

Oswaldo A. Gozaíni

*Garantias, Principios y
Reglas del proceso civil*

INDICE

Parte General

CAPÍTULO I: INTRODUCCIÓN

1. ¿PRINCIPIOS O SISTEMAS? -----	P.10
2. PRINCIPIOS Y PRESUPUESTOS. REGLAS Y GARANTÍAS -----	P.12
2.1 LAS GARANTÍAS -----	P.12
2.2 LOS PRINCIPIOS -----	P.13
2.3 LAS REGLAS -----	P.14
2.4 LOS PRESUPUESTO -----	P.14
2.5 SÍNTESIS -----	P.16
3. PRINCIPIOS DEL PROCESO Y DEL PROCEDIMIENTO -----	P.17
4. CLASIFICACIONES -----	P.24
5. LA IDEOLOGÍA EN EL PROCESO -----	P.26
6. EL PROCESO COMO GARANTÍA -----	P.28

CAPÍTULO II: INTERPRETACIÓN DE LOS PRINCIPIOS PROCESALES

1. PRINCIPIOS GENERALES -----	P.30
2. EL ACTIVISMO JUDICIAL EN LA TRANSFORMACIÓN DE LOS PRINCIPIOS -----	P.33
3. EFECTOS DEL INCUMPLIMIENTO DE GARANTÍAS, PRINCIPIOS Y REGLAS -----	P.38
4. DIFERENCIAS EN LA INTERPRETACIÓN -----	P.39
5. LA INFLEXIBILIDAD DE LAS GARANTÍAS -----	P.41
6. LA FLEXIBILIZACIÓN DE LOS PRINCIPIOS -----	P.44
7. LA ADAPTACIÓN DE LAS REGLAS, A LAS GARANTÍAS Y PRINCIPIOS -----	P.47
8. LOS NUEVOS DERECHOS PROCESALES FUNDAMENTALES -----	P.51

CAPÍTULO III: LA AUTORIDAD DEL JUEZ EN EL PROCESO

1. BREVES PASAJES HISTÓRICOS -----	P.55
------------------------------------	------

2. LAS PARTIDAS DE ALFONSO EL SABIO -----	P.57
3. LOS PRIMEROS ORDENAMIENTOS PROCESALES -----	P.59
3.1 FRANCIA -----	P.63
3.2 ITALIA -----	P.64
3.3 AUSTRIA -----	P.66
3.4 ESPAÑA -----	P.66
3.5 ALEMANIA -----	P.69
3.6 EL CÓDIGO ITALIANO DE 1940 -----	P.73
4. LA IDEOLOGÍA DOMINANTE EN LAS REFORMAS -----	P.77
5. LA AUTORIDAD EN EL CÓDIGO PROCESAL -----	P.85

PARTE ESPECIAL I: GARANTÍAS

SECCIÓN 1ª: GARANTÍAS IMPLÍCITAS

CAPÍTULO IV: EL DEBIDO PROCESO

1. INTRODUCCIÓN-----	P.90
2. ASPECTOS NO PROCESALES, SINO CONSTITUCIONALES, DEL DEBIDO PROCESO-- P.91	
3. EL DEBIDO PROCESO CONSTITUCIONAL -----	P.94
4. EL DEBIDO PROCESO FORMAL -----	P.95
5. EL DEBIDO PROCESO FUNDAMENTAL (TRANSNACIONAL) -----	P.96
ANEXO JURISPRUDENCIAL -----	P.101

CAPÍTULO V: LA INDEPENDENCIA JUDICIAL

1. INTRODUCCIÓN -----	P.114
2. TIPOS DE INDEPENDENCIA -----	P.116
2.1 LA INDEPENDENCIA COMO ABSTRACCIÓN -----	P.119
2.2 LA INDEPENDENCIA Y LOS VALORES -----	P.120
2.3 LA INDEPENDENCIA Y LA SUMISIÓN A LA JURISPRUDENCIA -----	P.123
2.4 LA INDEPENDENCIA Y LOS GRUPOS DE PRESIÓN -----	P.126
3. LA INDEPENDENCIA PERSONAL DEL JUEZ -----	P.128
3.1 LA ESTABILIDAD EN EL CARGO -----	P.129
3.2 INTANGIBILIDAD DE LA REMUNERACIÓN-----	P.132
ANEXO JURISPRUDENCIAL -----	P.135

CAPÍTULO VI: LA IMPARCIALIDAD JUDICIAL

1. LA GARANTÍA DE IMPARCIALIDAD -----	P.149
2. LA GARANTÍA DEL JUEZ NATURAL -----	P.150
2.1 ASPECTOS PRÁCTICOS DE LA GARANTÍA-----	P.151
2.2 EL JUEZ NATURAL EN SITUACIONES DE EMERGENCIA O EXCEPCIÓN-----	P.153
3. LA ABSTENCIÓN JUDICIAL COMO GARANTÍA -----	P.154
4. LA RECUSACIÓN COMO REASEGURO DE LA IMPARCIALIDAD -----	P.157
4.1 IMPEDIMENTOS OBJETIVOS PARA ACTUAR-----	P.158
4.2 IMPEDIMENTOS SUBJETIVOS-----	P.168
5. REVISIÓN JUDICIAL DE SENTENCIAS VICIADAS DE PARCIALIDAD -----	P.171
ANEXO JURISPRUDENCIAL -----	P.174

CAPÍTULO VII: LA DEFENSA EN JUICIO

1. GENERALIDADES -----	P.188
2. LA DEFENSA COMO GARANTÍA INDIVIDUAL -----	P.189
2.1 EL ABOGADO “DE CONFIANZA” -----	P.192
2.2 DEFENSA TÉCNICA IDÓNEA -----	P.195
2.3 LA DEFENSA GRATUITA -----	P.197
3. EVITAR LA INDEFENSIÓN -----	P.199
3.1 EFECTOS DE LA INDEFENSIÓN -----	P.202
3.2 LOS TIEMPOS DE LA INDEFENSIÓN -----	P.205
3.3 DETERMINANTES DE LA INDEFENSIÓN -----	P.206
4. CONTENIDOS BÁSICOS Y ESENCIALES DEL DERECHO DE DEFENSA -----	P.209
4.1 EL DERECHO A LA CONTRADICCIÓN (PRINCIPIO DE BILATERALIDAD)-----	P.213
4.2 EL DERECHO A SER OÍDO Y LAS SITUACIONES DE URGENCIA PARA RESOLVER -----	P.215
4.3 ESPACIOS DEL DEBIDO PROCESO -----	P.217
ANEXO JURISPRUDENCIAL -----	P.222

CAPÍTULO VIII: LA RAZONABILIDAD JUDICIAL

1. GENERALIDADES -----	P.230
2. LA RAZONABILIDAD COMO PREVISIÓN DE CERTEZA -----	P.231

2.1 PONDERACIÓN Y PROPORCIONALIDAD -----	P.232
2.2 PONDERACIÓN Y RAZONABILIDAD -----	P.234
3. EL PRINCIPIO DE RAZONABILIDAD EN LAS DECISIONES JUDICIALES -----	P.235
4. LA FUNDAMENTACIÓN DE LAS SENTENCIAS -----	P.236
4.1 VENTAJAS E INCONVENIENTES DE MOTIVAR LAS RESOLUCIONES -----	P.238
4.2 NATURALEZA DE LA OBLIGACIÓN -----	P.239
4.3 LA MOTIVACIÓN COMO PRESUPUESTO PROCESAL DE LA SENTENCIA -----	P.243
4.4 LA MOTIVACIÓN COMO PARTE ESENCIAL DE LAS RESOLUCIONES JUDICIALES-----	P.244
4.5 LA MOTIVACIÓN COMO DEBER DE LA JURISDICCIÓN -----	P.244
4.6 LA MOTIVACIÓN COMO DERECHO EXIGIBLE DE LAS PARTES -----	P.245
5. SÍNTESIS VALORATIVA -----	P.245
6. CONTENIDOS DE LA MOTIVACIÓN -----	P.247
ANEXO JURISPRUDENCIAL -----	P.250

