a la que importa su significado, aunque suma otros contenidos que se verifican como condiciones especiales.

Quizás la garantía sea un contrasentido, desde que es más importante permanecer callado, para evitar la autoincriminación, que hablar y manifestarse con pretensiones que, obviamente, no son otras que ejercicio efectivo de la defensa contra una imputación. Por eso, antes que dar derecho a ser oído, la garantía penal se relaciona con evitar el interrogatorio incriminante, poniendo un freno al sistema inquisitivo contra el que se reaccionó, donde la tortura o los apremios era un sistema procesal probatorio.

De este forma, surge un derecho al silencio que teniendo raíces muy lejanas, se consagró con la máxima *nemo tenetur se ipsum accusare* (nadie puede declarar contra sí mismo), cuando suceden las famosas "Reglas de Miranda"[819]. Se transforma al silencio

---

[818] García Ramírez, Sergio, "*Panorama del debido proceso (adjetivo) penal en la jurisprudencia de la Corte Interamericana*", Anuario de derecho constitucional latinoamericano (2006); ver también del mismo autor: *El debido proceso. Criterios de la jurisprudencia interamericana*, Porrúa, México, 2012.

[819] *Miranda v. Arizona*, U.S. 436. En este juicio del año 1963 resuelto por la Corte Suprema en 1966, Miranda había confesado la comisión de un delito. Durante el juicio, su abogado defensor señaló que la confesión de su cliente había sido obtenida bajo coacción, pero el tribunal negó la proposición de anular la confesión, porque no había evidencia de coacción. Pero el abogado defensor le planteo al tribunal otro punto, a saber, le señaló que si se le había designado a Miranda un abogado de oficio para el juicio,

en un acto defensivo ejercido con pasividad. Niego todo, no colaboro, nada digo, ni nada pruebo, esa es la consigna apoyada como un acto procesal elevado a garantía.

Pero mantenerse callado es eludir el derecho a ser oído, que para poder comprenderse hay que analizarlo desde los actos que lo motivan. Vale decir, quien guarda silencio está informado previamente de las causas por las que resulta acusado, y si decide declarar, el paso siguiente será verificar si es un acto voluntario que permeabilice el derecho a permanecer silencioso.

Justamente esto es lo que evita la regla, que cuando se declare voluntariamente no esté solo ante el instructor, sin haber estado antes del acto, asesorado y acompañado por su letrado defensor[820]. No obstante, siendo un derecho inalienable del imputado, suele verse como negativo para el derecho a la verdad.

Esto también es confuso si mantenemos esta consigna como válida para todos los procesos, porque siendo aceptable que en un proceso particular (privado) el juez deba resolver sobre hechos verdaderos y con un marco de colaboración razonable (principio de lealtad, probidad y buena fe); la solidaridad probatoria resiste la presunción de inocencia; permanecer mudo es una técnica del derecho de defensa; el deber de investigar es de los funcionarios y no del encartado, de modo tal que si el imputado prefiere no decir nada en el proceso, entonces deberá estarse tanto a lo favorable como a lo perjudicial de esa decisión[821].

> El derecho a la no incriminación busca equilibrar el interés del Estado en ejercer su *ius puniendi* y el derecho del individuo a no ser condenado por sus propias declaraciones, y también es partida de nacimiento de un derecho instrumental protector: El derecho a guardar silencio o derecho a callar, que ciertamente es mas conocido, pues a la persona que es intervenida en relación con un delito, se le lee una cartilla, donde la primera advertencia es: "*Usted tiene el derecho de guardar/mantener el silencio*". Este derecho es instrumental del derecho a la defensa, que a su vez, también lo es del debido proceso. Todos tienen un contenido constitucional, por lo que su señorío no sólo es en sede penal, sino en cualquiera donde exista una pretensión persecutoria como el proceso administrativo disciplinario, antejuicio constitucional.
>
> La no incriminación rige solo si se obliga al imputado a emitir una declaración que exteriorice un contenido, es decir, protege de auto perjudicarse hablando, pero no significa necesariamente y mecánicamente quedar callado, pues un hábil sospechoso podría dar información inocua, respuestas evasivas o intentar confundir al investigador del delito, dentro de una estrategia de defensa corriendo un calculado riesgo de que sus declaraciones puedan ser usadas en su contra, y la cobertura de no declarar -contra si mismo- reconociendo participación en un delito, pues siempre hay una gama de posibilidades entre

---

entonces su derecho de defensa se había transgredido, porque la asesoría legal de Miranda fue prestada sólo al momento de realizarse el juicio y no se le había asignado defensor en el momento en que este confesó el delito, y en consecuencia, las declaraciones hechas a la policía, sin acceso a un consejo legal en esta primera etapa del proceso legal, eran inherentemente coercitivas. Si bien el juez nuevamente rechazó esta proposición, cuando el caso llegó a la Corte Suprema se consideró inadmisible la confesión, ya que se había violado la Quinta Enmienda al obligar a una persona a ser testigo en contra de sí mismo (Cfr. Ramírez Tagle, Cristian, *Nemo tenetur se ipsum. El derecho a guardar silencio,* Universidad Bernardo O´Higgins, Revista Ars Boni et aequis, 2007, ps. 65).

[820] Tema que se conecta con el derecho al abogado que se estudia en el Capítulo III.

[821] El silencio del acusado ante una acusación lo exponía a los rigores pronunciados contra el "mudo voluntario" y permitía estimar como definitivamente verdaderos los hechos sobre los cuales no hubiera querido explicarse. Cfr. Gorphe, Francois, *Apreciación judicial de la prueba,* Temis, Bogotá, 1985, p. 169.

> hablar todo y callar todo […]. Así el derecho a la no autoincriminación protege de ser obligado a declarar con contra si mismo, y el derecho de guardar silencio, protege de ser obligado a responder (contra uno mismo o contra otro), pero ambos, protegen al imputado de sufrir consecuencias negativas para quien los ejercita[822].

Es en este punto donde se deben encontrar distinciones que esclarezcan la situación. Una cosa es el interrogatorio preliminar o la indagatoria propiamente dicha, donde el derecho a permanecer callado se fundamenta en evitar, como en tiempos pasados, la confesión supuestamente espontánea que esconde o solapa, las declaraciones de un individuo sin asistencia jurídica; o que fuera presionado con amenazas, o quedase desprotegido ante castigos degradantes, o demás actos inquisitoriales que dieron suficientes motivos para elevar a garantía el silencio como defensa.

Pero de otro lado, nadie puede ser condenado sin haber tenido la posibilidad de ser escuchado; esto es en esencia, el derecho a ser oído y la plenitud del ejercicio defensivo. Por eso, la posibilidad de declarar se proyecta a todo tiempo del proceso, y particularmente en la deliberación probatoria, donde la actividad defensiva exige prueba y contraprueba.

En síntesis, hay dos líneas básicas que tiene el mensaje primero del art. 8 de la CADH: toda persona tiene derecho a ser oída, pero cuando se trata del proceso penal, cuanto se diga debe estar resguardado con garantías adicionales:

1°) Debe estar informado de las causas y razones por las que se lo compromete;

2°) Debe tener asistencia letrada idónea y activa (no la simple presencia de abogado);

3°) La sola declaración no basta para la condena, desde que ha de ser corroborada por otros medios de prueba.

> Características éstas que se encuentran ausentes en lo civil, materia en la cual ha sido posible siempre provocar la confesión como ocurría en la antigua absolución de posiciones, hoy transformada en el interrogatorio de parte con ritualidades y consecuencias específicas, entre ellas la confesión ficta o presunta, lo que no ocurre en materia penal, en la cual la confesión ha de ser siempre expresa, de un lado; y, de otro, en cuanto la confesión en materia procesal civil, no requiere ser corroborada por otros medios de prueba, en aquellos casos en que el hecho sobre el cual versa es susceptible de prueba por medio de ella, pero siempre podrá ser infirmada por cualquier medio de prueba, lo que, como se ve, es diferente de lo que sucede en el proceso penal[823].

3. Dentro de un plazo razonable

El derecho a ser oído, con todas las garantías, debe prestarse dentro de un plazo razonable. En su lugar[824] vimos como trabaja esta garantía en el proceso penal, para el que se definen estándares, como: *a)* la duración del tiempo de investigación; *b)* la diligencia que tiene el curso de la pesquisa; *c)* el período de la pérdida de libertad mientras no existe acusación formal; *d)* la proporcionalidad de la pena; *e)* limitaciones

---

[822] Binder, Alberto, *Introducción al derecho procesal penal*, Ad Hoc, Buenos Aires, 1993, p. 179.

[823] Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-782/05.

[824] Capítulo XIII.

procesales al ejercicio efectivo del derecho de defensa; *f)* la imposibilidad de impugnar la pena impuesta; entre otros supuestos.

La diferencia aparece en la oportunidad del plazo razonable. Ya no se refiere a la duración del enjuiciamiento sino a la acción inmediata que debe recibir el sospechoso para ser informado y darle derecho a ser oído.

Es una garantía de inmediatez que solventa el derecho de defensa, y aunque parezca relacionado solamente con el juicio penal, en realidad es el derecho de toda persona a ser escuchada por quien deba resolver o determinar sus derechos, condición que expande aplicarlo a cualquier autoridad pública pública, administrativa o jurisdiccional.

El cómputo del plazo razonable es a partir del momento en que una persona tiene posibilidad de hacerse oír. Ello comienza a contarse desde que el individuo pierde o se afectan sus libertades, sin que haya un término perentorio o un vencimiento circunscripto; se trata ahora de la razonabilidad para saber los motivos por lo que resulta afectado.

Por eso entendemos que la referencia que hace el artículo 8 CADH contempla variaciones para comprender qué se quiere decir con "plazo razonable"; por un lado ya se mencionó el caso "*Giménez vs. Argentina*" (1996) cuando se dijo que este tiempo debe medirse con una serie de factores tales como la complejidad del caso, la conducta del inculpado y la diligencia de las autoridades competentes en la conducción del proceso; por otra parte aparece la necesidad de no postergar en demasía el uso de la garantía, dando comienzo así a un interrogante ¿Cuál es el plazo para ser oído de inmediato?

> En el caso "*Tibi vs. Ecuador*"[825], se alegó que tras la detención del encartado, éste permaneció en detención preventiva durante dos años, tres meses y tres semanas, lo que no constituye un plazo razonable de prisión sin condena. En este sentido –se agregó–, debe demostrarse que la detención estuvo bien fundada desde el inicio. Si la detención fue ilegal o arbitraria desde su origen, como en el caso del señor Tibi, ningún plazo sería razonable. En segundo lugar, asumiendo que existen sospechas razonables de la comisión de un delito por parte del acusado, el Estado debe demostrar que esas sospechas han aumentado para justificar la duración de la detención, es decir, debe hacer un análisis periódico de la necesidad y legitimidad de la medida, situación que no se presentó en el caso del señor Tibi. En tercer término, aún cuando existan sospechas suficientes para mantener la prisión preventiva, el Estado debe demostrar que ha tenido una diligencia especial en la investigación del caso, diligencia a todas luces ausente en el presente caso.

La respuesta depende de algunas situaciones especiales. Si pierde la libertad deambulatoria el tiempo se vincula con el artículo 7.5 de la CADH, pues toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso.

Los primeras veces que trató el tema la Corte IDH sostuvo que en materia penal, el plazo comienza en la fecha de la aprehensión del individuo[826]. Cuando no es aplicable

---

[825] *Caso Tibi vs. Ecuador*, cit., párr. 91.h del alegato de la Comisión IDH.

[826] Cfr. *Caso Suárez Rosero*, supra nota 145, párr. 70.

esta medida, pero se halla en marcha un proceso penal, dicho plazo debiera contarse a partir del momento en que la autoridad judicial toma conocimiento del caso.

Esta doctrina tiene presente la duración total del proceso observando antes que un derecho de la víctima, un deber del Estado. Por tanto se acentúa el deber de investigar, de hacerlo sin dilaciones indebidas y con todas las garantías.

> La Corte IDH dándose cuenta de ello sostuvo […]: Decir que el plazo razonable corre a partir de que se detiene al inculpado no conduce a una solución satisfactoria para todos los casos. En realidad, es posible que antes de ese momento se haya desenvuelto un procedimiento indagatorio, e incluso judicial, de larga duración. Durante éste, hubo ya presión sobre el sujeto y opresión de sus derechos. La legalidad que ampare esta conducta del Estado no legitima por sí misma -valga la expresión- el exceso que pudiera resultar de una demora extrema en resolver lo que corresponda a esa etapa inicial del enjuiciamiento. De ahí la bondad de algunas legislaciones que han estatuido cierto plazo –que puede ser más o menos amplio– para agotar una investigación y resolver si se recurre al juez, cuando la instrucción ha corrido en manos del Ministerio Público, o al tribunal de conocimiento, cuando aquélla estuvo en las del juez instructor.
>
> También es posible que el proceso se desarrolle sin que el inculpado quede sujeto a prisión preventiva, sea porque éste reciba el beneficio de la libertad provisional, sea porque la ley excluya de entrada, en su caso, la aplicación de la medida cautelar restrictiva de la libertad. Pero ni siquiera en estas hipótesis es admisible una duración desmesurada del enjuiciamiento, aunque no exista, mientras éste culmina, el agobio de la prisión preventiva sobre los hombros de ese "presunto inocente" que es el enjuiciado[827].

Con leves variaciones en el "*Caso López Álvarez vs. Honduras*"[828] la Corte IDH dice que el plazo razonable al que se refiere el artículo 8.1 de la Convención se debe apreciar en relación con la duración total del procedimiento penal que se desarrolla en contra de cierto imputado, hasta que se dicta sentencia definitiva; siendo en materia penal este plazo, el que comienza cuando se presenta el primer acto de procedimiento dirigido en contra de determinada persona como probable responsable de cierto delito.

Como se observa, no hay asimetrías notorias y deja sin respuesta saber si el derecho a ser oído dentro de un plazo razonable tiene tiempos dispuestos. Pero cuidado, atinadamente el voto razonado de Sergio García Ramírez[829] aclara […]

> En la Convención Americana hay por lo menos tres menciones imperiosas y explícitas al plazo razonable, con supuestos y expresiones propios: primero, toda persona detenida o retenida "tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso" (artículo 7.5, que se refiere al supuesto de detención y/o prisión preventiva, bajo el rubro genérico "Derecho a la libertad personal"); segundo, toda persona "tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable", por el tribunal correspondiente "en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella" o para la determinación de sus derechos y obligaciones en otros órdenes (artículo 8.1, que alude al proceso total, hasta que se emite sentencia de fondo, bajo el epígrafe "Garantías judiciales"); y tercero, "toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido" que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales (artículo 25.1, relativo a "Protección judicial").

---

[827] Cfr. *Caso Tibi vs. Ecuador*, cit., párrs. 56 – 57.

[828] Cfr. *Caso López Alvarez vs. Honduras. Fondo. Reparaciones y Costas*. Sentencia de 1 de febrero de 2006, Serie C Nº 141, párr. 129.

[829] Ibídem, voto razonado de Sergio García Ramírez, capítulo VI punto 28.

> No obstante la diversidad de las situaciones contempladas en cada caso, diversidad que no pretendo discutir en este momento, las tres disposiciones de la Convención obedecen a un mismo proyecto defensor de los derechos del individuo: oportunidad de la tutela, que corre el riesgo de ser inútil, ineficaz, ilusoria, si no llega a tiempo, en la inteligencia de que "llegar a tiempo" significa operar con máxima eficacia en la protección y mínima afectación de los derechos del individuo, prontitud que no es atropellamiento, irreflexión, ligereza. Esas estipulaciones acogen la preocupación que preside el aforismo "justicia retardada es justicia denegada".

En consecuencia, está claro que hay una dimensión de los tiempos para cada etapa procesal. Si tiene detenidos, la razonabilidad es un tema discrecional de libre interpretación, dando lecturas ambivalentes que llevan a posiciones confrontadas entre quienes piensan que una vez que se vence aquel plazo considerado razonable, los Estados pierden la oportunidad de continuar asegurando el fin del proceso por medio de la privación de libertad de una persona, y por tanto, la prisión preventiva debe ser sustituida por otra medida cautelar menos restrictiva, asegurando la libertad del inculpado[830].

Frente a otros que consideran que cuanto se debe ponderar es el límite más allá del cual la prisión preventiva no puede continuar, en aquellos casos en los que aún subsisten las condiciones que fundaron la medida cautelar. De no ser así, la prisión preventiva debe cesar, no ya por su razonabilidad temporal sino por su falta de fundamento.

Poco tiempo antes el tribunal había resuelto el caso "*Bulacio vs. Argentina*"[831] donde el derecho a ser oído de inmediato había tenido un impacto negativo para la terminación del proceso dentro de un plazo razonable […]

> La Corte observa que desde el 23 de mayo de 1996, fecha en la que se corrió traslado a la defensa del pedido fiscal de 15 años de prisión contra el Comisario Espósito, por el delito reiterado de privación ilegal de libertad calificada, la defensa del imputado promovió una extensa serie de diferentes articulaciones y recursos (pedidos de prórroga, recusaciones, incidentes, excepciones, incompetencias, nulidades, entre otros), que han impedido que el proceso pudiera avanzar hasta su culminación natural, lo que ha dado lugar a que se opusiera la prescripción de la acción penal.
>
> Esta manera de ejercer los medios que la ley pone al servicio de la defensa, ha sido tolerada y permitida por los órganos judiciales intervinientes, con olvido de que su función no se agota en posibilitar un debido proceso que garantice la defensa en juicio, sino que debe además asegurar en tiempo razonable, el derecho de la víctima o sus familiares a saber la verdad de lo sucedido y que se sancione a los eventuales responsables.
>
> El derecho a la tutela judicial efectiva exige entonces a los jueces que dirijan el proceso de modo de evitar que dilaciones y entorpecimientos indebidos, conduzcan a la impunidad, frustrando así la debida protección judicial de los derechos humanos[832].

Lo cierto es que responder la primera consigna no tiene uniformidad de criterios, sin que sea impedimento alguno para advertir que de inmediato, y dentro de un plazo razonable, son períodos que no pueden exceder el marco tolerable de la restricción a libertades.

---

[830] Comisión IDH, Informe Nº 86/09. C*aso Jorge, José y Dante Peirano Basso vs. Uruguay*. 6 de agosto de 2009.

[831] *Caso Bulacio vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 18 de setiembre de 2003, Serie C Nº 100

[832] Ibídem, párrs. 114 – 115.

La detención preventiva que supone restricción a la libertad personal; así como la limitación de derechos individuales de alguien, no podría durar más de lo estrictamente necesario para realizar las averiguaciones correspondientes por el encargado de hacerlo. Ocurrido, la primera garantía es informar las causas de la detención o demora provocada; luego, si procede continuar investigando con la persona detenida, tendrá que darse inmediatamente intervención al juez competente y darle derecho a tener abogado para actuar en su defensa.

En *España*, el plazo máximo es de setenta y dos horas (72 hs.); en *Bolivia* nadie puede ser detenido por más de veinticuatro horas (24 hs.) y si es persecución de delito en flagrancia, la intervención judicial tiene que darse en el mismo plazo. Así también es en *Brasil* con la diferencia que si la autoridad hiciere arrestar o detener a alguna persona, deberá, dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes (48 hs.), dar aviso al juez competente, poniendo a su disposición al afectado.