SECCIÓN 2:: GARANTÍAS CONCRETAS

CAPÍTULO IX: EL DERECHO AL RECURSO

1. INTRODUCCIÓN -----	P.259
2. CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO A RECURRIR -----	P.263
3. EVOLUCIÓN DE LA JURISPRUDENCIA VINCULADA -----	P.265
4. CONTENIDO ESENCIAL DEL DERECHO AL RECURSO -----	P.275
5. DOBLE INSTANCIA Y DERECHO AL RECURSO -----	P.277
6. LA INTERPRETACIÓN EN EL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS --	P.281
7. DERECHO AL RECURSO Y PLAZO RAZONABLE -----	P.284
8. LIMITACIONES POSIBLES EN EL DERECHO AL RECURSO -----	P.287

CAPÍTULO X: EL CUMPLIMIENTO DE LA SENTENCIA

1. ALCANCE Y CONTENIDO -----	P.296
2. LA GARANTÍA DE CUMPLIMIENTO INMEDIATO -----	P.297
3. EL RÉGIMEN PROCESAL Y LA EJECUCIÓN INMEDIATA -----	P.299
4. EL CUMPLIMIENTO POR OTRO -----	P.301

CAPÍTULO XI: EL PLAZO RAZONABLE

1. INTRODUCCIÓN -----	P.304
2. EL PRINCIPIO DE ECONOMÍA PROCESAL -----	P.308
2.1 <i>EL PRINCIPIO DE EVENTUALIDAD</i> -----	P.311
2.2 <i>EL PRINCIPIO DE CONCENTRACIÓN PROCESAL</i> -----	P.312
2.3 <i>EL PRINCIPIO DE PRECLUSIÓN</i> -----	P.312
2.4 <i>EL PRINCIPIO DE SANEAMIENTO</i> -----	P.313
2.5 <i>EL PRINCIPIO DE ADQUISICIÓN</i> -----	P.314
3. LA CELERIDAD PROCESAL COMO PROBLEMA ECONÓMICO -----	P.314
3.1 <i>LOS DÍAS Y HORAS HÁBILES</i> -----	P.316
3.2 <i>EL HORARIO DE ACTUACIÓN Y LAS FERIAS JUDICIALES</i> -----	P.318
3.3 <i>LOS PLAZOS Y TÉRMINOS PARA EL EJERCICIO DE LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL</i> -----	P.320
4. LOS TRATADOS Y CONVENCIONES INTERNACIONALES -----	P.322
4.1 <i>DERECHO SUBJETIVO A OBTENER SENTENCIA EN UN PLAZO RAZONABLE</i> ---	P.324
4.2 <i>EL PLAZO RAZONABLE EN LA JURISPRUDENCIA DEL SISTEMA INTERAMERICANO</i> -----	P.325
4.3 <i>EL PLAZO RAZONABLE EN LOS TRATADOS Y CONVENCIONES DE EUROPA</i> ----	P.330
4.4 <i>EL PLAZO RAZONABLE EN LA INTERPRETACIÓN DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN</i> -----	P.334
5. EL DERECHO AL PROCESO RÁPIDO, EXPEDITO Y EFICAZ -----	P.338
5.1 <i>PROCESO RÁPIDO Y DILACIONES INDEBIDAS</i> -----	P.338
5.2 <i>PROCESO SENCILLO Y EFICAZ</i> -----	P.340
6. DILACIONES INDEBIDAS EN EL PROCESO PENAL-----	P.341
7. CRITERIOS EN EL PROCESO PENAL -----	P.343
8. AUTONOMÍA DE LA GARANTÍA -----	P.355
8.1 <i>COMPLEJIDAD DE LA CAUSA. DIFICULTADES INTRÍNSECAS</i> -----	P.357
8.2 <i>CONDUCTA DE LAS PARTES</i> -----	P.359
8.3 <i>ANÁLISIS DE LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL</i> -----	P.360
8.4 <i>CONSECUENCIAS DE LA DEMORA. REPARACIÓN Y PREVENCIÓN DEL DAÑO</i> ---	P.362
9. EXTENSIÓN DEL PLAZO RAZONABLE A TODO TIPO DE PROCESOS -----	P.363
10. PAUTAS GENERALES PARA DEFINIR EL PLAZO RAZONABLE -----	P.363
11. EL PROCEDIMIENTO INDEMNIZATORIO EN CASO DE VIOLACIÓN A LA GARANTÍA DEL <i>PLAZO RAZONABLE</i> -----	P.366

11.1 ¿QUIÉN TIENE DERECHO AL RESARCIMIENTO? -----	P.370
11.2 RESPONSABILIDAD DEL JUEZ Y DEL ESTADO -----	P.372
11.3 DEMORAS EN LA EJECUCIÓN DE LA SENTENCIA -----	P.374
12. CONCLUSIONES -----	P.375

PARTE ESPECIAL II: PRINCIPIOS

CAPÍTULO XII: EL PRINCIPIO DISPOSITIVO

1. NOCIONES GENERALES -----	P.384
2. EL PROCESO INDIVIDUALISTA -----	P.386
3. LA PUBLICIZACIÓN DEL PROCESO -----	P.387
4. LAS DUDAS DEL PRINCIPIO DISPOSITIVO -----	P.391
5. LA MISIÓN CONSTITUCIONAL DEL JUEZ Y EL PRINCIPIO DISPOSITIVO-----	P.392
6. EXTENSIÓN DEL PRINCIPIO DISPOSITIVO -----	P.394
6.1 EL PROCESO INQUISITIVO -----	P.395
6.2 LA APORTACIÓN DE LOS HECHOS POR LAS PARTES -----	P.400
7. ¿PUEDE EL JUEZ INICIAR EL PROCESO? -----	P.401
8. EL PRINCIPIO DISPOSITIVO Y LA INICIATIVA PROBATORIA -----	P.403
9. CONCLUSIONES -----	P.407

CAPÍTULO XIII: EL PRINCIPIO DE CONGRUENCIA

1. SIGNIFICADOS DE LA CONGRUENCIA -----	P.412
2. AMPLIACIONES DE LA CONGRUENCIA HACIA SUJETOS QUE NO SON PARTES ---	P.413
3. AMPLIACIONES DE LA CONGRUENCIA EN LA PRETENSIÓN -----	P.420

CAPÍTULO XIV: EL PRINCIPIO DE BUENA FE EN EL PROCESO CIVIL

1. INTRODUCCIÓN -----	P.434
2. PLANTEOS QUE GENERA LA CONSAGRACIÓN DEL PRINCIPIO DE BUENA FE-----	P.437
3. LA PENALIZACIÓN DEL PROCESO CIVIL -----	P.438
4. LA BUENA FE COMO “HECHO” (BUENA FE CREENCIA) -----	P.440
5. LA BUENA FE OBJETIVA: EL PRINCIPIO DE MORALIDAD -----	P.443
6. ACTUACIÓN DEL JUEZ EN LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO -----	P.445
7. LA CONDUCTA LEAL -----	P.446
8. MANIFESTACIONES DE LA BUENA FE – LEALTAD -----	P.449

9. LA PROBIDAD EN LA CONDUCTA -----	P.451
10. LA BUENA FE COMO PRINCIPIO DEL PROCESO -----	P.452
11. SIGNIFICADOS DE LA BUENA FE -----	P.453
12. LA BUENA FE Y LA HONESTIDAD DE LA CONDUCTA -----	P.457
13. LA BUENA FE ANTE LA DESHONESTIDAD (MALA FE) -----	P.459
14. LA CONDUCTA TEMERARIA Y MALICIOSA -----	P.460
15. LA BUENA FE Y EL DEBER DE VERACIDAD -----	P.463
16. PRINCIPIO DE MORALIDAD Y ABUSO PROCESAL -----	P.467
17. CONCLUSIONES -----	P.470

CAPÍTULO XV: EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD DE LAS FORMAS

1. EL FORMALISMO EN EL PROCESO CIVIL -----	P.481
2. FUNDAMENTOS DEL PRINCIPIO -----	P.483
3. MODALIDADES -----	P.487
4. ALCANCE -----	P.490
5. RENUNCIA AL FORMALISMO POR ACUERDO ENTRE PARTES -----	P.494
5.1 EXCEPCIONES AL PRINCIPIO DE LEGALIDAD:	
PRÓRROGA DE LA COMPETENCIA -----	P.496
5.2 EXCEPCIONES AL PRINCIPIO DE LEGALIDAD:	
SUSPENSIÓN DE LA ACTUACIÓN-----	P.497
5.3 EXCEPCIONES AL PRINCIPIO DE LEGALIDAD:	
CONVENIO SOBRE COSTAS-----	P.498
5.4 EXCEPCIONES AL PRINCIPIO DE LEGALIDAD:	
RENUNCIA CONVENCIONAL AL RECURSO -----	P.499
6. LIBERTAD JUDICIAL PARA ESTABLECER FORMALIDADES -----	P.501
6.1 LÍMITES -----	P.501
6.2 DEBERES Y FACULTADES DEL ART. 36 -----	P.503
6.3 REGLAS INAMOVIBLES Y ADECUACIONES DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD - -----	P.509
7. EXCESO RITUAL MANIFIESTO -----	P.511
7.1 ESCRITOS DEJADOS EN SECRETARÍA EQUIVOCADA -----	P.512
7.2 ESCRITOS O ACTUACIONES REALIZADAS FUERA DE TÉRMINO -----	P.514
7.3 ACTUACIONES CON ERRORES FORMALES -----	P.515
7.4 OTRAS INFORMALIDADES QUE SE CONVALIDAN -----	P.517
8. LA MODIFICACIÓN POR EL JUEZ DE LAS REGLAS FORMALES	

DE PROCEDIMIENTO -----	P.518
9. EFECTOS DEL INCUMPLIMIENTO EN LAS FORMAS -----	P.519
9.1 PRINCIPIO DE ESPECIFICIDAD -----	P.520
9.2 PRINCIPIO DE TRASCENDENCIA -----	P.520
9.3 PRINCIPIO DE CONVALIDACIÓN -----	P.521
9.4 PRINCIPIO DE CONSERVACIÓN -----	P.522
9.5 PRINCIPIO DE PROTECCIÓN -----	P.523

CAPÍTULO XVI: EL PRINCIPIO DE BILATERALIDAD

1. DEFINICIONES -----	P.536
2. LA BILATERALIDAD COMO SISTEMA -----	P.537
2.1 EL PROBLEMA CON LAS MEDIDAS CAUTELARES -----	P.539
2.2 LAS REGLAS MÍNIMAS DE LA CONSTRUCCIÓN O SISTEMA -----	P.542
3. LA BILATERALIDAD COMO PRINCIPIO -----	P.543
3.1 REASEGUROS DE LA BILATERALIDAD -----	P.545
3.2 LAS NOTIFICACIONES -----	P.546
3.3 EL CONTROL DE REGULARIDAD -----	P.550
4. LA BILATERALIDAD “ATENUADA” -----	P.553
5. BILATERALIDAD “INEXISTENTE” -----	P.556

PARTE ESPECIAL III: REGLAS DEL PROCESO CIVIL

CAPÍTULO XVII: EL PRINCIPIO DE ECONOMÍA PROCESAL

1. NOCIONES GENERALES -----	P.565
2. ASPECTOS DE LA REGLA -----	P.567
3. EL PRINCIPIO DE ECONOMÍA DE GASTOS -----	P.569
3.1 LA TASA DE JUSTICIA Y EL PRINCIPIO DE ECONOMÍA -----	P.572
3.2 EL PRINCIPIO DE ECONOMÍA EN LA CORTE INTERAMERICANA -----	P.575
4. EL PRINCIPIO DE ECONOMÍA DE ESFUERZOS -----	P.579
4.1 PRINCIPIO DE EVENTUALIDAD -----	P.579
4.2 PRINCIPIO DE CONCENTRACIÓN -----	P.583
4.3 EL PRINCIPIO DE CELERIDAD -----	P.586
4.4 EL PRINCIPIO DE PRECLUSIÓN -----	P.592

4.5 <i>EL PRINCIPIO DE SANEAMIENTO</i> -----	P.598
4.6 <i>EL PRINCIPIO DE ADQUISICIÓN</i> -----	P.600
5. EL IMPULSO PROCESAL -----	P.602
5.1 <i>LA CADUCIDAD DE LA INSTANCIA</i> -----	P.607
5.2 <i>CONSTITUCIONALIDAD DE LA CADUCIDAD DE LA INSTANCIA</i> -----	P.608

CAPÍTULO XVIII: EL PRINCIPIO DE INMEDIACIÓN

1. INTRODUCCIÓN -----	P.611
2. EL PROBLEMA POLÍTICO DE LA INMEDIACIÓN -----	P.612
2.1 <i>LA ORDENANZA DE KLEIN Y SU INFLUENCIA</i>	
<i>EN EL PRINCIPIO DE INMEDIACIÓN</i> -----	P.613
2.2 <i>EL CÓDIGO ITALIANO DE 1940</i> -----	P.615
2.3 <i>LAS REFORMAS PROCESALES DEL SIGLO XX.</i>	
<i>CONSAGRACIÓN DEL PRINCIPIO DE INMEDIACIÓN</i> -----	P.618
2.4 <i>DESILUSIONES Y CRÍTICAS</i> -----	P.621

CAPÍTULO XIX: LAS REGLAS DE LA ORALIDAD Y LA ESCRITURA

1. LA ORALIDAD COMO PRINCIPIO POLÍTICO -----	P.629
2. EVOLUCIÓN DE LA ORALIDAD -----	P.633
2.1 <i>ORALIDAD Y PRINCIPIO DE PUBLICIZACIÓN</i>	
<i>(SOCIALIZACIÓN DEL PROCESO CIVIL)</i> -----	P.634
2.2 <i>ALCANCE DE LA ORALIDAD</i> -----	P.635
3. LA ESCRITURA COMO SISTEMA -----	P.638
3.1 <i>LAS FORMAS ESCRITAS</i> -----	P.638
3.2 <i>INMEDIACIÓN CON ORALIDAD O EN LA ESCRITURA</i> -----	P.638
4. VENTAJAS DE LA ESCRITURA -----	P.639
5. VENTAJAS DE LA ORALIDAD -----	P.640
6. PRINCIPIO DE PUBLICIDAD -----	P.643
7. EL PRINCIPIO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA -----	P.645

CAPÍTULO I

INTRODUCCIÓN

1. ¿Principios o sistemas?

Un sector de la doctrina clásica, dice que son *principios procesales* los presupuestos políticos que determinan la existencia funcional de un ordenamiento procesal cualquiera ⁽¹⁾.