En *Colombia*, la persona detenida preventivamente será puesta a disposición del juez competente dentro de las treinta y seis horas siguientes (36 hs.), para que éste adopte la decisión correspondiente en el término que establezca la ley. En *Costa Rica*, debe ser puesto a disposición de juez competente dentro del término perentorio de veinticuatro horas (24 hs.). En *Cuba* la intervención judicial es discrecional pero la prisión preventiva no podrá exceder de seis (6) meses, en las causas por delitos sancionados con prisión, ni de un año, en delitos sancionados con reclusión. Si se excedieren esos plazos, la orden de prisión preventiva quedará sin efecto, bajo la responsabilidad del juez que conoce la causa. En todo caso, y sin excepción alguna, dictado el auto de sobreseimiento o la sentencia absolutoria, el detenido recobrará inmediatamente su libertad, sin perjuicio de cualquier consulta o recurso pendiente.

En *El Salvador*, la persona detenida debe ser informada de manera inmediata y comprensible, de sus derechos y de las razones de su detención, no pudiendo ser obligada a declarar […]. La detención administrativa no excederá de setenta y dos horas (72 hs.), dentro de las cuales deberá consignarse al detenido a la orden del juez competente, con las diligencias que hubiere practicado. La detención para inquirir no pasará de setenta y dos horas (72 hs.) y el tribunal correspondiente estará obligado a notificar al detenido en persona el motivo de su detención, a recibir su indagatoria y a decretar su libertad o detención provisional, dentro de dicho término.

En *Guatemala* se debe dar intervención a la autoridad competente en un plazo que no exceda de seis horas (6 hs.). Toda persona detenida deberá ser notificada inmediatamente, en forma verbal y por escrito, de la causa que motivó su detención, autoridad que la ordenó y lugar en el que permanecerá. La misma notificación deberá hacerse por el medio más rápido a la persona que el detenido designe y la autoridad será responsable de la efectividad de la notificación.

En *Honduras* ninguna persona puede ser detenida ni incomunicada por más de veinticuatro horas (24 hs.), sin ser puesta a la orden de autoridad competente para su juzgamiento. La detención judicial para inquirir no podrá exceder de seis días contados desde el momento en que se produzca la misma.

En *México* ninguna detención ante autoridad judicial podrá exceder del término de setenta y dos horas (72 hs.), a partir de que el indiciado sea puesto a su disposición, sin que se justifique con un auto de formal prisión y siempre que de lo actuado

aparezcan datos suficientes que acrediten los elementos del tipo penal del delito que se impute al detenido y hagan probable la responsabilidad de este.

Nicaragua dispone la libertad dentro del plazo de las cuarenta y ocho horas (48 hs.) posteriores a una detención. En cambio *Panamá* regula el tiempo de veinticuatro horas (24 hs.) para dar derecho a ser oído, estableciendo que los servidores públicos que violen este precepto tiene como sanción la pérdida del empleo, sin el juicio de las penas que para el efecto establezca la ley.

Perú hace una distinción por el trayecto, porque todo detenido debe ser puesto a disposición del juzgado correspondiente, dentro de las veinticuatro horas (24 hs.) o en el término de la distancia. Estos plazos no se aplican a los casos de terrorismo, espionaje y tráfico ilícito de drogas. En tales casos, las autoridades policiales pueden efectuar la detención preventiva de los presuntos implicados por un término no mayor de quince días naturales.

República Dominicana establece que toda persona privada de su libertad sin causa o sin las formalidades legales, o fuera de los casos previstos por las leyes, será puesta inmediatamente en libertad a requerimiento suyo o de cualquier persona. Los privados de libertad serán sometidos a la autoridad judicial competente dentro de las cuarenta y ocho horas (48 hs.) de su detención o puesta en libertad. Todo arresto se dejará sin efecto o se elevará a prisión dentro de las cuarenta y ocho horas (48 hs.) de haber sido sometido el arrestado a la autoridad judicial competente, debiendo notificarse al interesado dentro del mismo plazo, la providencia que al efecto se dictare. Queda terminantemente prohibido el traslado de cualquier detenido de un establecimiento carcelario a otro lugar sin orden escrita y motivada de la autoridad judicial competente

Uruguay establece que el juez, bajo la más seria responsabilidad, tomará al arrestado su declaración dentro de veinticuatro horas (24 hs.), y dentro de cuarenta y ocho (48 hs.), lo más, empezará el sumario. La declaración del acusado deberá ser tomada en presencia de su defensor. Este tendrá también el derecho de asistir a todas las diligencias sumariales.

Finalmente *Venezuela* dice por vía constitucional que ninguna persona puede ser arrestada o detenida sino en virtud de una orden judicial, a menos que sea sorprendida *in fraganti*. En este caso será llevada ante una autoridad judicial en un tiempo no mayor de cuarenta y ocho horas (48 hs.) a partir del momento de la detención. Será juzgada en libertad, excepto por las razones determinadas por la ley y apreciadas por el juez o jueza en cada caso.

En nuestro país está la Ley 25.430 que establece en el artículo 1° que: “La prisión preventiva no podrá ser superior a dos años, sin que se haya dictado sentencia. No obstante, cuando la cantidad de los delitos atribuidos al procesado o la evidente complejidad de la causa hayan impedido el dictado de la misma en el plazo indicado, éste podrá prorrogarse por un año más, por resolución fundada, que deberá comunicarse de inmediato al tribunal superior que correspondiere, para su debido contralor”.

4. Derecho del inculpado a tener traductor o intérprete

El derecho del afectado de conocer las causas por las que se lo acusa suma al deber de información el de verificar que comprenda cuanto se manifiesta. No es

solamente un anoticiamiento formal, sino una parte esencial para el debido proceso, partiendo de la base que los derechos que no se conocen, raro es que pueden aplicarse, y mucho menos cuando se presentan sin resguardos de seguridad para la adecuada interpretación.

Este derecho, originariamente, tiene naturaleza procesal al estar incluido en casi todos los sistemas de enjuiciamiento civil y penal. La intervención de un traductor oficial cubrió el déficit del lenguaje y la comprensión, dejando resuelto el adecuado ejercicio del derecho de defensa.

Por supuesto que, en nuestra opinión, ha sido un pensamiento plagado de presunciones que no tuvieron eficacia práctica en la realidad. La experticia de las traducciones, como la incomprensión sobre los actos realizados, constituyen una sistemática propia del principio de legalidad formal, totalmente distante del objetivo constitucional perseguido.

4.1 La asistencia consular

Por ello oportunamente la Corte IDH actuando en forma consultiva sostuvo que tratándose de detenidos de nacionalidad extranjera, las garantías judiciales debían aplicarse e interpretarse en armonía con la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, pues de lo contrario, se privaría a dichos detenidos de un "medio idóneo" para hacerlas efectivas. La asistencia consular oportuna era determinante en el resultado de un proceso penal, porque aseguraba, entre otras cosas, que el detenido extranjero tuviera información sobre sus derechos constitucionales y legales en su idioma y en forma accesible. Asimismo podría recibir asistencia legal adecuada y conocer las consecuencias legales del delito que se le imputa[833].

En efecto, cuando sucedió el pedido de opinión consultiva, expresamente dijo México que quería […] "ayudar a los Estados y órganos a cumplir y aplicar tratados de derechos humanos sin someterlos al formalismo que caracteriza el procedimiento contencioso" y defender el debido proceso judicial, cuya violación en caso de aplicación de la pena de muerte puede significar la violación del derecho a la vida; y la consulta no se refiere a caso concreto alguno ni constituye un caso interestatal encubierto.

Por tanto el fondo del problema visualizado consistía en que […]

> El derecho internacional se ha transformado en el presente siglo, lo cual repercute en los efectos y la naturaleza que se debe reconocer a instrumentos como la Declaración Americana; en casos en que se impone la pena de muerte es necesario subsanar las consecuencias de la violación del derecho a la información acerca del derecho a la notificación consular, mediante el restablecimiento del *status quo* ante y en caso de que dicho restablecimiento no sea posible debido a la aplicación efectiva de la pena de muerte, existe responsabilidad internacional por incumplimiento de las garantías procesales y violación del derecho a la vida, cuya consecuencia sería el deber de compensar a las familias de las personas ejecutadas, para lo cual no se requiere demostrar que la violación acarrea un perjuicio[834].

---

[833] Corte IDH, OC-16/99, de 1 de Octubre de 1999, solicitada por los Estados Unidos Mexicanos.

[834] Ibídem, p. 26.

La petición consultiva no fue recibida con plena aceptación, porque algunos Estados pensaron que la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares no había creado ningún derecho individual, que por otra parte, tampoco podía hacerlo; sino que importaba una práctica de respeto por los sistemas procesales punitivos de cada Estado donde la notificación consular no podía ser impuesta.

> Es errado afirmar, como regla general, que todo extranjero desconoce el idioma, las costumbres y el sistema legal del Estado receptor. A este respecto, los Estados Unidos de América presentaron su caso como ejemplo, y argumentaron que es común que ciudadanos mexicanos hayan vivido en su territorio durante períodos prolongados, y que hay casos en que el extranjero no puede ser distinguido del nacional por su conocimiento del idioma, los nexos familiares y económicos o el conocimiento del sistema legal; la historia legislativa de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares y la práctica de los Estados demuestran que para explicar el concepto "sin dilación" no debe tomarse como referencia un acto determinado del proceso penal.

No obstante el reparo, la Corte sostuvo que, aun cuando fueran exactas algunas apreciaciones presentadas sobre el objeto principal de la Convención citada, en el sentido de que fuese un tratado destinado a "establecer un equilibrio entre Estados", esto no la inhibía de entender que el Tratado pudiera concernir a la protección de los derechos fundamentales de la persona en el continente americano[835].

> De la lectura se desprende que la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares reconoce, como una función primordial del funcionario consular, el otorgamiento de asistencia al nacional del Estado que envía en la defensa de sus derechos ante las autoridades del Estado receptor. En este marco, la Corte estima que la norma que consagra la comunicación consular tiene un doble propósito: reconocer el derecho de los Estados de asistir a sus nacionales a través de las actuaciones del funcionario consular y, en forma paralela, reconocer el derecho correlativo de que goza el nacional del Estado que envía para acceder al funcionario consular con el fin de procurar dicha asistencia[836].

Tomando en cuenta cada una de las observaciones, la participación del Consulado se colige desde la voluntad que el propio afectado requiera; y el tiempo para esa intervención debe ser coincidente con la inmediatez que se pide para la actuación del juez competente. De suyo, para establecer el sentido que corresponde dar al concepto "sin dilación", se debe considerar la finalidad a la que sirve la notificación que se hace al inculpado.

Es evidente que ella atiende al propósito de que aquél disponga de una defensa eficaz. Para ello, la notificación debe ser oportuna, esto es, ocurrir en el momento procesal adecuado para tal objetivo. Por lo tanto, y a falta de precisión en el texto de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, la Corte interpretó que se debía hacer la notificación al momento de privar de la libertad al inculpado y en todo caso antes de que efectuara su primera declaración ante la autoridad.

> Para alcanzar sus objetivos, el proceso debe reconocer y resolver los factores de desigualdad real de quienes son llevados ante la justicia. Es así como se atiende el principio de igualdad ante la ley y los tribunales y a la correlativa prohibición de discriminación. La presencia de condiciones de desigualdad real obliga a adoptar medidas de compensación que contribuyan a reducir o eliminar los obstáculos y deficiencias que impidan o reduzcan la defensa eficaz de los propios intereses. Si no existieran esos medios de compensación, ampliamente reconocidos en diversas vertientes del procedimiento, difícilmente se podría

---

[835] OC 17/99 párr. 76.

[836] Ibídem, párr. 80.

> decir que quienes se encuentran en condiciones de desventaja disfrutan de un verdadero acceso a la justicia y se benefician de un debido proceso legal en condiciones de igualdad con quienes no afrontan esas desventajas.
>
> Por ello se provee de traductor a quien desconoce el idioma en que se desarrolla el procedimiento, y también por eso mismo se atribuye al extranjero el derecho a ser informado oportunamente de que puede contar con la asistencia consular. Estos son medios para que los inculpados puedan hacer pleno uso de otros derechos que la ley reconoce a todas las personas. Aquéllos y éstos, indisolublemente vinculados entre sí, forman el conjunto de las garantías procesales y concurren a integrar el debido proceso legal[837].

Como se advierte, el sentido que la Corte IDH quiso profundizar fue el de contribuir con la asistencia consular al efectivo comparecimiento del individuo en condiciones de igualdad que le permitiera organizar adecuadamente el derecho de defensa en juicio. Solo como refuerzo se soslayó el tema de la traducción para el conocimiento exacto de la causa incriminante.

Se generó un derecho individual integrándolo al conjunto de garantías mínimas para brindar a los extranjeros la oportunidad de preparar la defensa técnica y contar con un juicio justo. En consecuencia, entonces, de que el derecho a la información es un componente del artículo 36.1.b) de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, el detenido extranjero debe tener la oportunidad de valerse de este derecho en su defensa. La inobservancia u obstrucción de su derecho a la información afecta las garantías judiciales.

4.2 Idioma y contenido de la información a proporcionar

En América Latina la injerencia de traductores oficiales que mediaran como interlocutores entre la instrucción y el detenido se ha reglamentado en los códigos procesales, de modo que la traducción, propiamente dicha, interviene sobre los hechos que van sucediendo, dando al encartado la posibilidad de reacción a una lógica que puede estar siendo interpretada erróneamente.

Como sucedió en los orígenes del debido proceso, la comprensión fue solo formal, al estar implementada como un mecanismo de comunicación, antes que como parte del derecho de defensa. Solamente en Europa se entendió que la interpretación y la traducción en un proceso penal era una parte esencial del derecho a la tutela judicial efectiva.

Este derecho que forma parte del debido proceso no ha sido aplicado correctamente en Latinoamérica, a diferencia de Europa que desde el año 2010 cuando promulgó la Directiva 2010/64/UE del Parlamento Europeo y del Consejo (20 de octubre de 2010), relativa al derecho a interpretación y traducción en los procesos penales, dio lugar al mutuo reconocimiento de las sentencias penales dictadas en cada ordenamiento local, con la particularidad de realizar una suerte de reglamentación del derecho a un proceso justo y equitativo (artículo 6 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales).

Se establecieron normas mínimas comunes que fortalecieron la confianza en los sistemas judiciales penales de todos los Estados miembros, lo cual, a su vez, permitió reforzar la cooperación judicial.

---

[837] Ibídem, párrs. 119 – 120.

> Expresamente el considerando (14) de la Directiva dice […]: El derecho a la traducción e interpretación para aquellas personas que no hablan o no entienden la lengua del procedimiento se consagra en el artículo 6 del CEDH, según la interpretación de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. La presente Directiva facilita la aplicación de tal derecho en la práctica. Para ello, tiene por objetivo garantizar el derecho del sospechoso o acusado a la interpretación y traducción en los procesos penales con vistas a garantizar su derecho a un juicio equitativo.

La temática abandona el campo de la mera o simple información traducida, para garantizar una asistencia lingüística gratuita y adecuada, que permite a los sospechosos o acusados que no hablan o no entienden la lengua del proceso penal el pleno ejercicio del derecho a la defensa, salvaguardando la equidad del proceso.

La inmediata intervención del funcionario que se ocupará de la trasmisión es tan importante como la puesta a disposición de la justicia del encartado. Lo mismo se guarece para la comunicación entre el sospechoso o acusado y su abogado, a quien debe poder, entre otras cosas, explicar su versión de los hechos, señalar que no está de acuerdo con una u otra afirmación y poner en conocimiento del mismo todo hecho que deba alegarse en su defensa.

Sin embargo, el derecho es disponible para la aplicación del juez competente, pues si lo considera innecesario, podrá denegar esta designación, aunque […]

> El sospechoso o acusado o la persona sujeta a un procedimiento correspondiente a la ejecución de una orden de detención europea debe tener derecho a recurrir la decisión según la cual no es necesaria la interpretación, de conformidad con los procedimientos previstos por el derecho nacional. Este derecho no entraña que los Estados miembros estén obligados a prever un mecanismo o procedimiento de reclamación específico en el cual quepa recurrir dicha decisión y debe entenderse sin perjuicio de los plazos aplicables a la ejecución de una orden de detención europea.

Los *contenidos del derecho a interpretación* se explanan en el artículo 2 de la Directiva:

1. Los Estados miembros velarán por que todo sospechoso o acusado que no hable o entienda la lengua del proceso penal se beneficie sin demora de interpretación en el transcurso del proceso penal ante las autoridades de la investigación y judiciales, incluido durante el interrogatorio policial, en todas las vistas judiciales y las audiencias intermedias que sean necesarias.

2. Los Estados miembros garantizarán que, en caso necesario y con miras a salvaguardar la equidad del proceso, se facilite un servicio de interpretación para la comunicación entre el sospechoso o acusado y su abogado en relación directa con cualquier interrogatorio o toma de declaración durante el proceso, o con la presentación de un recurso u otras solicitudes procesales.

3. El derecho a interpretación en virtud de los apartados 1 y 2 incluye la asistencia a personas con limitaciones auditivas o de expresión oral.

4. Los Estados miembros velarán por que se establezca un procedimiento o mecanismo para determinar si el sospechoso o acusado habla y entiende la lengua del proceso penal y si requiere la asistencia de un intérprete.

5. Los Estados miembros velarán por que, con arreglo a los procedimientos previstos por el derecho nacional, el sospechoso o acusado tenga derecho a recurrir la decisión según la cual no es necesaria la interpretación y, cuando se haya facilitado la

interpretación, la posibilidad de presentar una reclamación porque la calidad de la interpretación no es suficiente para salvaguardar la equidad del proceso.

6. Se permitirá, cuando proceda, el uso de tecnologías de la comunicación como la videoconferencia, el teléfono o internet, salvo cuando se requiera la presencia física del intérprete con miras a salvaguardar le equidad del proceso.

7. En los procedimientos correspondientes a la ejecución de una orden de detención europea, el Estado miembro de ejecución velará por que sus autoridades competentes faciliten interpretación con arreglo al presente artículo a toda persona sujeta a dichos procedimientos y que no hable o entienda la lengua del procedimiento.

8. La interpretación facilitada con arreglo al presente artículo tendrá una calidad suficiente para salvaguardar la equidad del proceso, garantizando en particular que el sospechoso o acusado en un proceso penal tenga conocimiento de los cargos que se le imputan y esté en condiciones de ejercer el derecho a la defensa.

Por su parte el artículo 3, desarrolla el *derecho a la traducción de documentos esenciales* […]

1. Los Estados miembros velarán por que el sospechoso o acusado que no entienda la lengua del proceso penal se beneficie, en un plazo razonable, de la traducción escrita de todos los documentos que resultan esenciales para garantizar que esté en condiciones de ejercer el derecho a la defensa y para salvaguardar la equidad del proceso.

2. Entre los documentos esenciales se encuentra cualquier resolución que prive a una persona de libertad, escrito de acusación y sentencia.

3. Las autoridades competentes decidirán si resulta esencial cualquier otro documento, en un caso determinado. El sospechoso o acusado, o su abogado, podrá presentar una solicitud motivada en este sentido.

4. No será preciso traducir pasajes de documentos esenciales que no resulten pertinentes para que el sospechoso o acusado tenga conocimiento de los cargos que se le imputan.

5. Los Estados miembros velarán por que, con arreglo a los procedimientos previstos por el derecho nacional, el sospechoso o acusado tenga derecho a recurrir una decisión que establezca que no es necesaria la traducción de documentos o de pasajes de los mismos y, cuando se haya facilitado una traducción, la posibilidad de presentar una reclamación porque la calidad de la traducción no es suficiente para salvaguardar la equidad del proceso.

6. En los procedimientos correspondientes a la ejecución de una orden de detención europea, el Estado miembro de ejecución velará por que sus autoridades competentes faciliten a toda persona sujeta a dichos procedimientos y que no entienda la lengua en que esté redactada la orden de detención europea, o la lengua a que esta haya sido traducida por el Estado miembro de emisión, una traducción escrita de dicho documento.

7. Como excepción a las normas generales establecidas en los apartados 1, 2, 3 y 6, podrá facilitarse en lugar de una traducción escrita, una traducción o un resumen oral

de los documentos esenciales a que se refiere el presente artículo, siempre y cuando dicha traducción oral o resumen oral no afecte a la equidad del proceso.

8. Toda renuncia al derecho a la traducción de los documentos a que se refiere el presente artículo estará supeditada a la condición de que el sospechoso o acusado haya recibido asesoramiento jurídico previo o haya tenido, de otro modo, pleno conocimiento de las consecuencias de su renuncia, y que la renuncia sea inequívoca y de carácter voluntario.

9. La traducción facilitada con arreglo al presente artículo tendrá una calidad suficiente para salvaguardar la equidad del proceso, garantizando en particular que el sospechoso o acusado tiene conocimiento de los cargos que se le imputan y está en condiciones de ejercer el derecho a la defensa.

Pese a que varios Estados agregaron en su derecho interno este contenido mínimo, la presencia de extranjeros con lenguas distintas en procesos donde quedaron sometidos a reglas locales con idioma distinto, mostraron la permanencia de deficiencias que acusaron ciertas imposibilidades de cumplimiento.

Una de ellas fue sorprendente y trajo conflictos entre sectores, como fue la falta de regulación de un registro de traductores e intérpretes, incluyendo aspectos como requisitos personales o títulos habilitantes. Además, se ha constatado que no existen criterios claros que clarifiquen cuándo debe estar presente el intérprete. La falta de ese procedimiento implica que este profesional está ausente en muchas ocasiones en las que sería necesario contar con su presencia.

En el año 2012 una nueva Directiva persigue que el derecho a la información sobre los derechos procesales (que se infiere de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos) fuera explícitamente receptado y aplicado.

> La Directiva 2012/13/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2012 relativa al derecho a la información en los procesos penales, estableció:
>
> *Artículo 1 Objeto*. La presente Directiva establece normas relativas al derecho de las personas sospechosas o acusadas a recibir información sobre sus derechos en los procesos penales y sobre las acusaciones formuladas contra ellas. Establece también el derecho a la información sobre sus derechos de las personas objeto de la ejecución de una orden de detención europea.
>
> *Artículo 2 Ámbito de aplicación.*
>
> 1. La presente Directiva se aplica desde el momento en que las autoridades competentes de un Estado miembro ponen en conocimiento de una persona que es sospechosa o que se le acusa de haber cometido una infracción penal, hasta la conclusión del proceso, es decir, hasta la decisión definitiva que determina si la persona sospechosa o acusada ha cometido o no la infracción penal, incluidas, cuando proceda, la imposición de la condena y la resolución de cualquier recurso.
>
> 2. En caso de que la legislación de un Estado miembro prevea la imposición de sanciones por infracciones menores por parte de una autoridad distinta de un tribunal con competencia en materia penal, pero la sanción pueda ser objeto de recurso ante este tipo de tribunal, la presente Directiva solo se aplicará al proceso ante dicho tribunal a raíz del recurso en cuestión.
>
> *Artículo 3 Derecho a la información sobre los derechos*
>
> 1. Los Estados miembros garantizarán que las personas sospechosas o acusadas reciban con prontitud información acerca, como mínimo, de los siguientes derechos procesales según se apliquen con arreglo a la legislación nacional, a fin de permitir su ejercicio efectivo: a) el

derecho a tener acceso a un abogado; b) el eventual derecho a recibir asistencia letrada gratuita y las condiciones para obtenerla; c) el derecho a ser informado de la acusación, de conformidad con el artículo 6; d) el derecho a interpretación y traducción; e) el derecho a permanecer en silencio.

2. Los Estados miembros garantizarán que la información establecida en el apartado 1 se proporcione verbalmente o por escrito, en un lenguaje sencillo y accesible, teniendo en cuenta las necesidades particulares de las personas sospechosas o acusadas que sean vulnerables.

Artículo 4 Declaración sobre los derechos en el momento de la detención

1. Los Estados miembros garantizarán que toda persona sospechosa o acusada que sea detenida o privada de libertad reciba con prontitud una declaración de derechos escrita. Se le dará ocasión de leer la declaración de derechos y se le permitirá conservarla en su poder durante todo el tiempo que dure la privación de libertad.

2. Además de la información que figura en el artículo 3, la declaración de derechos a la que se hace referencia en el apartado 1 del presente artículo contendrá información acerca de los siguientes derechos, tal como se apliquen con arreglo a la legislación nacional:

a) el derecho de acceso a los materiales del expediente;

b) el derecho a informar a las autoridades consulares y a una persona;

c) el derecho de acceso a atención médica urgente, y

d) el máximo número de horas o días que una persona sospechosa o acusada puede estar privada de libertad antes de ser llevada ante una autoridad judicial.

3. La declaración de derechos contendrá, asimismo, información básica relativa a las posibilidades, con arreglo a la legislación nacional, de impugnación de la legalidad de la detención, obtención de una revisión de la misma, o solicitud de la libertad provisional.

4. La declaración de derechos se redactará en términos sencillos y accesibles. En el anexo I figura un modelo indicativo de tal declaración.

5. Los Estados miembros garantizarán que la persona sospechosa o acusada reciba una declaración de derechos escrita en una lengua que comprenda. Cuando no se disponga de la declaración de derechos en la lengua apropiada, se informará a la persona sospechosa o acusada de sus derechos oralmente, en una lengua que comprenda. Posteriormente se le deberá entregar, sin demora indebida, una declaración de derechos en una lengua que comprenda.

[…]

En España la Ley Orgánica 5/2015 implementó ambas directivas, de manera que el derecho del imputado o acusado a ser asistido por un intérprete se extiende a todas las actuaciones en las que fuera necesaria su presencia, incluyendo el interrogatorio policial o por el Ministerio Fiscal y todas las vistas judiciales.

A fin de preparar la defensa, también tendrá derecho a servirse de un intérprete en las comunicaciones con su abogado que guardan relación directa con cualquier interrogatorio o vista judicial durante el proceso, o con la presentación de un recurso u otras solicitudes procesales.

El derecho a interpretación o traducción requiere además que se le facilite la traducción de los documentos esenciales, o al menos los pasajes pertinentes de dichos documentos. Tal y como se indica en la Directiva 2010/64/UE, determinados documentos, como son las resoluciones por las que se priva a una persona de su libertad, los escritos de acusación o las sentencias, se consideran siempre documentos

esenciales, por lo que se han recogido expresamente en la letra d) del apartado 1 del nuevo artículo 123 que se introduce en la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

La nueva regulación recoge que la traducción deberá hacerse en un plazo razonable, en consonancia con las exigencias del artículo 3 de la Directiva europea, y se posibilita el uso de las nuevas tecnologías para efectuar la interpretación, salvo que la presencia física del intérprete resulte necesaria para salvaguardar los derechos del imputado o acusado.

También se garantiza el derecho a recurrir la decisión por la que se deniegue el derecho a la interpretación o a la traducción, mediante la obligatoriedad de documentar por escrito la decisión judicial, así como la posibilidad de hacer constar en acta la protesta durante el juicio oral, lo que permitirá la interposición de los recursos correspondientes.

Los intérpretes o traductores judiciales serán designados entre aquellos incluidos en los listados elaborados por la Administración, facilitándose en casos de urgencia que otra persona conocedora del idioma, que se estime capacitada para esta tarea, pueda ser habilitada como intérprete o traductor eventual.

Todo este sistema se refuerza mediante la habilitación al juez o al Ministerio Fiscal para realizar las comprobaciones necesarias en aquellos casos en los que aprecie que la traducción o interpretación no ofrecen las garantías suficientes.

5. Otras garantías mínimas

En los tres primeros capítulos de este libro pusimos de relieve la historia del debido proceso y su evolución desde el derecho de defensa. Es en este tiempo cuando se reporta el vínculo con las garantías al juez natural, independiente e imparcial, y que tiene aplicación preferente al proceso penal. Esto queda en evidencia con la presunción de inocencia y el derecho a evitar la indefensión. A dichos desarrollos remitimos.

Ahora bien, el inciso segundo del artículo 8 de la CADH establece otras garantías mínimas que radican en la eficacia de la defensa técnica. El primer inciso que establece el derecho del inculpado a ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal, fue explicado en el párrafo anterior.

Los que siguen complementan el derecho a estar suficientemente informado para poder así preparar con suficiencia sus propios argumentos.

5.1 Comunicación previa y detallada al inculpado de la acusación formulada

La información que se debe proporcionar al imputado no reviste el carácter enunciativo de saber los motivos de la acusación, pues al haberse agregado en el texto que la comunicación ha de ser “detallada” significa que tendrá que cumplir con varios componentes para ser idónea y completa. En este sentido, primero habrá que analizar quienes son los sujetos que deban concretar el acto informativo (activos y pasivos); luego verificar el objeto de la información, como las formas o modalidades como se practica, y finalmente confrontar los tiempos de realización.

> La Observación General n° 32 del Comité de Derechos Humanos (ONU) dispone que […]: El derecho de toda persona acusada de un delito a ser informada sin demora, en un idioma que comprenda y en forma detallada, de la naturaleza y causas de los cargos formulados contra ella, consagrado en el apartado a) del párrafo 3, es la primera de las garantías mínimas de un proceso penal previstas en el artÌculo 14. Esta garantía se aplica a todos los casos de acusación de carácter penal, incluidos los de personas no detenidas, mas no a las investigaciones penales que preceden a la formulación de los cargos. La obligación de informar a la persona sobre las razones de su detención se establece por separado, en el párrafo 2 del artículo 9 del Pacto de Nueva York. El derecho a ser informado "sin demora" de la acusación exige que la información se proporcione tan pronto como una autoridad competente, con arreglo al derecho interno, formule la acusación contra una persona, o la designe públicamente como sospechosa de haber cometido un delito. Las exigencias concretas del apartado a) del párrafo 3 pueden satisfacerse formulando la acusación verbalmente, siempre que más tarde se confirme por escrito, a condición de bien que en la información se indiquen tanto la ley como los supuestos hechos generales en que se basa la acusación. En el caso de los procesos *in absentia* se requiere, de conformidad con el apartado a) del párrafo 3 del artículo 14, que, pese a la no comparecencia del acusado, se hayan tomado todas las medidas posibles para informarle de las acusaciones y de su juicio.

Quien debe notificar es el juez competente y no el acusador formal (Ministerio Público), pues no debe reunirse en una misma persona la condición de juez y parte.

Es natural que la Convención haya optado por regular la garantía dentro del sistema acusatorio, de modo que la tarea de investigación preliminar que culmina con la imputación preserva la bilateralidad y contradicción que resguarda el debido proceso.

> El principio acusatorio permite también una optimización del derecho de defensa al fijar, de manera previa, el hecho imputado que será materia de análisis, debate y ponderación en el juicio. El tribunal no debe apartarse de los hechos fijados en la acusación, ya que de otra forma estaría ingresando hipótesis propias, afectando la garantía de imparcialidad. El derecho a ser informado de la imputación se relaciona de manera directa y positiva con el principio acusatorio y el ejercicio del derecho de defensa[838].

Informar la acusación significa individualizar al sujeto imputado dando cuenta de la pretensión penal que se le formula; con ello se consigue bilateralizar el conflicto y custodiar el derecho del encartado para que pueda preparar la defensa y prueba que tenga contra ella.

Conocer los distintos elementos sobre los que la imputación se sustenta, favorece la situación en el proceso de quien a él se sujeta, en la medida en que evita su conversión en objeto de una investigación indiscriminada y secreta en menoscabo de sus derechos.

Notificar es formalizar un acto previo de investigación que se compone de varias cuestiones. No sólo son elementos fácticos vinculados donde lo importante a señalar es la participación que se le asigna al supuesto responsable, sino que agrega la tipicidad delictual encontrada, es decir, los elementos jurídicos que se van a utilizar en el proceso para resolver la relación entre los hechos, el sujeto y las normas. De allí que saber de qué se lo imputa es imprescindible para reconocer de cuanto se debe defender.

En consecuencia, la imputación es un acto concreto que delimita al sujeto, el tipo penal, reduce el ámbito de juzgamiento, y significa en orden al informe que se debe darse al imputado, conocer suficientemente todos los elementos de convicción que lo

---

[838] Castillo Alva, José Luis, *El derecho a ser informado de la imputación*, Temas penales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, Anuario de Derecho Penal, Madrid, 2008, p. 192.

relacionan con la investigación, el delito que se le atribuye, las circunstancias de tiempo, modo y lugar de la comisión del mismo y las disposiciones legales aplicables al caso en cuestión, todo ello con el fin de garantizarle el derecho a acceder e intervenir en el proceso, ejerciendo su derecho de defensa.

> Una imputación correctamente formulada es la apertura a la posibilidad de una defensa adecuada. La correcta acusación implica la posibilidad de plantear la estrategia defensista y, por consiguiente, el pleno ejercicio del derecho a ser oído. En esto radica la importancia de las garantías procesales que procuran limitar el poder punitivo del Estado, evitando que la persona pueda ser sometida a un procedimiento o pena arbitraria. Tanto porque el Estado no probó fehacientemente su participación en un hecho definido por la ley como delito, como porque no se respetaron los límites impuestos por el sistema constitucional a la actividad estatal destinada a comprobarlo y a aplicar la sanción[839].

El siguiente problema es establecer quién es el titular del derecho a ser informado, considerando que el imputado pasa de ser sospechoso a quedar emplazado por una declaración formal y expresa de la autoridad competente. La noción amplia es preferible para identificar a todo sujeto comprometido con la investigación, de modo tal que pueda entenderseque constituye acusación no solamente la notificación oficial del reproche de haber cometido una infracción, sino también cualquier medida que comporte repercusiones importantes sobre la situación del sospechoso[840].

Respecto a los aspectos formales de la comunicación, aunque la CADH no diga nada al respecto, debe darse por escrito. La entrega al acusado puede ser verbalizada por el juez competente o dejarla expresa en el acto procesal dispuesto, pero la resolución escrita es imprescindible.

Condición de suficiencia es la claridad de los conceptos y la concreción del tipo penal imputado (calificación jurídica), desde que las generalidades basadas en hechos diluídos por la imprecisión como se informan, constituye una ambigüedad que dificulta la defensa en juicio.

Finalmente el tiempo para efectuar la comunicación. En el caso *Suarez Rosero*[841] la Corte IDH dijo que […]

> El principio de "plazo razonable" al que hacen referencia los artículos 7.5 y 8.1 de la Convención Americana tiene como finalidad impedir que los acusados permanezcan largo tiempo bajo acusación y asegurar que ésta se decida prontamente. En el presente caso, el primer acto del procedimiento lo constituye la aprehensión del señor Suárez Rosero el 23 de junio de 1992 y, por lo tanto, a partir de ese momento debe comenzar a apreciarse el plazo.

La demora en anoticiar como corresponde produce violaciíon directa a las garantías mínimas que se estudian, y al mismo tiempo, impacta en el el derecho de petición que tiene el individuo para evitar prolongaciones innecesarias de restricciones a sus libertades.

---

[839] Cafferata Nores, José I., *Proceso Penal y Derechos Humanos*. *La influencia de la normativa supranacional sobre derechos humanos de nivel constitucional en el proceso penal argentino*. Del Puerto, Buenos Aires, 2007 (2ª edición), p. 15.

[840] Cfr. Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Caso Eckle contra Alemania*, Sentencia de 15 de julio de 1982.

[841] *Caso Suarez Rosero vs. Ecuador (Fondo)*. Sentencia de 12 de noviembre de 1997. Serie C N° 35, párr. 7

Por eso, sostiene la doctrina que […]

> Estas garantías de imputación e intimación son de acatamiento obligatorio, ya que a partir de su omisión pueden presentarse las primeras violaciones al debido proceso, por lo que representan una marcada preocupación en el Derecho Internacional, al punto que la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares la ha establecido a través de un mecanismo indirecto como parte de una obligación internacional recíproca en su artículo 36 que establece el derecho de las personas detenidas en otros países diferentes al de su nacionalidad, de ser informadas sin dilación por parte del Estado receptor, de su derecho a comunicarse con las autoridades consulares de su país. La finalidad de esta obligación para el Estado receptor es que el procesado extranjero tenga oportunidad de que autoridades consulares de su Estado, mediante el mecanismo que consideren oportuno, le provean un defensor a fin de que su derecho al debido proceso no sea nugatorio. Ello por cuanto probablemente se encuentre en desventaja por diferencias de idioma, desconocimiento del sistema legal, etc. Esa situación es aún más palpable cuando se trata de procesos en que está de por medio la pena capital[842].

5.2 Tiempo para preparar la defensa

El derecho de defensa en juicio implica garantizar el conocimiento de la causa. Cuando el juez comunica e informa los motivos que llevan a la imputación y formula los cargos correspondientes al tipo penal, no solamente notifica, porque al mismo tiempo debe abrir vista al acusado para que este pueda abordar las constancias escritas del expediente, con el objetivo de saber cuáles son las pruebas reunidas en su contra, y tener así el derecho concreto de rebatirlas.

El derecho de la defensa, entonces, supera la condición técnica formal del emplazamieento para dar tiempo y oportunidad para que la réplica sea útil y efectiva, sin condiciones ni urgencias que serían contrarias al espíritu de la garantía.

La Corte IDH entiende que este ejercicio obliga al Estado mediante quienes intervienen en su representación, a un obrar diligente por el cual todo medio prueba que sea el fundamento de la probable culpa de un acusado sea conocido por el sujeto afectado con el fin de rebatirlo cuando corresponda.

En efecto, en el caso *Cantoral Benavides vs. Perú*[843]el tribunal consideró violada esta garantía, entre otras, al sostener que […]

> Está probado en la presente causa que en el desarrollo de las actuaciones realizadas por los jueces del fuero común se presentaron las siguientes situaciones: a) se pusieron obstáculos a la comunicación libre y privada entre el señor Cantoral Benavides y su defensor; b) el abogado de la víctima no pudo lograr que se practicaran ciertas diligencias probatorias cruciales para los fines de la defensa, como la recepción de los testimonios de los miembros de la DINCOTE que participaron en la captura de Cantoral Benavides y en la elaboración del atestado incriminatorio; tampoco pudo conseguir que se celebrara la confrontación pericial tendiente a esclarecer las divergencias que arrojaron los dos peritajes grafológicos practicados en el proceso; y c) los jueces encargados de llevar los procesos por terrorismo tenían la condición de funcionarios de identidad reservada, o "sin rostro" por lo que fue imposible para Cantoral Benavides y su abogado conocer si se configuraban en relación con ellos causales de recusación y ejercer al respecto una adecuada defensa.

---

[842] Rodríguez Rescia, Víctor Manuel, *El debido proceso legal y la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, en Liber Amicorum. Héctor Fix-Zamudio, Volumen II, Secretaría de la Corte nteramericana de Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 1998, p. 1309.

[843] *Caso Cantoral Benavides vs. Perú* (*Fondo)*. Sentencia de 18 de agosto de 2000, párrafo 127.

La idea garantista está además contemplada en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que asegura el derecho a disponer del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de la defensa y a comunicarse con un defensor de elección (art. 14.3.b). En este sentido, se destaca como uno de los primeros actos imprescindiobles el de tener un abogado que esté presente en el proceso y que pueda defender al acusado conociendo antes de la indagatoria las causas de imputación.