Este criterio fue aceptado por la mayoría de los cultores de la ciencia y, en definitiva, incorporaron la afirmación. Por ejemplo, Palacio sostiene que “se denominan principios procesales a las directivas u orientaciones generales en que se funda cada ordenamiento jurídico procesal” ⁽²⁾.

Sin embargo, la simplicidad del argumento exigió mejorar la fundamentación, porque al admitirse que los principios eran “presupuestos políticos”, fácilmente se llegaba a convalidar que ellos podían variar por razones “políticas” ⁽³⁾.

Fue así que otros autores, anticipándose al dilema, optaron por referir a “*sistemas*”, dando la idea de que el proceso se ejecutaba mediante una

¹ . Díaz, Clemente A., *Instituciones de Derecho Procesal*, Parte General, Tomo I (Introducción), Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1968, p. 212.

² . Palacio, Lino E., *Derecho Procesal Civil*, Tomo I, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1979 (2ª ed. 1ª reimpresión), p. 250.

³ . El mismo Palacio dijo que los principios procesales, en la medida en que se extraen de un determinado contexto normativo, expresan valoraciones de la respectiva comunidad, y deben interpretarse por lo tanto, en un sentido armónico con las necesidades propias del tiempo y del lugar en que han de aplicarse. En su mayor parte, los principios procesales no revisten carácter absoluto. Difícilmente, en efecto, la ley que adopta un determinado principio no prevé, respecto de ciertas situaciones, la necesidad de hacer prevalecer, en mayor o menor medida, un principio distinto y aún opuesto. El principio dispositivo, por ejemplo, es susceptible de funcionar junto con las facultades concedidas a los jueces en materia de iniciativa probatoria, siempre que el ejercicio de tales facultades no ocasione agravio al derecho de defensa ni comprometa la igualdad de las partes (ob. cit., p. 251).

serie de actos que se cumplían de manera ordenada (sistemática), estableciendo principios que le daban unidad al mecanismo (⁴).

Con estos parámetros, en lugar de referir a principios, razonaron sobre la base del método adoptado por un Estado cualquiera para desarrollar sus procedimientos.

De algún modo, esta duplicidad en la orientación estaba ya en los orígenes de la ciencia, cuando Chiovenda argumentó que la finalidad del proceso era la actuación de la voluntad de la Ley, pretendiendo así señalar que lo verdaderamente importante era conseguir que el Estado aplicara el derecho objetivo sin importar los condicionamientos formales (⁵).

Aunque frente a este criterio aparecía una concepción diferente, que veía en el proceso una lucha entre partes, donde el Estado sólo intervenía con sus jueces para evitar que las reglas del debate fueran cambiadas en beneficio de uno de los contradictores, vulnerando así los principios de bilateralidad, contradicción, carga de la prueba, alcance y efectos de la cosa juzgada, etc.

Desde entonces, la polaridad ideológica comprometió la interpretación de los principios procesales, porque cada una de las posiciones tenían (tienen) diferencias significativas, y establecieron distancias considerables entre una u otra opción.

En la actualidad, este enfrentamiento pervive y se repite en las acciones que se toman para analizar la validez de los actos procesales. La singularidad de la hora está en el debate que genera el problema de resolver si los principios son incanjeables o pueden admitir morigeraciones basadas en la libre interpretación judicial.

En suma, la discusión se entabla entre admitir que el proceso es solo cosa entre partes que debaten con reglas conocidas e invariables; o bien,

⁴ . Alsina, Hugo, *Tratado teórico práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial*, Tomo I, Ediar, Buenos Aires, 1957, p. 448.

⁵ . Chiovenda, Giuseppe, *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, Tomo I, Cárdenas, 1989, p. 51. Agregando: “Ni siquiera la circunstancia de que el juez civil proceda únicamente a instancia de parte, puede conducir a un criterio distinto. Pues no hay que confundir la *naturaleza* de una función con el interés de su desenvolvimiento *en el caso concreto*. El primer interesado en pedir la actuación de la ley es el particular; pero esto no impide que lo que él solicita sea la actuación de la ley...”.

que en la búsqueda de soluciones justas y efectivas, pueden los jueces aligerar las rigideces técnicas y hasta dogmáticas (⁶).

2. Principios y presupuestos. Reglas y garantías

Para nosotros deben diferenciarse las *garantías*, los *principios*, y las *reglas*.

En efecto, el desarrollo del proceso permite observar un conjunto de principios y presupuestos que estructuran las denominadas reglas adjetivas del procedimiento. Es el ritual, propiamente dicho. El reflejo de cómo se hace un proceso a partir de la orientación que fundamenta cada sistema jurídico procesal.

Es una cuestión técnica pero también dogmática, porque aun siendo cierto que no impiden introducir en ellas algunas ideas políticas (⁷), consienten el establecimiento de imposiciones que no se deben perder bajo ninguna circunstancia.

2.1 Las garantías

Se llaman *garantías* a los derechos constitucionales o fundamentales que siempre deben estar presentes para que se pueda litigar en el marco de un proceso debido.

⁶ . Montero Aroca sostiene que, “frente a la idea de que las partes son dueñas del proceso, a lo largo del siglo XX se ha ido desarrollando como idea opuesta, la que suele conocerse como publicización del proceso civil. Aunque esa publicización se ha articulado con matices diferentes, como es natural que fuera, todos ellos tienen una misma raíz que atiende al aumento de los poderes del Estado dentro de la sociedad, por lo que se trata siempre de una cierta base autoritaria, por lo menos si entendemos la palabra autoritario en sentido general, en el que equivale a aumento, exageración, desarrollo anómalo, deformación de la autoridad. Autoritario o autoritarismo son siempre formas exageradas, deformadas de la autoridad, y por ello persona con autoridad es algo muy distinto de persona autoritaria ...[...]” (Montero Aroca, Juan, *El proceso civil llamado “social” como instrumento de “justicia” autoritaria*, en Revista Iberoamericana de Derecho Procesal, 2004, nº 6, ps. 15/50. También en *Proceso civil e ideología*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, ps. 144/5).

⁷ . V.gr.: La entrada al proceso se puede o no restringir desde la legitimación en el proceso, la cual se puede analizar con la admisión de la demanda o al resolver las excepciones, pero siempre en un tiempo anterior al juicio propiamente dicho; o bien, relegando la cuestión para cuando se dicte sentencia definitiva, permitiendo así el derecho al proceso en términos cabales.

Éste sería el género, mientras que las reglas y los principios serían proyecciones que no pueden opacar la luz que aquél establece. Menos aún dejarlas de lado, y sería nulo cualquier procedimiento que no aplicara a pie juntillas las garantías establecidas.

En esta senda transitan el derecho de defensa en juicio, comúnmente razonado con el principio de bilateralidad procesal, o de contradicción; para lo que habrá de tenerse presente que este postulado resulta útil, únicamente, en los procesos controvertidos. También, la independencia e imparcialidad judicial; la igualdad de las partes; el derecho a ser oído; la razonabilidad judicial; entre otras.

2.2 *Los principios*

Los *principios* no son reglas técnicas, sino imperativos que guían el procedimiento de jueces y abogados. Por eso, también se pueden presentar como garantías procesales.

Dicho en otros términos, constituyen los resguardos y reaseguros que tiene el justiciable para confiar en el sistema al que recurre cuando peticiona protección jurisdiccional.

Se pueden encontrar principios en la *acción*, o al tiempo de entrar al proceso (acceso a la justicia); cuando se debate en el *proceso* (buena fe, lealtad, probidad, moralidad); y en la propia *función jurisdiccional* (sentencia debidamente fundamentada).