La Observación General 32 del Comité de Derechos Humanos (ONU) expresamente indica que […]

> El apartado b) del párrafo 3 (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos) estipula que los acusados deben disponer del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa y deben poder comunicarse con un defensor de su elección. Esta disposición es un elemento importante de la garantía de un juicio justo y una aplicación del principio de igualdad de medios. En caso de que un acusado carezca de medios, la comunicación con la parte letrada sólo puede garantizarse si se le proporciona un intérprete sin costo alguno. Lo que constituye "tiempo adecuado" depende de las circunstancias de cada caso. Si los abogados consideran razonablemente que el plazo para la preparación de la defensa es insuficiente, son ellos quienes deben solicitar un aplazamiento del juicio. El Estado Parte no debe ser considerado responsable de la conducta de un abogado defensor, salvo que haya sido, o debiera haber sido, manifiestamente evidente para el juez que el comportamiento del abogado era incompatible con los intereses de la justicia. Existe la obligación de aceptar las solicitudes de aplazamiento que sean razonables, en particular cuando se impute al acusado un delito grave y se necesite más tiempo para la preparación de la defensa.

En suma, el derecho a disponer de tiempo para la preparación de la defensa es una garantía judicial del imputado y un derecho del defensor para contar con los medios adecuados para actuar con idoneidad su oficio.

No es solo la defensa técnica sino el conocimiento de cuanto se ha documentado en el expediente, siendo entonces necesario el tiempo para leer la causa y evaluar las pruebas producidas. Por eso se consideran materiales de descargo no sólo aquellos que establezcan la inocencia sino también otras pruebas que puedan asistir a la defensa (por ejemplo, indicios de que una confesión no fue hecha voluntariamente). En los casos en que se afirme que se obtuvieron pruebas en violación del artículo 7, también debe presentarse información sobre las circunstancias en que ellas se obtuvieron para que se pueda analizar la legalidad y pertinencia.

5.3 Derecho de comunicarse libre y privadamente con su defensor

El derecho a comunicarse con el defensor exige que se garantice al acusado el pronto acceso a su abogado. Los defensores (públicos o particulares) deben poder reunirse con sus clientes en privado y participar con los acusados en condiciones que garanticen plenamente el carácter confidencial de sus comunicaciones. Además, deben poder asesorar y representar a las personas acusadas de un delito de conformidad con la Ética profesional establecida, sin ninguna restricción, influencia, presión o injerencia indebida de ninguna parte.

Este inciso del artículo 8 faculta al defrensor a interrogar a los testigos presentes en el tribunal y hacer comparecer a otros declarantes que consideren necesarios para el ejercicio pleno de este derecho. De manera que si se pretenden restringir estas

manifestaciones del derecho de defensa sin que exista un motivo fundado y legal para, se estaría violentando la Convención.

Es una garantía concidente con otros Pactos, que especialmente admiten el derecho de las personas acusadas a interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo y a obtener la comparecencia de los testigos de descargo y a que éstos sean interrogados en las mismas condiciones que los testigos de usados para la imputación.

Ni más ni menos que la aplicación del principio de igualdad de armas que bilateraliza el conflicto y pone a la confrontación penal en un camino de equilibrio entre la fuerza y el poder del Estado contra quien, por vía de principio, es inocente hasta que se demuestre su culpabilidad.

De todos modos la Observación 32 antes referida dice […]

> Los acusados tienen las mismas facultades jurídicas para obligar a comparecer a testigos e interrogarlos y contrainterrogarlos que las que tiene la acusación. Sin embargo, no otorga un derecho ilimitado a obtener la comparecencia de cualquier testigo que soliciten los acusados o sus abogados, sino sólo el derecho a que se admita a testigos pertinentes para la defensa, y a tener la oportunidad de interrogar a los testigos de cargo e impugnar sus declaraciones en alguna etapa del proceso. Dentro de estas limitaciones, y con sujeción a las limitaciones impuestas al uso de declaraciones, confesiones u otras pruebas obtenidas en contravención del artículo 7 (CADH), corresponde en primer lugar a los poderes legislativos nacionales de los Estados Partes determinar la admisibilidad de las pruebas y la forma en que ha de ser evaluada por los tribunales.

En el caso *Lori Berenson vs. Perú*[844] se comprueba la restricción a la labor de la defensa de la presunta víctima y la escasa posibilidad de presentar pruebas de descargo durante el proceso seguido en el fuero militar. Allí se dijo que efectivamente, la presunta víctima no tuvo conocimiento oportuno y completo de los cargos que se le hacían; se obstaculizó la comunicación libre y privada entre la señora Lori Berenson y su defensor; los jueces encargados de llevar los procesos por traición a la patria tenían la condición de funcionarios de identidad reservada o "sin rostro", por lo que fue imposible para la señora Lori Berenson y su abogado conocer si se configuraban causales de recusación y poder ejercer una adecuada defensa; y el abogado de la presunta víctima sólo tuvo acceso al expediente el día anterior a la emisión de la sentencia de primera instancia.

En consecuencia, la presencia y actuación de la defensa fueron meramente formales. No se puede sostener que la presunta víctima contara con una defensa adecuada[845].

5.4 Derecho irrenunciable de ser asistido por Defensor

Antes de ahora hemos destacado la importancia de evitar la indefensión; derecho que la Corte IDH establece desde que una persona está señalada como posible autor o partícipe de un hecho punible. La defensa necesaria sólo culmina cuando finaliza el

---

[844] *Caso Lori Berenson Mejía vs. Perú* (*Fondo. Reparaciones y Costas*). Sentencia de 25 de noviembre de 2004. Serie C N° 119 párr. 167.

[845] Cfr. *Caso Cantoral Benavides*, supra nota 25, párr. 127; y *Caso Castillo Petruzzi y otros*, supra nota 25, párr. 148.

proceso, porque de otro modo, existiría la posibilidad de dejar sin garantías aquellos actos anteriores a la acusación formal.

Por eso, en *"Argüelles vs. Argentina"*[846] se dijo que el derecho a la defensa obliga al Estado a tratar al individuo en todo momento como un verdadero sujeto del proceso, en el más amplio sentido de este concepto, y no simplemente como objeto del mismo[847].

De allí que la asistencia profesional sea un recaudo ineludible, que debe ejercerse por un profesional del derecho para poder satisfacer los requisitos de una defensa técnica a través de la cual se asesore a la persona sometida a proceso, sobre la posibilidad de ejercer recursos contra actos que afecten derechos. Impedir a este contar con la asistencia de su abogado defensor significa limitar severamente el derecho a la defensa, lo que ocasiona desequilibrio procesal y deja al individuo sin tutela frente al ejercicio del poder punitivo[848].

La defensa técnica es la garantía propiamente dicha, y no la mera designación de abogado que representa al acusado. Su experticia permite realizar un control crítico y de legalidad en la producción de pruebas y puede compensar adecuadamente la situación de vulnerabilidad de las personas privadas de libertad en relación con el acceso efectivo a la justicia en términos igualitarios[849].

De todas formas, entre la designación de letrado defensor y el ejercicio de autodefensa surge cierta contradicción que se profundiza cuando la Corte destaca la tarea que los abogados ejercen en la promoción y protección de los derechos humanos. En efecto […]

> El tribunal ha considerado que la calidad de defensor de derechos humanos radica en la labor que se realiza, con independencia de que la persona que lo haga sea un particular o un funcionario público. La Corte se ha referido a las actividades de vigilancia, denuncia y educación que realizan las defensoras y los defensores de derechos humanos, resaltando que la defensa de los derechos no sólo atiende a los derechos civiles y políticos, sino que abarca necesariamente los derechos económicos, sociales y culturales, de conformidad con los principios de universalidad, indivisibilidad e interdependencia. A su vez, reconoce que existe un consenso internacional respecto a que las actividades realizadas por las defensoras de derechos humanos son las de promoción y protección de los derechos humanos, entre otras[850]

Observemos el párrafo siguiente al que sigue al "*derecho irrenunciable de ser asistido por un Defensor*" […] cuando dice "*si el inculpado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley*". Vale decir que el acusado puede defenderse por sí ¿es esto correcto para el afianzamiento de una garantía especial para el derecho defensa?

> Desde la prohibición del imputado para defenderse por abogados durante un período en Atenas, hasta la intervención amplia del interesado con un orador experto que lo asistía en

---

[846] *Caso Argüelles vs. Argentina*, cit., párr. 127

[847] Cfr. *Caso Barreto Leiva vs. Venezuela*, párr. 29, y Caso J. vs. Perú, párr. 194.

[848] Cfr. *Caso Barreto Leiva vs. Venezuela*, párr. 61. Caso *Vélez Loor vs. Panamá*, párr. 132.

[849] *Caso Argüelles vs. Argentina*, párr. 177.

[850] Corte IDH. *Caso Defensor de Derechos Humanos y otros vs. Guatemala. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 28 de agosto de 2014.

> la antigua Roma, y nuevamente, la limitación de intervención del abogado en la época del Imperio; o la prohibición para los indígenas de América de realizar consultas con abogados (como medida de "protección" por los innumerables daños que los letrados les habían ocasionado, ordenando Felipe II en 1589 "castigar con cien azotes a quienes los consulten"); desde la pérdida para el imputado de la calidad de parte procesal en la "terapia inquisitoria", hasta su derivación en la prohibición de actuación del defensor en la Ordenanza Criminal Francesa de 1670; desde la concepción sustentada por el modelo inquisitivo de que con la simple confesión se pondrá de manifiesto la culpabilidad o la inocencia...y entonces, ¿para qué un abogado? (sólo para hacerlos confesar, y si no lo logra, por lo menos que el abogado revele al juez lo que tuvo conocimiento), hasta la supresión de la actuación de abogados en Prusia por decreto real en 1780 (porque "va contra la naturaleza de las cosas que las partes no sean escuchadas directamente por el juez en sus demandas y quejas, sino que se vean precisadas a hacer valer sus necesidades a través de un abogado pagado"), o su definición según la Santa Inquisición:"infame, digno del castigo más severo, el que sabiendo tener un cliente culpable, de todos modos lo defiende"[851].

La respuesta que admite la autodefensa considera que el imputado es el principal interesado en defenderse con la verdad, cuando a la inocencia presunta que tiene quiere sumar argumentos y pruebas para corroborar lo que por vía de principios cuenta como principal defensa.

Guarecer en este pensamiento la garantía parece irremediablemente condenado a perder consistencia, por eso la evolución muestra que la defensa técnica supera la mínima garantia que ofrece la defensa personal.

La tutela efectiva obliga a igualar las posibilidades de acción y reacción. Si uno tiene más herramientas que el otro, la desigualdad aparece de inmediato, y así, la acusación hecha por quien tiene conocimientos y habilidades supera la debilidad de quien no cuenta con las mismas aptitudes.

> Jeremías Bentham, que precisamente no era muy proclive a argumentar la defensa sobre la tarea de abogados, sostenía que un proceso cualquiera no requería la presencia de un abogado para asistir a las partes, porque las leyes serían tan claras que cualquier ciudadano podría defender su posición en los tribunales sin que se le menoscaben sus derechos, encontrándose las partes litigantes en un natural equilibrio; pero de inmediato alegó que, la evolución de la historia indica que estos procedimientos no existen, debido a que la tan mentada idea de la eficiencia del poder penal estatal siempre estuvo un peldaño más arriba que el respeto al sistema de garantías, avalando todo tipo de atropellos sobre los ciudadanos […]. En el reinado de una legislación oscura y complicada, de un modo de enjuiciar lleno de fórmulas y cargado de nulidades, especialmente con una jurisprudencia no escrita, el ministerio de los abogados es indispensable[852].

En verdad la autodefensa proclamada en la CADH promueve el derecho a defenderse por sí mismo, aun admitiendo en el devenir jurisprudencial su preferencia por la defensa técnica. En consecuencia, el derecho de defensa puede tener tres manifestaciones: 1) autodefensa; 2) defensa encomendada a defensor particular; 3) defensa oficial asignada por el juez competente.

---

[851] Lopez Puleio, María Fernanda, E*l acceso a un defensor penal y sus ámbitos especialmente críticos*, Publicado en Revista "Das Defensorías Públicas Do Mercosul", Brasilia, DF, nº 3, jun 2013, ps. 7-50. Corresponde a la versión ampliada de la publicada en la obra colectiva: *La aplicación de los tratados de derechos humanos en el ámbito local. La experiencia de una década (1994-2004)*, compilada por Abramovich Víctor - Bovino, Alberto y Courtis, Christian, CELS-Editores del Puerto, Buenos Aires, 2007.

[852] Bentham, Jeremías, *Tratado de las Pruebas Judiciales*, Ejea, Buenos Aires, 1971, Capítulo XXI, p. 78.

Interesa ver, entonces, si quien es imputado puede actuar por sí mismo, cuan si fuera una dimensión alternativa al derecho a la asistencia técnica, resolviendo la garantía como un derecho autónomo, que se despoja en cierto modo, del carácter dual de la defensa penal, integrada normalmente por la concurrencia de dos sujetos procesales, el imputado y su abogado defensor, con independencia del desigual protagonismo de ambos.

En nuestro parecer el contenido del derecho a defenderse por sí mismo no se extiende a la facultad de prescindir de la preceptiva defensa técnica. El mandato legal de defensa por medio de abogado encuentra una propia y específica legitimidad, ante todo en beneficio del propio defendido, pero también como garantía de un correcto desenvolvimiento del proceso penal, asegurando, en particular, la ausencia de coacciones durante el interrogatorio policial y, en general la igualdad de las partes en el juicio oral, y evitando la posibilidad de que se produzca la indefensión del imputado de tal modo que frente a una acusación técnica aparezca también una defensa técnica.

En España, el Tribunal Constitucional analizando la Ley de Enjuiciamiento Crominal sostiene que […]

> La asistencia de letrado es, en ocasiones, un puro derecho del imputado; en otras, y además (unida ya con la representación del procurador), un requisito procesal por cuyo cumplimiento el propio órgano judicial debe velar, cuando el encausado no lo hiciera mediante el ejercicio oportuno de aquel derecho, informándole de la posibilidad de ejercerlo o incluso, cuando aun así mantuviese una actitud pasiva, procediendo directamente al nombramiento de abogado y procurador. En ningún caso cabe transformar un derecho fundamental que es simultáneamente un elemento decisivo del proceso penal en un mero requisito formal, que pueda convertirse en obstáculo insalvable para tener acceso a una garantía esencial […]. Frente a la carencia de complejidad técnica alegada por el demandante, la realización por el propio demandante del escrito de defensa como respuesta al escrito de acusación del Ministerio Fiscal, además de la articulación por su parte de las pruebas a practicar antes y durante la vista oral, pueden comprometer gravemente el derecho a las defensa del ahora demandante de amparo. La propia Comisión Europea de Derechos Humanos así lo ha entendido al apreciar que el art. 6.3 c) C.E.D.H. "no garantiza al acusado el derecho a decidir él mismo de qué manera asegurará su defensa", correspondiendo a la autoridades competentes decidir si el acusado se defenderá por sí mismo o con asistencia de un abogado elegido por él mismo o nombrado de oficio (decisión de admisibilidad de la demanda núm. 5.923/72 contra Noruega, de 3 de mayo de 1975)[853].

Queda así planteado el interrogante que debe resolver si el Sistema Interamericano, admite la autodefensa como sustitutiva del derecho a defenderse con abogado idóneo y de confianza, entendiendo que de este modo que satisface el derecho de defensa. La respuesta, obviamente, asentará en las condiciones del debido proceso, pues desde la aplicación convencional de cuanto se diga será obligatorio para los Estados parte.

En grandes líneas, las soluciones se adoptan en el derecho interno. Cuando un Estado permite la autodefensa, lo importante será observar la eficacia de las garantías contempladas en el artículo 8 CADH; si no lo considera, el punto de análisis será la idoneidad técnica del ejercicio del derecho de defensa.

---

[853] Tribunal Constitucional de España, Sentencia 42/1982.

Otro aspecto puede darse cuando quien decide ejercer su propia defensa sea abogado, en cuyo caso sería lógico deducir que nadie mejor que el propio acusado para defenderse sin necesidad de tener otra asistencia. Negarle esa posibilidad significaría tanto como inhibirlo de ejercer la profesión que acredita, sin darle otra justificación que la funcion distinta que cumplen en el proceso el imputado y su defensor.

La respuesta obvia puede ser apresurada si tenemos en cuenta que no siempre la experticia conduce a la objetividad, y si no se tiene objetividad, la defensa se aìsla de los mejores resultados. En efecto, a veces es prescindible la defensa técnica en casos donde no hay complejidad alguna en el objeto o tipo penal a dirimir. Pero cuanto más intrincado sea el conflicto, mayor será la responsabilidad del defensor, provocando un riesgo cierto dejar en manos del propio acusado el arte de abogar con plenitud.

5.5 Defensa pública

Cuando el acusado no se defiende personalmente ni designa letrado particular, el Estado debe proporcionar abogado defensor en forma gratuita.

No termina con esta dispensa la obligación, porque la defensa técnica que propicia la tutela preferente de los derechos humanos, quiere que el establecimiento no culmine con la designación formal de un letrado que efectivice la defensa pública, debiendo en toda causa donde intervenga con tal carácter, ser idónea y suficiente.

> En el "*Caso Chaparro Álvarez y Lapo Iñiguez vs. Ecuador"* la Corte consideró que la actitud de la defensora pública asignada al señor Lapo fue claramente incompatible con la obligación estatal de proporcionar una defensa adecuada a quien no pudiera defenderse por sí mismo ni nombrar defensor particular. En especial, la Corte resalta que la asistencia letrada suministrada por el Estado debe ser efectiva, para lo cual el Estado debe adoptar todas las medidas adecuadas. Por consiguiente, dispuso que el Ecuador violó en perjuicio del señor Lapo el derecho de contar con un defensor proporcionado por el Estado consagrado en el artículo 8.2.e) de la Convención, en conexión con el artículo 1.1 de la misma[854].

La CADH es más exigente que otros modelos internacionales de protección, los que solo atienden a la imposibilidad de solventar un abogado particular, para que actúe un abogado de la defensa oficial cuando los intereses de la justicia lo impongan. Aquella impone un "derecho irrenunciable" que toma en cuenta cualquier tipo de imputación excediendo, así, la situación de pobreza o la complejidad de la investigación y juicio penal.

Esta diferencia apunta a la eficacia que tenga el abogado defensor, que no significa liberarlo de culpa ni redimir sus culpas, sino hacer valer los derechos en juicio, dentro de un obrar responsable y consciente.

Este contenido esencial del concepto de defensa técnica adecuada, se explana en el *Caso Vélez Loor vs. Panamá*[855] (2010), donde la Corte IDH sostuvo […]

---

[854] *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador. Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 21 de noviembre de 2007. Serie C N° 172, párr. 159

[855] *Caso Vélez Loor vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 23 de noviembre de 2010. Serie C N° 218, párrs. 133 – 136.

> El hecho de que el señor Vélez Loor pudo acceder a la asistencia proporcionada de manera gratuita por la Defensoría del Pueblo en la República de Panamá y, también, pudo haber accionado los mecanismos de cooperación entre la Defensoría del Pueblo de Ecuador y la Defensoría del Pueblo de Panamá, que existen y que son válidos, sin perjuicio que el imputado pudo tener acceso directo al patrocinio legal gratuito que brinda en Panamá el Instituto de Defensa de Oficio, nada de ello significa que se le haya proporcionado derecho de defensa.
>
> En efecto, la actuación de la Defensoría del Pueblo es claramente distinta de la obligación estatal de proporcionar una defensa adecuada a quien no pudiera defenderse por sí mismo o nombrar defensor particular. Por tanto, el ámbito o espectro de actuación no satisface la garantía de un defensor proporcionado por el Estado que, en principio y para efectos convencionales, debe ejercer asistencia y representación legal amplia, desde las primeras etapas del procedimiento, ya que de lo contrario la asistencia legal carece de idoneidad por su falta de oportunidad. En especial, la Corte resalta que la asistencia letrada suministrada por el Estado no puede ser confundida con la actividad que en el marco de sus funciones realiza la Defensoría del Pueblo. Ambas pueden complementarse, pero para efectos convencionales están claramente diferenciadas.
>
> En lo que se refiere al alegado acceso directo que podrían tener los propios privados de libertad al patrocinio legal gratuito que brinda en Panamá el Instituto de Defensa de Oficio, del acervo probatorio del presente caso no consta que se haya informado al señor Vélez Loor sobre esta posibilidad ni que tuviera acceso comprobado al patrocinio legal gratuito del Instituto de Defensa de Oficio ni de otro medio de asistencia legal gratuita proporcionado por el Estado. Además, de la prueba presentada en este caso se desprende que para la época de la detención del señor Vélez Loor la Dirección Nacional de Migración no contaba con defensores de oficio para aquellas personas que carecían de los medios económicos para poder asumir una defensa legal.

La eficiencia debe tener en cuenta, además, la institucionalidad del defensor asignado, en razón de que en algunos lugares de Latinoamérica el Ministerio Público reúne en un órgano común las fiscalías de acusación e investigación, y las defensorías públicas.

Es lo que sucedió en el *Caso Barreto* Leiva[856] ya mencionado que destaca […]

> El derecho a la defensa técnica no puede ser satisfecho por quien a la postre realizará la acusación, esto es, el Ministerio Público. La acusación afirma la pretensión penal; la defensa la responde y rechaza. No es razonable depositar funciones naturalmente antagónicas en una sola persona. En consecuencia, el señor Barreto Leiva tenía, conforme a la Convención Americana, el derecho de ser asistido por su abogado defensor y no por el Ministerio Público, cuando rindió las dos declaraciones preprocesales indicadas. Al habérsele privado de esa asistencia, el Estado violó en su perjuicio el artículo 8.2.d de la Convención, en relación con el artículo 1.1 de la misma.

El objetivo no es separar la organización, sino darle a cada una la independencia e imparcialidad que necesita para elaborar con autonomía funcional y financiera el modelo más adecuado para la protección de los derechos humanos.

En el campo de la defensa penal es lo que señala la Resolución 342/2011 sobre "Garantías para el acceso a la justicia. Rol de los Defensores Públicos oficiales" […]

> 1. Afirmar que el acceso a la justicia, en tanto derecho humano fundamental es, a la vez, el medio que permite restablecer el ejercicio de aquellos derechos que hubiesen sido desconocidos o vulnerados.

---

[856] *Caso Barrero Leiva vs. Venezuela*, supra, párrs. 62 – 64.

> 2. Apoyar el trabajo que vienen desarrollando los Defensores Públicos Oficiales de los Estados del Hemisferio, el cual constituye un aspecto esencial para el fortalecimiento del acceso a la justicia y la consolidación de la democracia.
>
> 3. Afirmar la importancia fundamental que tiene el servicio de asistencia letrada gratuita para la promoción y protección del derecho de acceso a la justicia de todas las personas, en particular de aquellas que se encuentran en una situación especial de vulnerabilidad.
>
> 4. Recomendar a los Estados Miembros que ya cuentan con el servicio de asistencia letrada gratuita que adopten acciones tendientes a que los Defensores Públicos Oficiales gocen de independencia y autonomía funcional.
>
> 5. Alentar a los Estados que aún no cuenten con la institución de la defensa pública, que consideren la posibilidad de crearla en el marco de sus ordenamientos jurídicos.
>
> 6. Exhortar a los Estados a promover oportunidades de cooperación internacional para el intercambio de experiencias y buenas prácticas en la materia.
>
> 7. Alentar a los Estados y a los órganos del sistema interamericano a promover la celebración de convenios para la realización de capacitaciones y formación de los Defensores Públicos Oficiales.
>
> 8. Respaldar la labor de Asociación Interamericana de Defensorías Públicas (AIDEF) en el fortalecimiento de la defensa pública en los Estados Miembros.
>
> 9. Solicitar al Consejo Permanente que informe a la Asamblea General, en su cuadragésimo segundo período ordinario de sesiones, sobre la implementación de la presente resolución, cuya ejecución estará sujeta a la disponibilidad de recursos financieros en el programa-presupuestario de la Organización y otros recursos.

Según lo expuesto –afirma Stella Maris Martínez-, se observa que el derecho a la defensa técnica no se viola únicamente ante la actuación negligente del abogado defensor, sino que tampoco se lo garantiza cuando existe un desempeño desleal y en la medida en que el defensor no esté en condiciones de tomar decisiones independientes acerca de cómo conducir la defensa, libre de toda injerencia, influencia o presión indebida[857].

> Además, la falta de autonomía de los defensores públicos genera problemas de desigualdad entre los justiciables, en la medida en que coloca en desventaja a quienes no tienen recursos para solventar defensas particulares, pues quien puede pagar un abogado privado no sometido a posibles instrucciones de jueces o fiscales estará en mejor posición que quienes deben optar por una Defensa Pública institucional y/o funcionalmente dependiente, cuyos agentes probablemente actúen de manera ineficaz por las presiones referidas (o por temor a ellas). La noción de autonomía es exigible tanto para la parte acusadora[858].

5.6 Derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos

---

[857] Martínez, Stella Maris, *Autonomía de la Defensa Pública*, Revista del Ministerio Público de la Defensa, N° 9, p. 17.

[858] En las "Directrices sobre la Función de los Fiscales" del Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, se reconoce como un principio básico de la función de los fiscales su independencia respecto de la función juzgadora. Esto aparece reafirmado por el reconocimiento del rol de control que ejercen los fiscales en relación a la actividad de los jueces. Cf. "Directrices sobre la Función de los Fiscales", Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en La Habana (Cuba), del 27 de agosto al 7 de setiembre de 1990, ONU Doc. A/CONF.144/28/Rev. 1, p. 189.

Esta disposición prevista en la Convención Americana refiere al interrogatorio de testigos "presentes en el Tribunal", a diferencia del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que solamente se refiere "a los testigos de cargo". La diferencia no parece ser importante, a no ser que comience a separarse entre testimonios considerados en la etapa del debate respecto de los prestados en la investigación, o de aquellas declaraciones no sustanciales o de imposible práctica (testigos ausentes, fallecidos o con paradero desconcido después de la declaración prestada).

La asimetría confunde a la doctrina y confronta con la jurisprudencia de la Corte IDH que sostiene que la garantía de defensa en juicio debe contarse desde que comienza la investigación.

En efecto, algunos afirman que […]

> Desde mi punto de vista, una correcta intelección de la norma de la Convención, nos debe llevar a entender que se hace referencia a los testigos "presentes en el Tribunal", en razón de que la garantía cobra relevancia y debe hacerse efectiva durante la etapa del juicio, por ser éste el momento en el que se produce la prueba que el tribunal valorará en la sentencia. La presencia del órgano de prueba en el tribunal da cuenta de la "inmediación", atributo propio del juicio oral (a contrario del proceso escrito en el que, en virtud de la delegación, el testigo no depone ante el tribunal que decide, sino ante el funcionario que el investigador designe). La garantía asegura de este modo el control probatorio por los interesados en el momento en el que resulta sustancial: el juicio; y si no lo hace en etapas previas es porque se entiende que sólo el juicio proporcionará base probatoria válida para imponer una pena. Al control probatorio lo completa su contracara: la posibilidad de producir prueba de descargo, facultad que también asegura la Convención cuando -de seguido y en la misma manda- consagra el derecho a obtener la comparecencia "como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos". Estos dos preceptos –controlar y producir prueba-, integran el derecho de defensa que asiste al imputado durante la tramitación del proceso, pero que necesariamente durante el juicio, en virtud del principio de igualdad de "armas" o equiparación de facultades entre partes, deviene en garantía de ineludible observancia[859].

En posición contraria se dice que […]

> Cuando la reglamentación del art. 391 inc. 3° del Código Procesal Penal de la Nación, permite incorporar testimonios de cargo sin el control de la defensa, se conculca lo dispuesto por los arts. 18 de la Constitución Nacional y 14.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Y su declaración de inconstitucionalidad se impone dado que no resulta posible -sin prescindir lisa y llanamente de la letra de la ley- efectuar una exégesis tal de la norma en cuestión que permita entender que ésta exige la verificación de las condiciones impuestas por las normas fundamentales (que la defensa material y técnica haya podido ejercitarse) para la incorporación por lectura al debate de declaraciones testimoniales de cargo, prestadas durante la instrucción por personas que hubieren fallecido, estuvieren ausentes del país, se ignorare su residencia o se hallaren inhabilitadas para declarar[860].

La cuestión debe colegirse a tono con el objeto que se quiere asegurar: el efectivo derecho de defensa. Por eso interpretamos que la regla debiera ser que todo

---

[859] Freire, Manuel, Defensa en juicio. *El control de la prueba de cargo frente a la posibilidad de incorporar por lectura testimonios brindados en la investigación penal preparatoria*. Pensamiento penal, doctrina 36859.

[860] Magariños, Mario, comentario al fallo "*Alfonzo, Cristian D. s/robo con armas*", causa N° 307/414, TOC 23, Ciudad de Buenos Aires, sentencia de 7 de marzo de 1997.

imputado pudiera tener una oportunidad adecuada y apropiada para desafiar y cuestionar a un testigo o a cualquiera que hubiera hecho declaraciones en su contra.

Es la inteligencia que aplicó la Corte IDH en "*Castillo Petruzzi vs. Perú*", usando al respecto la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que admitió la prerrogativa de "examinar los testigos en su contra y a su favor, bajo las mismas condiciones, con el objeto de ejercer su defensa".

La Corte Suprema de Justicia de la Nación adopta un criterio similar y sostiene que […]

> La invocación de la imposibilidad de hacer comparecer al testigo no baste para subsanar la lesión al debido proceso que significa que, finalmente, la parte no haya tenido siquiera la posibilidad de controlar dicha prueba. Desde este punto de vista, lo decisivo no es la legitimidad del procedimiento de incorporación por lectura, el cual, bajo ciertas condiciones, bien puede resultar admisible, sino que lo que se debe garantizar es que al utilizar tales declaraciones como prueba se respete el derecho de defensa del acusado (conf. TEDH, caso *Unterpertinger vs. Austria*, serie A, N° 110, sentencia del 24 de noviembre de 1986, esp. párr. 31)[861].

Actualmente, el literal f) del artículo 8.2 de la Convención consagra la "garantía mínima" del "derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos", la cual materializa los principios de contradictorio e igualdad procesal.

La Corte ha señalado que entre las garantías reconocidas a quienes hayan sido acusados está la de examinar los testigos en su contra y a su favor, bajo las mismas condiciones, con el objeto de ejercer su defensa[862]. La reserva de identidad del testigo limita el ejercicio de este derecho puesto que impide a la defensa realizar preguntas relacionadas con la posible enemistad, prejuicio y confiabilidad de la persona misma del declarante, así como otras que permitan argumentar que la declaración es falsa o equivocada[863].

En el "*Caso Norín Catrimán y otros vs. Chile*"[864] se tuvo presente que el Estado podía reservar la identidad de ciertos testigos con el fin de garantizar los derechos a la vida y la integridad, la libertad y la seguridad personales de quienes declaran en el proceso penal. Y que solamente se violaría la garantía del artículo 8.2.f de la CADH cuando la declaración que no se puede controvertir por la identidad reservada sea la determinante para resolver la condena.

5.7 Derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable

---

[861] Fallos, 329:5556.

[862] Cfr. *Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú, Fondo, Reparaciones y Costas*, párr. 154, y Caso J. vs. Perú, párr. 208

[863] Cfr. Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Caso Kostovski vs. Países Bajos*, N° 11454/85. Sentencia de 20 de noviembre de 1989, párr. 42.

[864] *Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activista del Pueblo indígena Mapuche) vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 29 de mayo de 2014. Serie C N° 279, párr. 243.

Los apremios ilegales son parte de la historia que reprimió el debido proceso con sus principios devenidos en garantías. A veces no es solo un derecho del que declara como sospechoso, sino de todo declarante que puede resultar sorprendido por un testimonio que lo responsabiliza en forma directa.

En definitiva, una suerte de inmunidad que proscribe cualquier método o técnica de inquisición para compelir la voluntad o debilitar al individuo por coacción física, psíquica o moral, o eventualmente con el uso de drogas o procedimientos como las pruebas de verdad.

De igual modo es un compuesto integrado a otras garantías, como el derecho a permanecer callado; a que se considere como presunta la inocencia del encartado, e inclusive, llega a la nulidad de la declaración confesoria cuando se presta sin la presencia del abogado defensor.

Además, si la declaración se toma bajo juramento, el mismo entraña una coacción moral que invalida los dichos expuestos en esa forma, pues no hay duda que exigir juramento al imputado que va a interrogar, constituye una manera de obligarle, eventualmente, a declarar en su contra. La declaración de quien es juzgado por delitos, faltas o contravenciones, debe emanar de la libre voluntad del encausado, el que no debe ni siquiera verse enfrentado con un problema de conciencia, cual sería la disyuntiva de faltar a su juramento de decir verdad[865].

En todo caso, quien declara voluntariamente no puede hacerlo más que como ejercicio del derecho de defensa, sin que se pueda adoptar lo dicho como fuente de prueba en sentido incriminatorio. En otras palabras, el irrestricto respeto por el sistema garantista, implica que la declaración del imputado no pueda utilizarse en su contra; sus propios dichos deben de ser valorados de acuerdo a su posición adversarial, como un medio de defensa, cuestión distinta es que el imputado haciendo uso de su mejor derecho decida confesar su culpabilidad[866].

Sin embargo, el inciso 3° del art. 8 CADH sostiene que […] *La confesión del inculpado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza.* Afirmación de dudosa procedencia objetiva y directa, toda vez que la confeción, por sí misma, no puede tener el alcance en materia penal de una *probatio probatissima*.

Para que cuente con validez y eficacia debe reunir varios recaudos de legalidad y legitimidad, a saber:

a) Debe manifestarse ante el juez competente o ante el Fiscal de la causa, siempre que se ratifique ante la jurisdicción lo expuesto.

b) La confesión es personal y no se puede expresar por escrito presentado por el Defensor. Es un acto de contenido personalísimo, indelegable e individual. No es más que una declaración personal expresa, circunstanciada y de pormenorizado relato.

c) La confesión ha de ser voluntaria y pronunciada líbremente. Es un acto de autodeterminación que no admite coacción alguna ni sugerencia de conveniencias oportunistas.

---

[865] Fallos, 281:177.

[866] Binder, Alberto, *Introducción al derecho procesal penal*. Ad hoc. Buenos Aires, 1993, p. 310.

d) No debe tener segundas intenciones, ni ser la causa de una negociación, a diferencia de otras legislaciones que negocian la pena a cambio de una autoinculpación.

e) La voluntad debe ser consciente y razonada, comprender el alcance de cuanto se expresa y las consecuencias que del acto se derivan. Por eso es nula la confesión dicha por engaños o mentiras, o con el ejercicio de preguntas capciosas o sugestivas que pueden llevar a confesar un hecho por error.

f) Únicamente se confiezan hechos, sin que los derechos admitidos o reconicidos, o los juicios de valor, tengan predicamento probatorio.

g) No es confesión la simpe admisión; ni es útil ni eficaz el reconocimiento implícito o deducido. Por eso, la confesión que se expresa con los parámetros anteriores vale mientras no sea vaga ni genérica.

En el caso *"Cabrera García y Montiel Flores vs. México"*[867],la Corte consideró que los tratos crueles sufridos por las víctimas proyectaron sus efectos en las primeras declaraciones rendidas ante el Ministerio Público, así como a la primera declaración ante juez, en las que confesaron haber cometido algunos delitos que se les imputaban. Por tanto se concluyó que los tribunales que llevaron a cabo el proceso penal en contra de los señores Cabrera y Montiel en todas las etapas del proceso debieron excluir totalmente las confesiones rendidas por estos, por cuanto la existencia de tratos crueles e inhumanos inhabilitaba el uso probatorio de dichas evidencias. Lo anterior generó la violación del artículo 8.3 en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana.

La Observación General 32 ya referida dice al respecto […]

> La garantía de no declarar contra uno mismo ni a confesarse culpable es una salvaguardia que debe interpretarse en el sentido de que no debe ejercerse presión física o psicológica directa o indirecta alguna sobre los acusados por parte de las autoridades investigadoras con miras a que se confiesen culpables. Con mayor razón es inaceptable tratar a un acusado de forma contraria al artÌculo 7 del Pacto a fin de obligarlo a confesar. El derecho interno debe establecer que las pruebas y las declaraciones o confesiones obtenidas por métodos que contravengan el artÌculo 7 del Pacto quedarán excluidas de las pruebas, salvo que se utilicen para demostrar que hubo tortura u otros tratos prohibidos por esta disposición, y que en tales casos recaerá sobre el Estado la carga de demostrar que las declaraciones de los acusados han sido hechas libremente y por su propia voluntad.

5.8 El inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juez por los mismos hechos

a) Hay que ver una diferencia entre llamar al principio *non bis in idem* o *ne bis in idem* que aunque carece de importancia, sirve para dar una lectura más permeable. Vale decir, el primero afirma que nadie puede ser juzgado dos veces por un mismo delito; y el segundo, que nadie puede ser enjuiciado por el mismo hecho una vez que tiene sentencia firme. Este segundo aspecto es el que parece afianzar la CADH.

El *non bis in idem* sustancial atiende la infracción jurídica (el tipo penal); y el *ne bis in idem* garantiza el derecho procesal a no ser sometido a juzgamiento dos o más veces cuando hay identidad fáctica.

---

[867] *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México*. *Fondo. Reparaciones y Costas*. Sentencia de 26 de noviembre de 2010. Resumen oficial emitido por la Corte IDH.

El principio se adopta para evitar la reiteración de juzgamiento ante el hostigamiento judicial (provenga de la administración o del Ministerio Público Fiscal) en cualquiera de los dos perfiles. Nadie podrá ser atacado por un delito juzgado ni sometido a otro proceso por hechos resueltos. Pero jamás el principio podrá usarse como custodio de la impunidad o salvaguarda de conductas mal investigadas.

Por tanto, como principio supone ser una guía u orientación para el juez[868], más nunca podrá articularse como una limitación judicial, que le impida al tribunal realizar un estudio del caso donde la ponderación actuada encuentre dicha valla formal como infranqueable. Por ejemplo, no se podrá juzgar dos veces el mismo delito, pero hay delitos que estando juzgados pueden quedar revisables por la modificación del tipo penal (v.gr.: desaparición forzada de personas; terrorismo; narcotráfico; lavvado de dinero; corrupción, etc.). Tampco se pueden reconsiderar las mismas situaciones fácticas, sin embargo cuando los hechos fueron modificados en el proceso, o tuvieron una visión acotada a lo realmente sucedido, o ingresan en un test distinto de evaluación al ya obtenido, no habría obstáculos para que el ne bis in idem funcione sin el alcance absoluto que se pretende[869] ( ).

Quienes ven en el *bis in idem* una garantía (por ejemplo, la Convención Americana sobre Derechos Humanos) no dejan de reconocer sus limitaciones.