En este terreno anidan como principios, el *dispositivo* (según el cual el proceso se inicia a petición de parte); la *legalidad* de las formas (formalismo o informalismo en los actos procesales); la *publicidad* (el proceso no debe ser secreto para las partes aunque pueda serlo para el público); la *lealtad, probidad y buena fe* (que se puede resumir en el principio de moralidad; o en la prohibición de abuso procesal); la *autoridad del juez* en el proceso, y el *respeto por la dignidad profesional* (“En el desempeño de su profesión el abogado será asimilado a los magistrados en cuanto al respeto y consideración que debe guardársele” –art. 59, Código Procesal Civil y Comercial de la Nación Argentina [CPCC]).

No obstante, la doctrina es bastante versátil para encolumnar en la categoría de principios a reglas del procedimiento (por ejemplo, cuando se pone dentro del primero a la oralidad y la escritura); o bien para adoptar como principios a auténticas garantías constitucionales, como la independencia judicial y el derecho de defensa en juicio.

2.3 Las reglas

Las *reglas*, por su parte, se convierten en el sistema previsto para ordenar el debate dialéctico entre las partes. Dentro de ellos existen agrupamientos diferentes, como son las pautas para la producción probatoria en el juicio escrito, o la actuación de ellas en el litigio que se sustancia con oralidad.

También las imposiciones que se establecen para la introducción de los hechos en el proceso, o para impugnar las sentencias.

En líneas generales, son los reglamentos señalados para el lugar, tiempo y forma de los actos procesales. Por ello son de esta categoría, la *eventualidad* (distribución de los tiempos del proceso, es decir, que consiste en pedir de las partes que todos los actos de postulación, ataque y defensa, respondan a las etapas preclusivas del proceso) ⁽⁸⁾; la *economía procesal* (que significa establecer o no la gratuidad del proceso; y también disponer la secuencia del procedimiento, la acumulación de actuaciones, y la periodicidad o preclusión de los actos); el derecho a los *recursos* (con la discusión abierta si desde una regla se puede violar un estándar del debido proceso constitucional); y en definitiva, todas las demás cuestiones que significan dar criterios para el desarrollo del trámite contencioso y voluntario.

2.4 Los presupuestos

El primero que se refirió a los “presupuestos procesales” fue el jurista alemán Oskar Von Bülow ⁽⁹⁾, que ya había desarrollado su tesis

⁸ . Gozáni, Osvaldo Alfredo, *Derecho Procesal Civil*, Tomo I (*Teoría General del Derecho Procesal*) Volumen 1 (*Jurisdicción, acción y proceso*), Ediar, Buenos Aires, 1992, p. 360.

⁹ . Von Bülow pertenece a la llamada Edad de Oro del procesalismo alemán, época caracterizada por la fundamentación científica de las nociones básicas del Derecho procesal. Nació en Breslavia en 1837. Estudia en Berlín y Heidelberg, y en esta famosa ciudad universitaria comienza su carrera docente que continúa en Giessen, Tubinga y Leipzig. En 1892, aquejado de una penosa enfermedad, abandona la enseñanza y se retira a Heidelberg, donde murió el 19 de noviembre de 1907.

El mérito de Bülow radica en la interpretación que hizo de los requisitos para entablar un proceso válido entre partes, diferencia que lo posiciona, para algunos, en el privilegiado lugar de ser “creador de la ciencia procesal”. Fue discípulo de Vangerow y profundo conocedor del Derecho romano, comienza su elaboración doctrinal con publicaciones del tipo de *De praeiudicialibus formulis* (1859) y *De praeiudicialibus exceptionibus* (1863), que posteriormente desarrolla con maestría en

sobre el fenómeno de la relación jurídica procesal procurando explicar la validez y significado del encuentro de partes en un conflicto judicial.

La diferencia establecida parte de considerar que hay “requisitos” anteriores a la demanda; y recaudos que se deben tener y cumplir para continuar en el proceso judicial. De este modo, los *presupuestos procesales* son requerimientos de admisibilidad donde anidan condiciones previas a la constitución de la relación procesal. En ellas se encuentran: las personas que pueden demandar y ser demandadas (legitimación); objeto y materias que pueden llevarse al terreno del litigio (idoneidad); y el tiempo para hacerlo (prescripción y caducidad del derecho).

En esta perspectiva, se habla del interés, la posibilidad jurídica, y la legitimación en la causa.

Por otro lado aparecen las excepciones y defensas que se pueden oponer contra el progreso de la demanda. Algunas se dirigen a cuestionar la “posibilidad jurídica”, y otras atacan, directamente, las razones de fondo o materiales. Las primeras son excepciones, las otras se llaman defensas.

Esta simplificación no conformaba a Bülow quien rechazó la supuesta confusión proveniente del derecho romano entre excepciones (que indican actividad dispositiva de la parte) y presupuestos procesales (condiciones para la constitución de la relación jurídica procesal). Para aquél era necesario que el juez adoptara un control directo sobre la relación jurídica procesal evitando que fueran las partes quienes, merced al principio dispositivo, implementaran y desarrollaran la litis.

Tanto poder no fue comprendido en su tiempo, y por eso fueron las críticas certeras de Kisch, Rosenberg o de Goldschmidt, años después.

Lehre von den Prozesseinreden und die Prozessvoraussetzungen (1868), donde estudia el problema de las excepciones y de los presupuestos procesales y aboga por la eliminación total en el sistema procesal civil de aquellas, a las que califica de «pomposo ornato del más caprichoso latín canónico».

A partir de entonces trata de poner de relieve la naturaleza pública del derecho procesal. Considera que el proceso es una relación jurídica trilateral que, fundada en la demanda judicial, tiende a la obtención de una sentencia justa. Existe, dice, un derecho de las partes respecto al juez y un deber del juez respecto a las partes de dictar sentencia, como resultado del proceso cuyo acatamiento deviene obligatorio. Niega la existencia de un derecho a la tutela judicial anterior a la demanda. La función del juez, afirma en *Gesetz und Richteramt* (1885), es más legislativa que interpretativa. El campo de acción del juez es tan creador como el del legislador. En el proceso se produce Derecho objetivo. Como ha dicho Chiovenda, fue «un pensador lleno de dudas, más inclinado a la crítica sutil y cáustica que a las enunciaciones seguras y definitivas».

En la doctrina italiana se pretendió morigerar el impacto de una teoría tan avanzada, estableciendo una suerte de clasificación de los presupuestos; se propusieron entonces: “Presupuestos del conocimiento del mérito”, “extremos exigidos para decidir el fondo de la cuestión”, o “condiciones para la sentencia de mérito”.

Lo cierto es que la mayor parte de los comentarios en contra de la teoría de las excepciones y los presupuestos procesales que explanó Von Bülow se dirigieron a advertir que hubiera o no defectos en la constitución de la relación jurídica procesal, a pesar de ello, había actividad procesal.

En consecuencia, cuando se habla de requisitos o presupuestos para dar vida al proceso judicial, necesariamente habrá que distinguir entre los que son necesarios para *entrar al proceso* (acción y derecho de acción); los que permiten estar y continuar en el mismo (*derecho a la jurisdicción y derecho al debido proceso*), y los que asientan en la eficacia misma del juicio como elemento de creación del derecho a través de la sentencia.

En definitiva, los presupuestos son requisitos de validez intrínseca que refieren a requerimientos internos de los actos procesales. Por eso, la legitimación procesal se instala en la antesala del proceso; la competencia atiende la regularidad de la instancia; el derecho de defensa en juicio conforma la estructura garantista que se protege; y los recaudos constitucionales para una sentencia válida cierran el circuito.