Explica Ottaviano que […]

> "No es la prohibición en estudio la expresión jurídica de un bien humano básico, ni puede ser considerada como parte del contenido de ningún derecho humano en particular. Ella constituye más bien un mecanismo de tutela orientado a evitar la vulneración del conjunto de derechos fundamentales que pueden llegar a ser afectados en el marco de un proceso penal, por las múltiples restricciones que éste conlleva, como quedará dicho al exponer sus fundamentos. Es una manera de proteger a la persona evitando que el poder penal sea ejercido de manera repetida y por eso mismo abusiva. Además su carácter de garantía resulta más fácil de comprender tomando en consideración su incardinación en el conjunto de las garantías del proceso equitativo"[870].

En Estados Unidos evitan que se revise dos o más veces el tipo penal usando para ello el test de la misma evidencia (*same evidence test*), lo cual *mutatis mutandi* significa que nuevos aportes probatorios reabren, cuantas veces sea necesario, el juzgamiento del tipo con el límite de la prescripción de la acción penal .

El *double jeopardy*[871] no funciona ni es compatible cuando es la propia ley la que condiciona su aplicación, demostrando así que antes que una garantía, el bis in idem

---

[868] Gozaíni, Osvaldo A., *Garantías, Principios y reglas del proceso civil (Sobre el cambio en los principios procesales)*, Editorial académica española, Madrid, 2013, 639 páginas

[869] Sostiene Lelieur Fischer que […] que la vinculación entre *ne bis in idem* y dignidad humana es la que permite entender la unicidad de la sanción retributiva como un derecho fundamental. Aquí se entiende que si bien, por sus fundamentos, el carácter de garantía *ius* fundamental se la prohibición de *bis in idem* es innegable, ello por sí solo no basta para considerarla propiamente un derecho (Lelieur Fischer, Juliette, *Comments on the Green Paper on Conflicts of Jurisdiction and the principle of ne bis in idem in criminal proceedings*. Comisión de las Comunidades Europeas, Registro JLS/748/06/EN. Cfr. Gozaíni, Osvaldo A., *Revisión de la cosa juzgada,* Ediar, Buenos Aires, 2016, Capítulo VIII.

[870] Ottaviano, Santiago, *La garantía del ne bis in idem,* Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional nº 70, Porrúa, México, 2013, ps. 3/4.

[871] En inglés la garantía expresa […] *nor shall any person be suject for the same offence to be twice put in jeopardy of life or limb* (es decir: ninguna persona podrá ser dos veces puesta en peligro de vida o de [la

es un principio fungible con la voluntad legal. Aun siendo único el delito investigado, la multiplicación de hechos permite ampliar los marcos referenciales[872].

Finalmente hay otra limitación al principio que proviene de la decisión cuya dúplica se intenta evitar. Esto lleva de la mano a encontrar que solo las sentencias firmes, que alcanzaron el estado de cosa juzgada, son las que marcan el test de igualación para que actúe el *non bis in idem*.

Si hay providencias judiciales de registro abierto (sobreseimiento provisorio; archivo de la causa; suspensiones dispuestas en materia penal; o caducidad de instancia, falta de prueba, sentencia en rebeldía, etc., en el orden civil) no hay operatividad del doble juzgamiento y sanción, justamente porque la absolución o la condena no existe por sentencia firme.

La identidad de fundamentos para un mismo sujeto es la que justifica el uso del principio, aun cuando los procedimientos sean distintos y los objetivos estén cambiados. Si el punto de encuentro está en la misma evidencia, hay una duplicación prohibida.

b) El principio en la jurisprudencia argentina parte de considerar que en la Constitución originaria no se incluyó el principio *non bis in idem*, después ingresado por la vía de los derechos y garantías implícitos en los Tratados y Convenciones sobre derechos humanos que se mencionan en el artículo 75 inciso 22.

El derecho de defensa en juicio y la condena sostenida en fundamentos de ley fueron los primeros basamentos del debido proceso, de modo que este fue el tandem de análisis para la revisión de condenas, consiguiendo por vez primera un estudio más particular en el año 1968.

La causa "Mattei"[873], fue la oportunidad que tuvo la Corte Suprema de Justicia de la Nación para estudiar la procedencia del non bis in idem, interpuesto por Angel Mattei contra una sentencia de la Cámara Federal de apelaciones (La Plata) que había declarado la nulidad de oficio la nulidad de la investigación, y en consecuencia, reabriendo la causa cuyo sobreseimiento dejaba sin efecto[874].

---

integridad de] sus miembros, por el mismo delito). La etimología de la voz inglesa *jeopardy* remite al francés del siglo XIV *jeu parti*, es decir: juego dividido. De las dos acepciones que dan los diccionarios de idioma inglés, la segunda indica, específicamente: peligro al que una persona acusada se encuentra sujeta cuando se la juzga por una ofensa de carácter criminal.

[872] El núcleo del test pasa por establecer qué es una "diferencia esencial". Hay casos que demuestran que la interpretación de los tribunales estadounidenses no es para nada generosa con los imputados. Así, por ejemplo, en *Ward vs. Indiana*, se entendió que el manoseo practicado por el acusado a un menor y su intento, prácticamente inmediato, de penetrarlo constituían dos hechos independientes, tanto por las exigencias típicas de los delitos, de cómo por la prueba requerida (el plus probatorio estaría en la penetración). De este modo, ratificaron las condenas por dos delitos: *attempted child molesting y child molesting* […]. Cfr. Ottaviano, ob. cit., p. 21 nota 36.

[873] Fallos, 272:188.

[874] El Procurador General sostuvo que el problema era saber si, sustanciado un proceso en la forma que indica la ley, se podía invalidar todo lo actuado, no por omisión o vicio de formas esenciales del juicio - desde que estaba bien desarrollado el sumario, con acusación, defensa y oportunidad de producir pruebas

Sostuvo la Corte […]

> "Que el derecho a un juicio razonablemente rápido se frustraría si se aceptara que cumplidas las etapas esenciales del juicio y cuando no falta más que el veredicto definitivo, es posible anular lo actuado en razón de no haberse reunido pruebas de cargo, cuya omisión sólo cabría imputar a los encargados de producirlas, pero no por cierto al encausado. Todo ello con perjuicio para éste en cuanto, sin falta de su parte, lo obliga a volver a soportar todas las penosas contingencias propias de un juicio criminal, inclusive la prolongación de la prisión preventiva; y con desmedro, a la vez, del fundamento garantizador -como tal de raigambre constitucional- que ha inspirado la consagración legislativa de ciertos pilares básicos del ordenamiento penal vinculados con el problema en debate, cuales son el del "non bis in ídem", el del "in dubio pro reo" y el que prohibe la "simple absolución de la instancia" (art. 7°, 13 y 497, Cód. Proced. Criminal).
>
> "Que, por último, es preciso puntualizar que la idea de justicia impone que el derecho de la sociedad a defenderse contra el delito sea conjugado con el del individuo sometido a proceso, en forma que ninguno de ellos sea sacrificado en aras del otro. Insuficiencias de la índole que ha señalado el a quo en la resolución apelada no son, por su naturaleza, causales de nulidad; sin que ellos obste por cierto, a que los jueces de alzada, en ejercicio de los poderes de superintendencia directa que les están atribuidos, adopten las medidas que estimen corresponder en caso de incumplimiento de los deberes propios de los distintos órganos del proceso".

En 1975 el caso "Jacobo Belozercovsky" [875] comienza con el dictamen del Procurador General donde afirma que el derecho federal se encontraba en la garantía contra el doble proceso consagrado en el derecho procesal, por entonces vigente, y en normas constitucionales que no menciona pero consideradas manifiestas.

La Corte tuvo en cuenta el dictamen y revocó la sentencia por defectos de fundamentación, porque habiendo rechazado la excepción de cosa juzgada, no había dado fundamentos suficientes (no explicó porque los hechos eran diferentes).

Esta causa se menciona porque son muchas las veces que se refiere a la *res judicata* y la litis pendencia como impedimentos para renovar el enjuiciamiento, sin que en ellos haga referencia al principio *non bis in idem*.

Sostiene Hendler que en el año 2007, se da la causa "Mazzeo"[876] que revisó el decreto de indulto 1002/98 -dictado con anterioridad al reconocimiento con jerarquía constitucional de los instrumentos internacionales agregados por el art. 75.22-, entendiendo que, tratándose de delitos de lesa humanidad, no existían limitaciones a su juzgamiento en tiempo y espacio, y tampoco podía concederse indultos o dictarse leyes de prescripción que impidan su juzgamiento y condena.

La sentencia llega después de que el Alto Tribunal había examinado en los precedentes "Arancibia Clavel"[877] y "Simón"[878] la procedencia de revisión sobre delitos de lesa humanidad, debiendo ahora afrontar las emergencias del principio non bis in idem.

---

de cargo y de descargo- sino con el exclusivo fundamento de que el inferior no realizó durante la instrucción diversas diligencias que se estimaban de interés para el esclarecimiento del caso.

[875] CS, 3 de Julio de 1975.

[876] CS, 13 de julio de 2007.

[877] Fallos: 327:3312.

[878] Fallos: 328:2056.

Afirma, entonces, que […]

> "Cabe recordar que la garantía de la cosa juzgada ha sido reconocida por nuestros tribunales como una derivación implícita de diferentes cláusulas de la Constitución Nacional. Hoy, además, está expresamente prevista en los arts. 8. inc. 4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y 14 inc. 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. La Corte, al referirse a dicha garantía ha sostenido que "la estabilidad de las decisiones jurisdiccionales, en la medida que constituye un presupuesto ineludible de la seguridad jurídica, es exigencia de orden público, siendo el respeto de la cosa juzgada uno de los pilares fundamentales sobre los que se asienta nuestro sistema constitucional" (Fallos: 312:122; 313:904, 1297). Sin embargo, dicho principio ha estado sujeto a algunas excepciones. Entre otras razones, el Tribunal entendió que la afectación a "...la seguridad jurídica, propia de las sentencias firmes...no debe ceder a la razón de justicia" (Fallos: 254:320); y que es conocido el principio conforme con el cual son revisables las sentencias fraudulentas o dictadas en virtud de cohecho, violencia u otra maquinación. Y que no puede invocarse tal garantía cuando "...no ha habido un auténtico y verdadero proceso judicial, ni puede aceptarse que, habiendo sido establecida la institución de la cosa juzgada para asegurar derechos legítimamente adquiridos, cubra también aquellos supuestos en [que] los que se reconoce que ha mediado sólo un remedo de juicio..." (Fallos: 279:54, entre otros).
>
> "Cabe tener presente además que la cosa juzgada se dirige a lograr la plena efectividad de la prohibición de la doble persecución penal (Fallos: 315:2680). Así, ambas garantías se encuentran íntimamente interrelacionadas en cuanto a su objeto y fin.
>
> "Que respecto de la prohibición a la doble persecución penal, la jurisprudencia de la Corte ha sido inspirada en la de su par norteamericana (Fallos: 299:221; dictamen del señor Procurador General en Fallos: 298:736). Ello lo fue incluso al definir su objeto que es "impedir que el Estado, con todos sus recursos y poder, haga repetidos intentos para condenar a un individuo por un supuesto delito, sometiéndolo así a molestias, gastos y sufrimientos y obligándolo a vivir en un continuo estado de ansiedad e inseguridad" (Fallos: 298:736).
>
> "Que, lo cierto es que, más allá de cuáles son los contornos precisos de la garantía que prohíbe el doble juzgamiento respecto de delitos comunes, en el derecho humanitario internacional los principios de interpretación axiológicos adquieren plena preeminencia, tanto al definir la garantía del ne bis in idem como la cosa jugada. Ello así en la medida en que tanto los estatutos de los tribunales penales internacionales como los principios que inspiran la jurisdicción universal, tienden a asegurar que no queden impunes hechos aberrantes. Por ello, sin perjuicio de dar prioridad a las autoridades nacionales para llevar a cabo los procesos, si tales procesos locales se transforman en subterfugios inspirados en impunidad, entra a jugar la jurisdicción subsidiaria del derecho penal internacional con un nuevo proceso".

c) El principio en la jurisprudencia de la Corte IDH tiene al *non bis in idem* en el artículo 8 (Garantías Judiciales) apartado 4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, disponiendo que […] el inculpado absuelto por una sentencia firme no sea sometido a un nuevo juicio por los mismos hechos.

La redacción defectuosa tolera ambigüedades en la interpretación, porque la necesidad de una sentencia absolutoria podría llevar a que el condenado sea pasible de múltiples juzgamientos; o que la diversidad de tipos penales fluyera con motivos distintos para calificar iguales hechos.

Esta confusión generó varias sentencias actuando la norma en el caso concreto, disputando entre ellos cuál era la guía jurisprudencial más uniforme.

No vamos a enumerar todos los casos que pronunció la Corte IDH, sino solo aquellos que dan inteligencia al artículo 8.4 de la Convención.

En "*Loayza Tamayo vs. Perú*"[879] la Corte se ocupa de resolver si la prescripción de la pena era un impedimento para la investigación, y al mismo tiempo, un fundamento para considerar el resultado final de un juzgamiento.

Allí sostuvo que […]

> "La invocación y aplicación de la misma es inaceptable cuando ha quedado claramente probado que el transcurso del tiempo ha sido determinado por actuaciones u omisiones procesales dirigidas, con clara mala fe o negligencia, a propiciar o permitir la impunidad. Así, la Corte reitera lo señalado en otras oportunidades, en el sentido de que "[e]l derecho a la tutela judicial efectiva exige [...] a los jueces que dirijan el proceso de modo de evitar que dilaciones y entorpecimientos indebidos conduzcan a la impunidad, frustrando así la debida protección judicial de los derechos humanos"[880].

Es decir que la prescripción cede ante los derechos de las víctimas cuando se presentan situaciones de obstrucción de la obligación de identificar, juzgar y sancionar a los responsables de un delito.

La Corte, en el caso, ratifica[881] refiriéndose al principio *ne bis in idem*, que éste no resulta aplicable cuando:

1) La actuación del tribunal que conoció el caso y decidió sobreseer o absolver al responsable de una violación a los derechos humanos o al derecho internacional obedeció al propósito de sustraer al acusado de su responsabilidad penal.

2) El procedimiento no fue instruido independiente o imparcialmente de conformidad con las debidas garantías procesales, o

3) no hubo la intención real de someter al responsable a la acción de la justicia.

Con la decisión, el tribunal vuelve a dividir en los resultados de la cosa juzgada, las dos posibles configuraciones de sentencias aparentes o fraudulentas, dando por cierto que, una u otra, admiten cuestionar el resultado final.

Al mismo tiempo, destacó que la prohibición de enjuiciar más de una vez por los mismos hechos, era una expresión más abierta que daba mejor compatibilidad al principio ne bis in idem.

---

[879] Caso *Loayza Tamayo vs. Perú*, resolución del 1º de Julio de 2011 (Supervisión de cumplimiento).

[880] Cfr. Caso *Bulacio vs. Argentina*. *Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 18 de setiembre de 2003. Serie C Nº 100, párrs. 115; Caso *Bayarri vs. Argentina*. *Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 30 de octubre de 2008. Serie C Nº 187, párr. 116; Caso *Carpio Nicolle y otros Vs. Guatemala. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia*. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 01 de julio de 2009, Considerando décimo cuarto, y Caso *Ivcher Bronstein vs. Perú*. *Supervisión de Cumplimiento de Sentencia*. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 24 de noviembre de 2009, Considerando décimo séptimo.

[881] La doctrina proviene del Caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*. *Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 26 de setiembre de 2006. Serie C Nº 154. Aquí agregó que […] si aparecen nuevos hechos o pruebas que puedan permitir la determinación de los responsables de violaciones a los derechos humanos, y más aún, de los responsables de crímenes de lesa humanidad, pueden ser reabiertas las investigaciones, incluso si existe un sentencia absolutoria en calidad de cosa juzgada, puesto que las exigencias de la justicia, los derechos de las víctimas y la letra y espíritu de la Convención Americana desplaza la protección del *ne bis in idem.*

En "*Cantoral Benavides vs. Perú*"[882] observa la Corte que, entre los elementos que conforman la situación regulada por el artículo 8.4, se encuentra la realización de un primer juicio que culmina en una sentencia firme de carácter absolutorio. De acuerdo con la demanda de la Comisión, ese primer juicio, en el presente caso, sería el constituido por las actuaciones realizadas por la justicia penal militar en contra de Luis Alberto Cantoral Benavides, en relación con el delito de traición a la patria.

> En esta misma sentencia (supra párr. 114) el tribunal sostuvo que la aplicación de la justicia penal militar a civiles infringe las disposiciones relativas al juez competente, independiente e imparcial (artículo 8.1 de la Convención Americana). Siendo esto suficiente para determinar que las diligencias realizadas y las decisiones adoptadas por las autoridades del fuero privativo militar en relación con Luis Alberto Cantoral Benavides, no configuran el tipo de proceso que correspondería a los presupuestos del artículo 8.4 de la Convención.

Esta determinación es congruente con el razonamiento de la Corte en los casos Castillo Petruzzi y otros, Cesti Hurtado, y Durand y Ugarte. En los dos primeros, el Tribunal ha declarado que la justicia militar aplicada a civiles viola las normas de la Convención Americana sobre el derecho a un juez competente, independiente e imparcial, y en el tercero se ha pronunciado acerca de los límites de la competencia natural de la justicia militar.

De otro alcance fue el caso *"Barrios Altos vs. Perú*"[883] donde el gobierno trata de evitar el juzgamiento de agentes que habían actuado en forma clandestina, ejecutando a los habitantes de un barrio, articulando para ello la excepción de cosa juzgada

La Corte sostiene que […]

> "No se trata solamente de hechos sangrientos que ocurrieron en Barrios Altos, sino también sobre la actitud del ex Gobierno del Perú de violentar sus obligaciones internacionales sancionando leyes cuyo único objeto era la impunidad. Lo que hay que hacer en las próximas semanas, meses, días, es específicamente remover estos obstáculos en la legislación peruana para que efectivamente las víctimas de Barrios Altos tengan acceso a la verdad y a la justicia y tengan recursos para hacer valer sus derechos ante el Estado peruano. La Corte estima necesario enfatizar que, a la luz de las obligaciones generales consagradas en los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana, los Estados Partes tienen el deber de tomar las providencias de toda índole para que nadie sea sustraído de la protección judicial y del ejercicio del derecho a un recurso sencillo y eficaz, en los términos de los artículos 8 y 25 de la Convención. Es por ello que los Estados Partes en la Convención que adopten leyes que tengan este efecto, como lo son las leyes de autoamnistía, incurren en una violación de los artículos 8 y 25 en concordancia con los artículos 1.1 y 2 de la Convención. Las leyes de autoamnistía conducen a la indefensión de las víctimas y a la perpetuación de la impunidad, por lo que son manifiestamente incompatibles con la letra y el espíritu de la Convención Americana. Este tipo de leyes impide la identificación de los individuos responsables de violaciones a derechos humanos, ya que se obstaculiza la investigación y el acceso a la justicia e impide a las víctimas y a sus familiares conocer la verdad y recibir la reparación correspondiente".

En síntesis, explica Ottaviano […]

> "Si bien el texto de la Convención Americana habla de que lo prohibido por la garantía en estudio es el nuevo juicio, hay buenas razones para pensar que lo vedado es más bien el inicio de una segunda persecución posterior a una resolución firme, ya sea por iniciarse un

---

[882] Caso *Cantoral Benavides vs. Perú (Fondo).* Sentencia del 18 de agosto de 2000.