En cambio, los principios, las reglas y las garantías se relacionan con otros aspectos, que se simplifican en lo siguiente:

2.5 Síntesis

Los *principios* establecen las formas ineludibles como se debe desarrollar un procedimiento judicial; las *reglas* imponen normas de conducta para el juez, las partes y sus abogados; y las *garantías* se convierten en los fundamentos objetivos y subjetivos que salvaguardan los derechos inalienables de toda persona que esté en juicio.

Llevado a la práctica cada exigencia puede encontrar aplicaciones disímiles, lo que conduce a tener que explicar porque las variaciones se producen sin originar nulidades del procedimiento.

Por ejemplo, la garantía de defensa y el derecho a ser oído no puede ser vulnerado; sin embargo, hay alteraciones que dan testimonio de cuantas veces se afecta; por ejemplo, con el llamado “enjuiciamiento *prima facie*”

(¹⁰) donde la bilateralidad se atenúa alterando, por vía de principio, el derecho de defensa. Otro caso es la simple formalidad de cumplir con el derecho a la contradicción que se ejecuta dando oportunidad de oír aunque en los hechos sea imposible hacerlo (v.gr.: notificaciones mal practicadas; también al permitir emplazamientos que no son tales; notificación por edictos; etc.); o bien, la sentencia motivada suficientemente se tiene fundada con remisión a precedentes que, a veces, siquiera están relacionados adecuadamente.

Hay innumerables cuestiones que pueden mínimamente calificarse como contradictorias, como ocurre con el derecho a la doble instancia y la restricción de recursos; el derecho a ser oído y las medidas autosatisfactivas; etc. etc., en fin, cada una y todas a la vez, son manifestaciones incongruentes que, para convalidarlas, necesitan explicarse con nuevas argumentaciones.

Pero donde se reúne el mayor conflicto es en la consideración de la *autoridad judicial* en el que se plantea el debate entre el ejercicio con autoridad (director del proceso), o con exceso de ella (autoritarismo), proyectando desde esta cuestión otras no menores en importancia y trascendencia como resulta, la aplicación del principio de saneamiento procesal (el control de oficio sobre los presupuestos procesales ¿desequilibra la igualdad de las partes en el proceso?); la iniciativa probatoria del juez (¿viola la imparcialidad?); la aplicación de medidas conminatorias o sobre la conducta de las partes en el proceso (¿es un acto de supremo condicionamiento al ejercicio del derecho de defensa?); el poder cautelar (¿cercena el derecho a ser oído? ¿afecta la pauta constitucional del proceso bilateral y contradictorio?); entre muchas otras contingencias que regresan a la polémica tras muchos años (casi un siglo) de quietud intelectual (para algunos) o de evolución significativa en el derecho a un proceso justo (para otros) (¹¹).

3. Principios del proceso y del procedimiento

Del encuadre anterior surge una primera lectura. Los *principios procesales* disciplinan como ha de ser el debate (iniciado por la parte; dirigido por el juez; con formas legalmente establecidas; conductas

¹⁰ . Cfr. Nieva Fenoll, Jordi, *Enjuiciamiento prima facie*, Atelier, Barcelona, 2007, en especial ps. 37 y ss.

¹¹ . Los interrogantes que se ponen como afirmaciones no significan que el autor comparta lo que se supone implícito.

honestas y de buena fe, etc.); las *reglas* conforman la regulación adjetiva con modalidades y efectos que pueden ser distintos de acuerdo con la naturaleza del conflicto, o de la finalidad inmediata que las partes persigan, o bien, por los intereses cuya tutela se pretende (¹²); mientras que las *garantías* se ocupan de los presupuestos incanjeables y permanentes que la litis debe tener para salvaguardar el debido proceso.

Los principios se controlan desde la actividad jurisdiccional, sea como deberes (obligaciones) del órgano o como potestades (facultades) aplicadas. Lo mismo sucede con las garantías, que se instalan como presupuestos que pueden ser fiscalizados de oficio o mediante la deducción de excepciones y/o defensas de la contraparte. Por su lado, las reglas, son más permeables a la influencia de factores que determinan su vigencia; por ejemplo, la oralidad o la escritura, como método de debate, estructuran posibilidades de actuación diferentes.

Ahora bien, cada uno de ellos no puede desatender la finalidad implícita del proceso: él mismo es una garantía (¹³), y como tal debe

¹² . Gozaíni, *Derecho Procesal Civil*, tomo I, cit., p. 260.

¹³ . Los primeros estudios de derecho procesal fueron siempre dirigidos a explicar el procedimiento. Esto es, la técnica como se desarrolla un instrumento que servía para aplicar los derechos subjetivos. Esta herramienta originaba el derecho a tener jueces y a peticionar ante ellos dando lugar a un sistema que debía resolver las pretensiones que las partes en conflicto planteaban. Pero 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.

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 (cfr. Gozaíni, Osvaldo Alfredo, *Elementos de Derecho Procesal Civil*, Ediar, Buenos Aires, 2005, p. 115)

No debe creerse -dice Gelsi Bidart- 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 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 (Gelsi

comportarse en su paradigma. Pero, al mismo tiempo, es una herramienta que actúa como instrumento de protección de derechos sustanciales, que de acuerdo con las pretensiones y/o peticiones que se proponga, tienen modismos diferentes para obrar.

En consecuencia, una cosa es el proceso y otra diferente los procedimientos. Mientras el primero desenvuelve los límites y alcances de la actuación jurisdiccional y de las partes dentro de un conflicto planteado, ofreciéndole a cada uno garantías permanentes; el segundo no tiene solamente en el terreno de la contienda judicial su actuación plena (pueden existir procedimientos –administrativos- que no sean bilaterales ni contradictorios), en la medida que se relaciona con las formas de proceder en determinadas situaciones. En suma, se trata de resolver la dinámica de la actividad procesal con sus límites y proyecciones.

Con ello se quiere señalar que el proceso, como garantía, se enrola en la categoría del derecho procesal constitucional, donde podemos encontrar reglas y principios generales y permanentes, en los que existen particularidades permitidas –sin menoscabar la regla general- que acuña cada proceso constitucional (¹⁴).

Bidart, Adolfo, *De Derechos, deberes y garantías del hombre*, Fondo de Cultura Universitaria, Montevideo, 1987, p. 45).

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.

¹⁴ . Cfr. Gozaíni, Osvaldo Alfredo, *Introducción al derecho procesal constitucional*, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires / Santa Fe, 2006, ps. 187 y ss. Allí hemos sostenido que: “[...] Los principios procesales constituyen una suerte de máximas inalienables que se dan para ordenar el desarrollo de un litigio, por eso, la variedad de procedimientos permite formular reglas particulares. No se quiere afirmar que los principios sean distintos por los intereses a desentrañar, sino que las estructuras procesales admiten modificar la reglamentación puntual del proceso para darle una eficacia mayor a la que tendría de aplicar un patrón común. En el caso, la actividad principal de los procesos constitucionales es fiscalizar la ejecución de los mandamientos fundamentales, de modo tal que el conflicto principal está en la norma a interpretar antes que en la controversia entre partes”.

“La función judicial es diferente (como lo es, también, el sistema donde tenga funcionalidad porque las posibilidades de los jueces constitucionales del modelo difuso son distintas de los tribunales constitucionales) y se adapta al estándar de aplicación. En definitiva, al hablar de principios procesales para los procesos constitucionales, tenemos que mostrar aquellos que informan todas las instancias, hasta alcanzar la sentencia definitiva. No son reglas del debido proceso porque

En cambio, el proceso expuesto en su desarrollo, debe atender las familias o grupos de intereses a los que destina su esquema para aplicar el derecho correspondiente; de este modo, la diversidad podrá sugerir formas y criterios diferentes de actuar en los principios (v.gr.: la neutralidad absoluta del juez puede sufrir alteraciones actuando en la justiciabilidad de los derechos sociales); lo mismo cuando se trata de aplicar reglas (v.gr.: la carga de la prueba en los procesos constitucionales no es igual a la que se aplica en los procesos comunes); o bien al reglamentar las garantías (v.gr.: la cosa juzgada en los juicios de conocimiento es diferente de acuerdo con las posibilidades de cognición que el juez tenga en cada uno).