[883] Corte IDH. Caso *Barrios Altos Vs. Perú (Fondo).* Sentencia de 14 de marzo de 2001.

> nuevo proceso o por reactivarse el que fuera clausurado. No parecen quedar abarcados en cambio por la prohibición otros actos procesales como el recurso fiscal contra la sentencia absolutoria. Actos de esa naturaleza seguramente aumentan el riesgo de condena, y eventualmente pueden contribuir a la reiteración de etapas procesales ya cumplidas. Sin embargo, son anteriores a la sentencia firme que es un presupuesto ineludible para la aplicación de la garantía"[884].

6. Proceso público

El ultimo inciso (5°) del artículo 8 (CADH) establece que el proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia.

La justicia penal ha de ser de cara al pueblo como decían los escolásticos, pensando en los atributos que se ejercían al juzgar en nombre del Rey que ejercía un poder absoluto encaramado en su propio autoritarismo. Era bueno que los súbditos observaran las consecuencias de no respetar al soberano.

Lo público no era un derecho en estos tiempos del siglo XIII; antes bien, constituía una forma de sometimiento que se traducía en el avasallamiento de los derechos individuales.

Tiempo después, con el levantamiento iniciado contra Juan Sin Tierra que dio lugar a la Carta Magna, se receptan ideas nuevas que, en realidad, no lo eran tanto al provenir del derecho romano. Por vez primera se reclama el carácter público de los juicios.

> Es en este contexto, cuando por vez primera se comienza a teorizar sobre algo que era hasta entonces una cuestión de hecho: el carácter público de los juicios. El primero que lo hace es Thomas Smith, en 1565, pero sin indicar el fundamento de esa práctica: sólo indica la necesidad de la presencia de la comunidad que debe oír todo lo que dicen o hacen jueces, abogados, testigos y el prisionero[885]. En el mismo sentido el juez Edward Coke que, en 1612, declaró "la gran importancia de que todas las causas sean oídas, juzgadas y determinadas abiertamente"[886]. Estas primeras justificaciones del principio tienen una finalidad utilitaria: la publicidad garantizaba la verdad de los testigos e incitaba a eventuales testigos a declarar[887].

En el continente era propio el absolutismo monárquico y el despotismo en las decisiones. La persecución de oficio y la víctima fue desapoderada de su papel en el proceso. La lesión ya no es considerada contra una persona determinada, sino contra el orden establecido[888]. Se da paso a la investigación secreta, como una fórmula de éxito en las averiguaciones, pues como dice Foucalt […]

---

[884] Ottaviano, ob. cit., p. 182.

[885] Smith, Thomas, *De Republica Anglorum*, Cambridge, Cambridge University Press, 1982, p. 115

[886] Peces Morate, Jesús Ernesto, "*Publicidad y secreto sumarial*" en Revista Poder Judicial, número especial XI: "El poder judicial en el conjunto de los Poderes del Estado y la Sociedad", Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1986, p. 132

[887] Anitúa, Gabriel Ignacio,"*El principio de publicidad procesal penal: Un análisis con base en la historia y el derecho comparado*", Nueva Doctrina Penal, tomo 2000/A Editores del Puerto, Buenos Aires, y en Edmundo Hendler (comp.), *Garantías penales y procesales penales*. Una perspectiva histórica comparada, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2001.

[888] Foucalt, Michel, *La verdad y las formas jurídicas*, Gedisa, Barcelona, 1995, ps. 75 - 76.

> "La forma secreta y escrita del procedimiento responde al principio de que en materia penal el establecimiento de la verdad era para el soberano y sus jueces un derecho absoluto y un poder exclusivo. Ayrault suponía que este procedimiento tenía por origen 'el temor a los tumultos, a las griterías y clamoreos a que se entrega ordinariamente el pueblo, el temor de que hubiera desorden, violencia, impetuosidad contra las partes e incluso contra los jueces'. Diríase que el rey había querido con eso demostrar que el 'soberano poder' al que corresponde el derecho de castigar no puede en caso alguno pertenecer a la 'multitud'. Ante la justicia del soberano todas las voces deben callar"[889].

Lo público se ejerce en el castigo ante la vista de todos: es el escenario del patíbulo. En la ceremonia del castigo se caía el velo del secreto del proceso y el público se enteraba de las circunstancias que rodearon al crimen que atacaba a la voluntad soberana: el castigo público era la venganza, la manifestación de violencia que recordaba al pueblo el poder irrestricto de la ley y el soberano, era un asunto político que sustentaba a aquel sistema. "La ejecución misma era una demostración ritual de fuerza y afirmación del poder, conducida, al igual que cualquier otro ritual, con la pompa y circunstancia de una ceremonia pública"[890].

Este escenario cambiará con el Iluminismo del siglo XVIII. Es un tiempo donde el pueblo se vuelve protagonista y testigo. El soberano es el pueblo y a él se le deben todos los poderes. Por eso, será lógico afirmar que […]

> La compleja fundamentación política del principio de publicidad de los juicios penales es discernida por los intelectuales de la época y se plasma en cuerpos legales a partir de la Revolución francesa, que es cuando se intentó modificar el sistema de enjuiciamiento, a la par que la organización política. La tarea de la Asamblea Constituyente es intensa en materia de reforma procesal penal y muestra claramente la lucha entre los principios inquisitivos, que perdurarán en el sistema que se impondrá, y los acusatorios, que lograrán moderar parcialmente a los primeros. En esta lucha es un tema principal la publicidad de los juicios. Mirabeau, en un discurso ante la Asamblea Nacional, decía "Dadme al juez que queráis, corrompido, enemigo mismo si queréis. Poco me importa, con tal de que nada pueda hacer sin la presencia del público"[891].

Llegados al tiempo de lo constitucional en el proceso, cuando las ideologías dominantes se quieren afincar de una vez y para siempre, las normas fundamentales tomaron la decisión de imponer al proceso público como una garantía judicial.

El modelo Kelseniano de la desconfianza en los jueces que había promovido la creación de tribunales especializados para el control constitucional, se quizo debilitar presentando el cambio de lo secreto al espacio del conocimiento generalizado; no era exposición de los derechos íntimos del acusado, sino la exhibición del obrar de la justicia como medio para demostrar la autoridad ejercida en nombre del pueblo.

La publicidad del proceso concierne al control de la justicia penal, de manera que el público puede participar como espectador o protagonista, conforme sea un

---

[889] Foucalt, Michel, *Vigilar y Castigar. Nacimiento de la prisión*, Siglo XXI, Madrid, 1998, p. 41.

[890] Foucalt, Vigilar y Castigar. *Nacimiento de la prisión*, cit., p. 71; cfr. Anitúa, "*El principio de publicidad procesal penal: Un análisis con base en la historia y el derecho comparado*", cit., ps. 17 y ss.

[891] Citado, entre otros, por Giménez García, Joaquín, "*Incidencia del derecho de información en los juicios de jurado*", en Revista Jueces para la Democracia, n° 27, noviembre de 1996, p. 28. Cfr. Anitúa, "*El principio de publicidad procesal penal: Un análisis con base en la historia y el derecho comparado*", cit., ps. 17 y ss

asistente personal a las audiencias o aporte conocimientos del caso que contribuyan a la justa solución.

En la Corte IDH el caso *Castillo Petruzzi*[892] se había hecho notar que las etapas de un juicio deben ser públicas, es decir, debe contar con asistencia del público en general y debe darse participación a los medios de comunicación social. Este principio encuentra su fundamento en normas internacionales tales como el artículo 14.1 y 14.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en los artículos 10 y 11.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y en el artículo XXVI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.

> La Corte considera probado que los procesos militares de civiles supuestamente incursos en delitos de traición a la patria son desarrollados por jueces y fiscales "sin rostro", y conllevan una serie de restricciones que los hacen violatorios del debido proceso legal. En efecto, se realizaron en un recinto militar, al que no tiene acceso el público. En esta circunstancia de secreto y aislamiento tuvieron lugar todas las diligencias del proceso, entre ellas la audiencia misma. Evidentemente, no se observó el derecho a la publicidad del proceso, consagrado porla Convención[893].

Similar encuadre tuvo el *Caso Cantoral Benavides vs. Perú*[894], donde estaba dicho que se había dificultado el derecho de defensa en el proceso tramitado en el fuero militar, pues la víctima sólo había tenido una tarde para estudiar la causa y para preparar sus alegatos; no se le permitió entrevistarse libremente y en privado con su abogado; y se le concedieron sólo quince minutos (15´) para su defensa oral; algunas de las actuaciones del proceso penal militar no le fueron notificadas ni al abogado defensor ni aCantoral Benavides; tuvo dificultades para acceder a la prueba y controvertirla; las audiencias se realizaban en los establecimientos militares o penitenciarios, sin acceso al público. Por ello se resolvió, en orden al tema concreto que […]:

> 148. El Estado no presentó informaciones ni argumentos que demostraran que se debían restringir las condiciones de publicidad del proceso por ser "necesario para preservar los intereses de la justicia", como lo prevé el artículo 8.5 de la Convención. La Corte considera que, dadas las características particulares de Luis Alberto Cantoral Benavides, el proceso que se le siguió podía desarrollarse públicamente sin afectar la buena marcha de la justicia.
>
> 149. En consecuencia, concluye la Corte que el Estado violó, en perjuicio de Luis Alberto Cantoral Benavides, el artículo 8.5 de la Convención Americana.

En el voto razonado de Sergio García Ramírez se encuentra quizás uno de los mejores fundamentos[895] […]

> La publicidad de los actos del juicio, entre los que figura la sentencia, constituye un rasgo característico del debido proceso en una sociedad democrática. No son pocos los instrumentos internacionales que enuncian en un mismo giro concentrado "fair trial" y "public hearing". Se trata de incorporar en el enjuiciamiento los ojos y los oídos del pueblo -sin perjuicio de que éste intervenga en el juicio mismo, como sucede cuando la causa se tramita ante el jurado- a título de garantía democrática de la buena marcha de la justicia. La observación pública apoya el despacho adecuado de la función jurisdiccional, a condición de que el juzgador mantenga la vista en los hechos y el derecho, que no deben someterse a ninguna "relectura" bajo la presión pública, y sólo consulte a su razón y a su conciencia.

---

[892] *Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú*. Sentencia de 30 de mayo de 1999. Serie C Nº 52.

[893] *Caso Castillo Petruzzi*, supra, párr. 172.

[894] *Caso Cantoral Benavides vs. Perú. Fondo*. Sentencia de 18 de agosto de 2000.

[895] *Caso Gutiérrez Soler vs. Colombia*. Sentencia del 9 de setiembre de 2005, cit., párr. 23.

Este es otro de los grandes temas de la impartición de justicia en la sociedad democrática, siempre analizado e insuficientemente resuelto en la práctica.

CAPÍTULO XVIII

EL PROCESO COMO ÚNICA GARANTÍA. CONCLUSIONES

*Sumario***:** 1. Recopilación y síntesis; 2. Defensa en juicio; 3. Acceso a la justicia y derecho a ser oído; 4. El derecho a la verdad como objeto de la prueba; 5. Derecho a la sentencia debidamente fundamentada; 6. Derecho al recurso; 7. Plazo razonable; 8. Derecho a que la sentencia sea cumplimentada.

1. Recopilación y síntesis

Al cabo de estas reflexiones y tras sumar contenidos al debido proceso, todo indica una auténtica transformación procesal que lo lleva al campo de lo constitucional, para abonar un terreno mucho más grande que el que ocupa el derecho de defensa en juicio.

El problema que se encuentra es la armonización concreta para instalar de manera igualitaria estas novedades que radican, en definitiva, en una sóla garantía a tutelar: el proceso.

Obsérvese que por muchos derechos que se aseguren; por más deberes constitucionales y convencionales que se pronuncien; por más garantías que persigan la energía de la protección judicial, ninguno será auténticamente eficaz si no existe el proceso.

Entonces, el debido proceso es la única garantía, y como tal, no es bueno tener asimetrías en su aplicación, porque si el debido proceso es un derecho fundamental que guarece al individuo y lo colectivo, al mismo tiempo es un reaseguro para la administración de justicia, y un valuarte de la seguridad jurídica.

Sin embargo, auspiciar una sola lectura significaría decir que el debido proceso es una garantía abstracta, una suerte de conjunto de principios constitucionales que se aislan de las reglas técnicas que suelen tener los tipos de procedimientos (civil, penal, administrativo, constitucional, laboral, etc.), para concentrar su modelo en contenidos disciplinados como estándares que encontrarían dificultades de aplicación en procedimientos que, siendo diferentes, debieran seguir el curso de dicha igualación formal.

Efectivamente la evolución demuestra que la defensa sustancial y adjetiva abandonó el territorio de lo formal para ir en busca de la tutela judicial efectiva. El cambio de paradigma dejó de lado el rol inactivo del juez que dejó de lado ser espectador del conflicto, para cumplir el rol de director de la contienda. Manteniendo la igualdad entre partes, asegura y equilibra la justicia del caso que encontrará una sentencia, antes que dirimente del juego de ficiones, una expresión verdadera de cuanto ocurió en la litis.

Antes que satisfacer pretensiones, el proceso quiere trabajar con verdades y alcanzar la justicia auténtica, tratando de ser reflejo de un sentimiento compartido y no el muro que se levanta con la sentencia a la incomprensión de los justiciables.

> Decía Adolfo Gelsi Bidart […]: "La experiencia secular y las que nos brindan los años de este siglo XX y aún los más recientes y el actual, demuestra que toda garantía por más elaborada que se presente no es nada, carece de toda eficacia si no está inserta en un régimen en el cual la opinión pública debidamente informada dé su apoyo a las instituciones y se cumplan los demás requisitos que sólo el régimen demnocrático actual, estado social de Derecho (aunque en mi opinión, la expresión estado de derecho no requiere la calificación de ´social´, por cuanto la incluye) puede eficazmente brindar[896].

Esta es una evolución que, aun siendo resistida, está presente en la mayor parte de los ordenamientos procesales y procesal-constitucionales que se conocen. Lo que no significa que por ser mayoría sean la mejor opción para dar eficacia al debido proceso.

Lo que pretendemos en más es acentuar la calidad intrínseca del debido proceso en aspectos que anidan en:

1) El acceso a la justicia y precisamente en dos aspectos: como derecho a tener jueces independientes e imparciales; y para conseguir la tutela judicial efectiva con el derecho a un proceso que culmine en una sentencia debidamente motivada.

2) La defensa técnica como reaseguro del principio de igualdad.

3) Eludir la creencia generalizada acerca de que toda sentencia de la Corte IDH sea un estándar que se agrega indefectiblemente al conjunto de exigencias para que haya debido proceso.

4) Esclarecer los principios que dentro del debido proceso se presentan con ambivalencias o confusiones (v.gr.: legitimación vs. derecho a ser oído; derecho a la verdad vs. certidumbre como objeto de la prueba; limitación recursiva vs. derecho al recurso; derecho a la asistencia letrada idónea vs. actuación en juicio sin letrado que patrocine la instancia; gratuidad de la justicia vs. tasas o contribuciones impuestas como presupuestos de admisión al proceso; revisión de la cosa juzgada vs. intangibilidad de la decisión adoptada en el derecho interno; deber de investigar vs. carga probatoria, entre muchas otras cuestiones).

2. Defensa en juicio

La defensa en juicio fue la primera inquietud que se tuvo para remediar el manifiesto abuso de autoridad contra las personas. A los tiempos de la inquisición se agregó el modelo de enjuiciamiento sumario y ficcional que no otorgaba al sujeto garantía alguna contra el agresor.

Los cambios tuvieron al individuo como un verdadero sujeto del proceso, en el más amplio sentido de este concepto, y no simplemente como objeto del mismo[897]. La defensa en juicio se debía cumplir desde la imputación y finalizarla con la sentencia definitiva, firme y ejecutoriada, es decir cuando no hubiera más recursos disponibles.

---

[896] Gelsi Bidart, Adolfo, *Enfoque sobre Garantía procesal eficaz de los derechos humanos*, en "De Derechos, deberes y garantías del hombre común", Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, Uruguay, 1986, p. 346.

[897] Cfr. *Caso Barreto Leiva vs. Venezuela. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 17 de noviembre de 2009. Serie C Nº 206, párr. 29, y *Caso Argüelles y otros vs. Argentina*, *supra*, párr. 175.

Inclusive, la garantía se amplió al incluir la etapa de ejecución de la pena[898].

Este derecho a la defensa en juicio acentuó su misión especialmente en el proceso penal; pero de inmediato, la garantía individual abandonó el recaudo formal para acordar un derecho subjetivo a la persona que necesita de consejos y asesoramiento técnico jurídico para argumentar y proteger los derechos que pretende.

Como la cuestión no admite diferencias entre "causas civiles y penales", porque el compromiso constitucional se funda en un concepto previo, por el cual todo proceso judicial debe solventar la "garantía" de protección al justiciable y efectivo cumplimiento del orden jurídico; esta es una garantía concreta, inalienable e irrenunciable por el individuo, prohibiendo situaciones de autodefensa o de exclusión.

En consecuencia, la garantía se convierte en una suerte de ”*derecho al abogado*” a través del cual toda persona podrá atesorar el cuidado especializado de un profesional desde el comienzo de las actuaciones judiciales y hasta la terminación de la causa, incluida la ejecución de la sentencia. El derecho a tener abogado puede ser específico para el proceso penal, pero también es propio para una defensa técnica idónea.

Es cierto es este último es un punto discutible, pues algunos procesos como los constitucionales, encuentran a la intervención del abogado como preceptiva; pero en la mayoría de los supuestos forma parte del ejercicio pleno del derecho defensa, y como tal integra el debido proceso.

> El derecho de defensa, como parte integral del debido proceso, debe ser garantizado al interior de cualquier actuación judicial o administrativa, sin embargo, éste adquiere una mayor intensidad y relevancia en el campo penal, en razón de los intereses jurídicos en juego como la libertad, máxime si se tiene en cuenta las consecuencias negativas que conlleva para el sindicado una sentencia condenatoria. En ese orden de ideas, se puede concluir que la importancia del derecho a la defensa en el contexto de las garantías procesales, está enfocada en impedir la arbitrariedad de los agentes estatales y evitar la condena injusta, mediante la búsqueda de la verdad, con la activa participación o representación de quien puede ser afectado por las decisiones que se adopten sobre la base de lo actuado[899].

3. Acceso a la justicia y derecho a ser oído

En su lugar[900] apuntamos a mostrar un cambio radical en la interpretación constitucional del derecho de acceso a la justicia y la garantía de ser oído, respecto de la entrada al proceso considerada en la medida de los presupuestos procesales.

La propuesta comienza con la reelaboración de una teoría procesal de la legitimación, donde se pretende destacar que el acceso a los sistemas jurisdiccionales ocupa el primer tramo de las nuevas reglas que tiene el “debido proceso”; de este modo analizamos los aspectos formales del sistema ideado en los códigos de procedimientos,

---

[898] Cfr. *Caso Barreto Leiva vs. Venezuela*, supra, párr. 29, y *Caso Argüelles y otros vs. Argentina, supra***,** párr. 175.

[899] Gozaíni, Osvaldo A., *Garantías, Principios y Reglas del proceso civil*, Eudeba, Buenos Aires, 2015, p. 245.

[900] Ver Capítulo VI.

y concebimos un esquema acorde con la dimensión constitucional que tiene el ingreso al proceso y el acceso a los jueces.