Esta distinción entre proceso y procedimientos ha puesto a la doctrina con opiniones heterogéneas sobre cuál de ambos es el género. Redenti, no dudó que el primero fuera el “principio general” ⁽¹⁵⁾, teniendo en cuenta la integración de los actos secuenciales y progresivos que culminan en una resolución integral del conflicto. Más o menos igual fue el pensamiento de Calamandrei, para quien la voz “proceso” tenía un significado común que se relacionaba con la continuidad de una serie de operaciones vinculadas por la unidad del fin; por eso, afirmó que “proceso y procedimiento, aún empleándose en el lenguaje común como sinónimos,

forman parte de él, sino aplicaciones necesarias y precisas que se han de cumplir en las etapas secuenciales de los trámites para que ellos tengan validez”.

“Evidentemente, así presentados, estos principios constituyen presupuestos políticos y en esa dimensión han de interpretarse. No obstante, no debe olvidarse que también el proceso significa garantía. Como tal, su función institucional contrae un notable compromiso hacia el deber de tutela. Si es garantía y reserva de los derechos fundamentales del justiciable, no podremos hablar de principios flexibles, adaptados a una dinámica de conjunto atrapada en el conjuro de ciertas coyunturas. En verdad, el proceso como garantía constitucional, inspira una serie de principios propios, estables, de esencia. Ellos son los principios del proceso y, de alguna manera, se vinculan con las seguridades que preserva la jurisdicción. El proceso tiene, entonces, un contenido bifronte que lo explica a partir de su significado y de su desarrollo. Unos reposan en la síntesis del proceso como respuesta al reclamo del individuo; otros, refieren a las reglas técnicas que estructuran el ordenamiento procesal”.

“La presentación del espacio que le corresponde a los principios procesales (del proceso y del procedimiento) desde esta óptica, obedecen a nuestro criterio acerca de que el proceso no es sólo técnica, sino antes bien, un fundamento de vínculos que atraviesan el clásico conflicto entre el derecho material - derecho procesal. Por ser un método único, particularizado, de singulares proyecciones hacia la unidad del orden normativo estos principios manifiestan mucho más que la razón de una estructura, o de una motivación de política procesal o económica”.

¹⁵ . Redenti Enrico, *Diritto Processuale Civile*, Tomo 1 “Nozioni e regole generali”, Giuffrè, Milano, 1995 (4ª ed.), ps. 97 y ss.

tienen un significado técnico diverso. El procedimiento indica más propiamente el aspecto exterior del fenómeno procesal (en el curso del mismo proceso puede, en diversas fases, cambiar el procedimiento)...”⁽¹⁶⁾.

Carnelutti fue más complejo, pues no hizo de la relación *proceso – procedimiento* una cuestión visceral para determinar los presupuestos y condiciones de su regularidad, porque prefirió partir del concepto de la unidad o pluralidad de procesos respecto al tipo de litigios. Sobre esta base distinguió un proceso jurisdiccional, otro ejecutivo y uno más, cautelar. Mientras los dos primeros, con sus propias modalidades, generaban una función distinta y una estructura desigual, tenían no obstante, reglas asimiladas para el litigio. Mientras que, el proceso cautelar, siendo un arreglo provisional del litigio, no le excluyó de sus principios aquellos que tenían los demás que reclamaban una composición definitiva⁽¹⁷⁾.

La distinción no es baladí, pues como señala Montero Aroca, las diferencias entre proceso y procedimiento se manifiestan en que:

“1º. El término procedimiento no es exclusivo del ámbito judicial, sino que es aplicable – refiriéndonos exclusivamente a su contenido jurídico- a todas las funciones del Estado, y así se habla de procedimiento legislativo y, sobre todo, administrativo (existe una ley de procedimiento administrativo, pero no puede existir una ley que regule el proceso ante la administración).

“2º. Procedimiento, pues, hace referencia a forma, a sucesión de actos, y ello sin precisar si esa actividad es la de los órganos jurisdiccionales, pues puede ser también la de los órganos administrativos.

“3º. Cuando se habla de procedimiento judicial se está destacando la forma de la actividad judicial, el <<lado externo de la actividad procesal>>, <<una consideración meramente formal del proceso>>, o <<el fenómeno de la sucesión de actos en su puro aspecto externo>>, la mera actividad o sucesión de actos en el tiempo.

“4º. Aunque proceso y procedimiento tienen una misma raíz etimológica, *procedere*, en el segundo destaca la nota de actuación externa, el trabajo que pudiéramos llamar administrativo que se realiza en cualquier actividad jurídica y, por tanto, también en ésta, mientras que en el primero es necesario tomar en consideración la estructura y los nexos que median

¹⁶ . Calamandrei, Piero, *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, volumen, Buenos Aires, 1986, p. 318.

¹⁷ . Carnelutti, Francesco, *Sistema de Derecho Procesal Civil*, tomo II, Cárdenas, ps. 615 y ss.

entre los actos, los sujetos que los realizan, la finalidad a que tienden, los principios a que responden, las condiciones de quienes los producen, las cargas que imponen y los derechos que otorgan. Mientras existe procedimiento en cualquier actividad jurídica, el proceso es propio y exclusivo de la actuación jurisdiccional” (18).

En definitiva, si trazamos una línea divisoria entre el *proceso como garantía constitucional*; y el *proceso desenvuelto como herramienta* (posible de tener una diversidad de procedimientos), será factible observar que las garantías, principios y reglas, tienen adaptaciones que sin resquebrajar la unidad de intelección, van tejiendo presupuestos y condiciones que exceden la simple regularidad formal, para afinar los requerimientos imprescindibles de la validez sustancial de la instancia.

En este sentido, la garantía que el proceso ofrece por sí sólo, es suficiente para tener que afianzar el derecho de acceso a la justicia; a ser oído dentro de un plazo razonable; a tener todas las garantías de alegación, réplica y prueba, y a obtener una decisión razonable y fundada.

Es ésta una visión ampliada de las garantías mínimas predispuestas en el art. 8º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que 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).

El primero establece que: *“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”* (19).

¹⁸ . Montero Aroca, Juan, *Los principios políticos de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil (Los poderes del juez y la oralidad)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, ps. 58/59.

¹⁹ . 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 (cfr. Gozaíni, Osvaldo Alfredo, *Derecho Procesal Constitucional – Debido Proceso*, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires / Santa Fe, 2004, p. 37).

Por su parte, la Constitución Nacional (art. 18), y cada uno de los códigos procesales locales, culminan dándole normatividad a estos presupuestos generales, los que, siendo “garantías” perviven en todo tipo de procesos, sin que ningún procedimiento pueda alterar la plena vigencia de los principios establecidos ⁽²⁰⁾.

El resumen enumera como garantías ineludicables del proceso a las siguientes:

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.

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 ⁽²¹⁾.

²⁰ . Peyrano, siguiendo a Guasp y Couture, reafirma que los principios generales del proceso civil son normas similares a las demás que integran un ordenamiento...[...] “Desconocer la normatividad –afirma- de los principios procesales equivale a quitar obligatoriedad a su aplicación ...”, por ello, “...los principios generales del proceso civil son construcciones jurídicas normativas” (Peyrano, Jorge Walter, *El proceso civil. Principios y Fundamentos*, Astrea, Buenos Aires, 1978, ps. 40/41) .