En este sentido, las conclusiones alcanzadas demuestran –desde nuestra perspectiva– que existe cierta inconsistencia técnica y una incoherencia que se pone de manifiesto, al mismo tiempo, en la legislación y también se instala en nuestra Constitución Nacional, obligando a interpretaciones constantes que, por la dinámica que tiene nuestro sistema de control de constitucionalidad, permanentemente reitera contradicciones y resultados disímiles.

Hemos de sostener una premisa conductora […]:

> El acceso a la justicia es una parte del derecho que tiene toda persona al debido proceso. Es una garantía judicial y un derecho individual de carácter constitucional (subjetivo público) que no admite limitaciones. No obstante, no es un pórtico tan amplio que pueda traspasarse sin necesidad de abrir puertas; éstas son requeridas como presupuestos formales de admisión, pero jamás podrán tener tantos cerrojos que obliguen a superar con esfuerzo aquello que, en realidad, es la bienvenida a los que piden justicia, y aun para aquellos que, abusando en el derecho de petición, puedan requerir la intervención de los jueces. En todo caso, es una cuestión de análisis particular, y una muestra de la confianza a depositar en el Poder Judicial para que sea éste quien resuelva el derecho a estar en el proceso.

Acceso a la justicia supone ejercer sin limitaciones irrazonables el derecho de pedir a las autoridades; pero es un derecho de petición con limitaciones, porqué no significa acceso absoluto y sin limitaciones para conseguir que los jueces escuchen todo tipo de pretensiones y las resuelvan en una sentencia. Esto podría conducir a consecuencias no queridas, como el abuso del proceso, la simulación procesal, las demandas improponibles por el objeto, etc.

De allí que este derecho de fuente constitucional, que por vía de principio, no podría ser modificado o derogado por mecanismos ordinarios, ni por la misma legislación, puede quedar subordinado a condiciones especiales de admisión. Es aquí donde el derecho de petición consagrado a nivel internacional no se puede igualar. En aquellos procedimientos de defensa y promoción de los derechos humanos es fantástico que se facilite la entrada a un sistema de protección que tiene siempre en cuenta el principio *pro homine.* Es claramente un orden público internacional que no contabiliza más limitaciones que las establecidas reglamentariamente.

Para la Corte IDH es un deber de tutela que trabaja con la cooperación de los Estados y sin limitaciones del derecho interno. Por eso algunas veces advierte a los Estados sobre ciertas restricciones al acceso a los jueces, que obstruyen el derecho a ser oído.

Creemos que el *ius standi* que tienen los individuos que posicionan sus pretensiones ante la Comisión IDH con la esperanza de llegar a la Corte IDH, no es igual al *standing to sue* (legitimación para obrar) que reglamentan los derechos locales, a sabiendas que existen situaciones particulares que obligan a singularizar el problema y a darle un tratamiento diferenciado como veremos en el resto de este trabajo.

En suma, la asimetría parece quedar expuesta en lo siguiente […]:

> Si deseamos realmente actuar a la altura de los desafíos de nuestro tiempo, es a la consagración de dicho *ius standi* que debemos prontamente dedicarnos, con la misma clarividencia y osadía lúcida con que los redactores de la Convención Americana divisaron originalmente el derecho de petición individual. Con la base convencional que nos fue legada por el artículo 44 de la Convención Americana, no necesitamos esperar medio siglo

> para dar expresión concreta al referido *ius standi*. Con la consolidación de este último, es la protección internacional que, en última instancia, en el ámbito de nuestro sistema regional de protección, habrá alcanzado con eso su madurez[901].

Por eso, tener el acceso a la justicia como si fuese una acción libre despojada de condiciones y abierta a todo reclamo popular, no significa elaborar con este entorno un presupuesto para el debido proceso. En realidad, de cuanto se trata es de evitar que las cuestiones de legitimación en la causa y en el proceso no sean absurdas o irrazonables, porque cuando lo son, se cancela un derecho de ejercicio constitucional que, en consecuencia, vulnera el derecho de defensa en juicio.

4. El derecho a la verdad como objeto de la prueba

En las nuevas reglas del debido proceso se advierte una clara tendencia a eliminar los sofismas procesales; a evitar que las solemnidades dejen paso a ficciones y que ellas sirvan para consagrar más desconfianza de la gente en el sistema previsto para resolver los conflictos que ellos padecen.

Por eso la búsqueda de la verdad, antes que una finalidad filosófica o purista, tiene implícitamente comprometido el deber de las partes para presentar los hechos acordes con la realidad sufrida. Se va aceptar que puedan existir versiones adaptadas a una visión propia del suceso, pero se sancionará al temerario que sabiendo de su sin razón, oculta la verdad sustituyéndola por hechos alegados sin bases auténticas.

El entorno del debate serán los hechos alegados y controvertidos, pero ello no será una valla insalvable para evitar conocer otras cuestiones necesarias para resolver el fondo real del problema. No se trata de incorporar hechos no alegados, ni que torne el principio de congruencia a una concepción propia de las cosas; simplemente es el permiso que se le otorga al juez para buscar la verdad y adquirir la certeza necesaria para sentenciar sin riesgos.

¿Dónde están las reglas probatorias del debido proceso?, pues, en realidad, en lugar de reglas son consignas que afincan en el aspecto racional del debido proceso (antes que en el aspecto puramente formal), es decir, en la posibilidad de ofrecer un marco saludable de certidumbre para llegar con los medios apropiados a verificar las afirmaciones y negaciones de los litigantes.

Evitar que las ficciones jurídicas determinen una verdad jurídica que el común de la gente no entiende ni interpreta. De este modo, no se podrá polarizar entre quienes defienden las reglas y garantías como si ellas fueran paradigmas de la justicia, y los que apuntan a aumentar los poderes del juez sin ponerle límites a la discrecionalidad.

Los primeros aventuran soluciones desde el plano normativo, creyendo que siguen siendo intangibles los preceptos constitucionales que fueron pensados en abstracto y como voluntad divina del Pueblo; los otros, describiendo la necesidad del poder de decisión para fomentar un aumento de la confianza en los jueces pero sin ofrecer un punto de inflexión que haga las veces de control al abuso y al eventual autoritarismo.

---

[901] Corte IDH, *Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú*. *Excepciones preliminares.* Sentencia de 4 de setiembre de 1998. Voto razonado de Cançado Trindade.

Entonces, el debido proceso llega al justo medio: no es el litigio un conflicto armado entre partes que luchan con las armas que cada uno inviste y se llaman: *derechos,* donde triunfará, probablemente, el que tenga más fuerza aunque tenga menos razón. En realidad, es lógico pensar que en un continente que ha dado muestras suficientes de confianza en los jueces, y que los vuelve fiscales de la Administración y órganos del control de constitucionalidad, no se pude disminuir sus poderes en los conflictos jurisdiccionales, sean ellos de naturaleza pública o privada.

El límite que se traza es la razonabilidad (aspecto normativo del debido proceso), y la obligación de motivar las resoluciones judiciales. También se agregan otros contenidos, porque aunque excedan lo correspondiente al debido proceso, es verdad que un juez con más poderes, es un magistrado que tiene mayores responsabilidades y que debe responder por ellas, individualmente, y no a través del Estado.

5. Derecho a la sentencia debidamente fundamentada

Esta es una garantía intrínseca que no tiene claro si es un deber fundamental para que la ley se cumpla, o se trata de una necesidad política propia de la justificación de los actos de un poder del Estado; o significa establecer una garantía constitucional que forma parte de un conjunto mayor contenido en el principio del debido proceso.

No se descarta que la visión se puede acotar al simplismo adjetivo de tomarlo como un presupuesto procesal de la sentencia, o como parte integrante del acto procesal por excelencia. En suma, la naturaleza puede ocupar el espacio de los deberes jurisdiccionales que hacen al derecho a la tutela judicial efectiva, o afincarse en los derechos exigibles que tienen las partes para que se cumpla con la garantía o principio fundamental al debido proceso (como variable de las garantías jurisdiccionales).

En América no ha sido diferente la axiología entendida para el deber de fundamentación, solo que ha tenido posibilidades de lectura más amplios y flexibles, porque sirvió para eludir la imposibilidad de sentenciar cuando el proceso estaba hueco de verificaciones o la prueba era manifiestamente insuficiente.

Se encontró así un principio nuevo "*pro sententia*", según el cual todas las normas procesales existen y deben interpretarse para facilitar la administración de la justicia y no como obstáculos para alcanzarla; lo cual obliga a considerar los requisitos procesales con criterio restrictivo, especialmente las inadmisiones de cualquier naturaleza, y sólo a texto expreso, mientras que debe interpretarse extensivamente y con el mayor formalismo posible todo aquello que conduzca a la decisión de las cuestiones de fondo en sentencia; además, las infracciones procesales sólo deben dar lugar a nulidades relativas y, por ende, siempre subsanables, mientras no produzcan indefensión.

Antes de ahora hemos anunciado que fundamentar no significa lo mismo que motivar. Aplicando la ley sin más tarea que laborar exégesis pura, supone dar fundamentos; mientras que motivar implica darle racionalidad y sentimiento de justicia. Racionalidad no siempre supone razonabilidad en el sentido estricto de la comparación, porque puede cerciorarse el juez de lo dicho y expuesto sin advertir desatinos o incongruencias, en cuyo caso, lo razonable no sería razonado. A veces, también, el

raciocinio aplicado en la sentencia se identifica con justificación, siendo así difícil emparentar lo deseable con lo existente.

Es evidente, en consecuencia de la síntesis, que buscar entre los contenidos de la motivación la razonabilidad implica una tarea casi imposible, porque es más simple deducir la incongruencia, el error, el absurdo, es decir, todo lo contrario a la regla mencionada. Por tanto, la motivación de las sentencias como parte integrante del debido proceso puede encontrarse en premisas negativas, como afirmar que no es debido proceso el que equivoca el derecho aplicable a la causa; o que tampoco lo es cuando deduce afirmaciones inexistentes; o al tener por probados hechos que se mantienen inciertos o sin verificación, entre otras variables.

Desde esta perspectiva, la motivación persigue la certidumbre y la confianza institucional, más allá de servir a otras finalidades como son el control de la actividad jurisdiccional por parte del superior jerárquico, y de la misma opinión pública; o para demostrar la eficacia en la prestación del servicio jurisdiccional.

En definitiva, el contenido de la motivación no es otro que resolver con razones que se justifiquen sin esfuerzo dialéctico. Debe existir una ponderación jurídica que acompañe el proceso lógico de aplicación normativa, con el sentimiento implícito se hacer justicia y que ésta sea perceptible a quien se dirige y, en dimensión, a toda la sociedad.

6. Derecho al recurso

Con el derecho al recurso se encuentra uno de los cambios radicales que tiene la jurisprudencia de la Corte IDH para incidir en el derecho interno. La revisión de la sentencia condenatoria es el objetivo principal del mensaje garantista, examen que no se circunscribe al juicio de admisión porque la esencia de la garantía consiste en verificar todos los extremos de hecho y de derecho que persuadieron al juez para resolver la condena.

Básicamente, la premisa que conduce al derecho previsto en el art. 8º.2 h) asienta en la intervención posterior que se debe asegurar a un tribunal superior de igual jurisdicción al que dicta el fallo, para que a instancias del recurrente, pueda fiscalizar el cumplimiento de todas las exigencias que reposan en el debido proceso penal.

Por eso, si un ordenamiento adjetivo limita o restringe las posibilidades de recurrir, esas disposiciones son inconstitucionales por violar las reglas del debido proceso legal.

Para la vigencia de esta garantía, no basta con el reconocimiento formal del derecho de apelación, sino que además se deben eliminar todos aquellos obstáculos que impidan ejercerlo, tales como la exigencia de demasiados requisitos formales o plazos muy breves para su interposición, etc.

El ejercicio del derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior, como es lógico suponer, implica que toda persona tiene derecho a disponer, en un plazo razonable y por escrito, de los fallos dictados en la determinación de su responsabilidad, debidamente motivados, a efectos de su posible apelación. En caso contrario, no se estaría concediendo la debida revisión de la sentencia, ni acceso oportuno a las razones del fallo, impidiéndose ejercer eficazmente el derecho de defensa. Esto implica

asimismo que las resoluciones que se emitan en distintas instancias deben contener, con exactitud y claridad, las razones por las cuales se llega a la conclusión que ellas contienen, la valoración de las pruebas y los fundamentos jurídicos y normativos en que se basan.

La impugnación no constituye una suerte de proceso nuevo, sino abrir la oportunidad para que un tribunal superior al que dictó la condena, revise los agravios que se presentan en la queja. De este modo, el ámbito de conocimiento no es amplio ni discrecional, porque se reduce y simplifica en los límites del recurso, en tanto y cuanto ellos estén regulados por la ley.

En suma, el derecho al recurso se considera en la dimensión de todos los procesos, como un juego de articulaciones hábiles y reglamentadas, que no se deben imposibilitar con exigencias formales exageradas, ni condicionar sin dar fundamentos para ello. El principio general es la subsanación de los defectos formales que se pudiera producir al interponer un recurso, como mecanismo propio de las facultades jurisdiccionales implícitas la dimensión del derecho de toda persona a tener un proceso justo y equitativo.

Por eso, la constitucionalización del derecho a la impugnación es posible únicamente cuando el ordenamiento interno de cada Estado haya previsto la vía; en caso contrario, existe un deber del Estado porque los jueces no pueden crear derecho positivo, ni alterar con sus sentencias, la voluntad del legislador.

7. Plazo razonable

Para comprender como se articula el derecho a tener resuelto un proceso judicial en un *plazo razonable*, es conveniente recordar la doble lectura que tiene el artículo 18 de la Constitución Nacional, de modo tal que, por una parte deben analizarse las condiciones previstas para la seguridad personal y la defensa individual; y por otra, las garantías que en todo proceso judicial deben mantenerse vigentes.

De este modo, una primera obligación sería respetar el derecho que tiene toda persona a tener un proceso rápido y expedito que afiance la garantía jurisdiccional de resolver los conflictos humanos con seguridad y justicia. E inmediatamente se daría lugar al derecho subjetivo de sustanciar un proceso sencillo, que evite formalidades innecesarias. Evidentemente, no hay una regla común para interpretar la idea de plazo razonable, porque ésta depende de valoraciones y circunstancias coyunturales; solo podrán existir pautas de entendimiento general con la mira puesta en el sentido común.

Los tratados y convenciones sobre Derechos Humanos, sumado a la interpretación jurisdiccional que de ellos realizan los tribunales supranacionales, además de la influencia que ejercen los organismos internacionales y la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, todos en conjunto, concitan un llamado a modificar la tradición conceptual del derecho de defensa, para aumentar la garantía hacia un calificación más amplia del *debido proceso.*

Este proceso no ha de ser un simple procedimiento tomado de los ordenamientos procesales, es preciso reformular el método y la ideología, con el fin de propiciar la eficacia del servicio jurisdiccional a través de un proceso sin restricciones (legitimación amplia, prueba conducente y efectiva, sentencia útil y motivada); y de lograr que el

enjuiciamiento llegue en su tiempo, que no es otro que el de los intereses que las partes persiguen cuando ponen el conflicto en conocimiento de los tribunales.

Se propicia trabajar los conceptos en armonía, porque de no hacerlo, cualquier infracción al derecho fundamental de simplicidad, celeridad y eficacia en los procesos, serviría para encontrar manifiesto el incumplimiento en el derecho al proceso debido; y de resultar así, bastaría con condenar al órgano judicial que infringe cualquiera de estos deberes.

Por eso, el plazo razonable no se debe confrontar únicamente con los tiempos procesales dispuestos, sino con todas las condiciones que el sistema ofrece para desarrollar adecuadamente el litigio. Además, en la idea de sencillez, brevedad y eficacia implícita, no se pueden eludir las categorías de problemas y conflictos, en la medida que es muy distinta la prioridad que merece una controversia privada respecto de una crisis constitucional; recordando al efecto que, en América, la actuación jurisdiccional cubre varios frentes que en Europa se desgranan en tribunales independientes, ejerciendo una verdadera "administración de justicia", antes que un Poder auténtico como el que tiene el método difuso de actuación constitucional de los jueces americanos.

En suma, la primera conclusión que surge del derecho procesal transnacional, adoptado como temperamento común para idealizar un mecanismo ágil y expedito en los procesos judiciales, determina la creación de un nuevo derecho subjetivo de quienes acuden por necesidad ante los jueces requiriendo la solución de sus conflictos.

El derecho a obtener sentencia en un plazo razonable es la novedad que tiene un proceso con todas las garantías.

8. Derecho a que la sentencia sea cumplimentada

Las sentencias de la Corte IDH van formando una jurisprudencia que en materia de debido proceso elabora estándares de obligatorio seguimiento. Sin embargo, hay aspectos mencionados que son aplicables solamente a los procesos ante los órganos del sistema, sin que pueda alterar el derecho interno las modalidades que se piden para el proceso supranacional.

Por ejemplo, la modalidad de supervisar el cumplimiento divide el seguimiento de las medidas que se toman para impulsar el acatamiento, teniendo en cuenta que son muy pocos los Estados partes que han establecido normas especiales destinadas a poner en marcha y ejecución las condenas y reparaciones impuestas.

No obstante, es un modelo que se puede espejar, aunque no sea obligatorio el arquetipo, desde que es un procedimiento y no una decisión. De todos modos, trabaja sobre estándares de respeto y consideración al trabajo jurisdiccional que bien pueden tomarse como prototipos.

La Convención Americana no estableció un órgano encargado de ejecutar las sentencias pronunciadas por la Corte, a diferencia de la Convención Europea que sí lo posee. En su lugar, le dio la facultad de supervisar el cumplimiento y, ante la renuencia del Estado parte, le otorgó la posibilidad de manifestarlo en el informe anual ante la Organización de Estados Americanos (OEA).

La Corte IDH posibilita desde el art. 2 de la CADH, un derecho similar que considera como estable en el derecho de gentes, y como norma consuetudinaria de la que se desprende el deber de un Estado que ha celebrado un convenio internacional, de introducir en su derecho interno las modificaciones necesarias para asegurar la ejecución de las obligaciones asumidas. Esta norma aparece como válida universalmente y ha sido calificada por la jurisprudencia como un principio evidente.

En consecuencia, no es discutible que la producción de un daño comporta el deber de reparar, y cuando se trata de responsabilidad internacional exige la plena reparación del perjuicio sufrido (*restitutio in integrum*), que consiste en el restablecimiento de la situación anterior y en la reparación de las consecuencias que la infracción produjo, así como el pago de una indemnización como compensación por los daños ocasionados.

La Corte IDH persigue, de acuerdo con lo expuesto, dos líneas preferentes de atención. Por una transita el problema de inejecución de sus propias decisiones en el ámbito del derecho interno; por otro, vehiculiza estándares que mejoren la eficacia para el cumplimiento de todas las sentencias judiciales

En el primer sector, se entiende que el Estado, a partir del momento que es condenado, debe garantizar los medios necesarios para que se cumpla por los jueces o funcionarios internos, las mandas dispuestas. En palabras de la Corte, el derecho a la protección judicial resultaría ilusorio si el ordenamiento jurídico interno de los Estados diera lugar a que una manda judicial final y obligatoria persista ineficaz en detrimento de una de las partes.

Por otro lado, el derecho interno debe promover la eficacia jurisdiccional y la efectiva prestación del servicio en orden al desempeño de un debido proceso en su total desarrollo. Por eso, el tribunal entiende que la demora en la ejecución de la sentencia no puede ser tal que conlleve una mayor afectación de los derechos protegidos en la decisión y, en consecuencia, desvirtúe el derecho a la protección judicial efectiva[902].

[902] Cfr. Corte IDH, *Caso Acevedo Jaramillo y otros*.