²¹ . Este punto, en particular, tiene diferencia de criterios importantes y fundadas, porque establecer para los procedimientos la garantía de “independencia”, puede ir en contra de la propia naturaleza del sistema (por ejemplo, en el procedimiento administrativo). De allí que autores como Montero Aroca afirmen que: 1) La función jurisdiccional se ejerce sólo a través del proceso; 2) Jurisdicción y proceso son realidades correlativas e interdependientes; sin proceso no hay ejercicio de la función jurisdiccional; 3) Todo proceso se desarrolla formalmente a través de un procedimiento; 4) Existen procedimientos judiciales que no son la forma externa de un proceso (en aquellos casos en que el juez no actúa jurisdiccionalmente), y 5) Un solo procedimiento judicial puede ser la forma externa de dos o más procesos (cfr. *Los principios políticos...*, cit., p. 59).

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.

Por su parte, los procedimientos tienen, al igual que el proceso, principios y reglas (las garantías se resguardan desde el proceso) que estructuran una forma para desarrollar las actuaciones procesales. Cada uno de ellos no significa, propiamente, una cuestión reglamentaria cuyos defectos ocasionan la invalidez de los actos, porque puede ocurrir que, encontrándose previsto el trámite oral, la actuación se ejercite por medio de escritos; o que habiendo una secuencia lógica para la concreción de ciertos actos, ellos se cumplen con un orden diferente sin alterar las reglas del contradictorio.

En consecuencia, los principios del procedimiento resuelven situaciones de estructura o arquetipos (oralidad o escritura; legalidad o informalidad; carácter público o secreto de las actuaciones) y una vez hecha la opción, encontramos otras disposiciones para lo propiamente adjetivo (orden secuencial de los actos o libertad de aportación; intermediación del órgano o distancia absoluta con las partes), recalando en particularidades específicas que conforman el conjunto ritual (economía procesal; saneamiento; eventualidad; etc.).

4. Clasificaciones

Otra de las cuestiones previas antes de ocuparse de cada uno de los principios procesales, *lato sensu*, radica en atender la diversidad de clasificaciones que la doctrina establece.

Buena parte coincide en fraccionar entre los que corresponden al proceso y las que se aplican a los procedimientos, pero no faltan quienes prefieren darle más precisión al problema, clasificándolos siguiendo el momento cuando han de imperar.

En esta línea Ramos Méndez sostiene que “los principios del proceso civil vienen condicionados por el significado y función del proceso civil en el ámbito del ordenamiento jurídico y, en concreto, por la índole de su objeto. Son por lo tanto válidos y homogéneos para todo tipo de proceso civil. Entre ellos unos rige la actividad de las partes, otros la actividad del órgano jurisdiccional y otros la interacción de ambas en orden al juicio. Los principios del procedimiento, por el contrario, son funcionales y de carácter

mas bien técnico. Se adoptan con criterios de oportunidad, en función de la mayor o menor complejidad del procedimiento o por conveniencias prácticas” (22).

En el mismo sentido, Gimeno Sendra ha señalado que [...] “Para reflejar la estructura del proceso, dos caminos se nos ofrecen: el uno podría consistir en descubrir cada uno de los actos o fases fundamentales que transcurren en el mismo desde la demanda hasta la sentencia, y el otro estribaría en reflejar los principios informadores del proceso, a través de los cuales se puede llegar al conocimiento del comportamiento de los sujetos que intervienen en el proceso, sus posibilidades, cargas y obligaciones procesales” (23).

“El primero de ellos, que podríamos calificar de *procedimentalista*, ocupó a los <<prácticos>> o autores del siglo XIX, pero en la actualidad debemos rechazarlo por incompleto, pues tan sólo contempla el lado formal de la actuación procesal, y poco científico, toda vez que mediante tal método tan sólo se adquiere una visión casuística del quehacer diario en la actividad de los Tribunales” (24).

Por su parte, Lino Palacio en Argentina, advierte claramente el inconveniente de concretar los principios procesales de una vez y para siempre, pues afirma que ellos responden a circunstancias históricas, políticas y sociales que caracterizan al Estado. Por eso mismo sostiene que, “en su mayor parte, los principios procesales no revisten carácter absoluto. Dificilmente, en efecto, la ley que adopta un determinado principio no prevé, respecto de ciertas situaciones, la necesidad de hacer prevalecer, en mayor o en menor medida, un principio distinto, y aún opuesto. El principio dispositivo, por ejemplo, es susceptible de funcionar junto con las facultades concedidas a los jueces en materia de iniciativa probatoria, siempre que el ejercicio de tales facultades no ocasione agravio al derecho de defensa ni comprometa la igualdad entre las partes. El principio de contradicción sufre atenuaciones importantes en cierta clase de procesos cuya efectividad resulta incompatible con una plena y actual posibilidad de

²² . Ramos Méndez, Francisco, *Derecho Procesal Civil*, Tomo I, Bosch, Barcelona, 1990 (4ª ed.), p. 337. De nuestra parte, también seguimos este modelo de clasificación en nuestra *Introducción al Derecho Procesal Constitucional*, cit., ps. 187 y ss. Asimismo en *Derecho Procesal Civil*, Tomo I, Volumen 1, cit., ps. 371 y ss.

²³ . Gimeno Sendra, Vicente, *Fundamentos de Derecho Procesal*, Cívitas, Madrid, 1981, p. 177.

²⁴ . Gimeno Sendra, ob. cit., p. 177.

audiencia y prueba para ambos litigantes (procesos cautelares y ejecutivos)...”⁽²⁵⁾.

Muchas más podrían ser las opiniones sobre la división práctica o la enseñanza por esquemas de cada uno de los principios procesales, pero desde nuestra perspectiva queremos formular un ideario diferente.

Se insiste con diferenciar los *principios*, las *reglas* y las *garantías*. Los primeros pueden resultar permeables a situaciones de práctica porque determinan acciones y conductas de las partes en el proceso; el restante, en cambio, no admite deformaciones ni lecturas ambivalentes o alternas.

De este modo, se puede aceptar la penetración en la formación técnica del proceso, de otras cuestiones vinculadas con la política (social, jurídica, económica, etc.), de manera que, en definitiva, el cuadro de formalidades y características quede adaptado para un determinado contexto.

Si esta permeabilidad no se discute, será verdad que los efectos más inmediatos se apreciarán en los principios *dispositivo* y *oficial*, pues del reconocimiento o no del derecho a la propiedad privada de los medios de producción, o si se prefiere –como argumenta Gimeno Sendra- de la existencia de un sistema capitalista o socialista puede depender la hegemonía en la esfera del principio dispositivo u oficial⁽²⁶⁾. Lo mismo podrá acontecer con el modelo que se adopte para la investigación de los hechos y, en su medida, el valor que se quiera dar a la verdad en el proceso y los modos de alcanzarla. E inclusive, el propio reaseguro de la intervención del juez podrá quedar sometido en el campo de las reglas, si es que desde la legislación se prefiere un juez inactivo, pasivo, inerte, en lugar del actual director, activo, y protagonista en el conflicto que debe resolver.

Sin embargo, lo que no podrán cambiar serán los parámetros para que exista “debido proceso”, en definitiva, la máxima garantía que se debe resguardar de toda influencia política.

²⁵ . Palacio, ob. cit., ps. 251/252.

²⁶ . Gimeno Sendra, ob. cit., p. 178. Además, cabe destacar la opinión de Serra Domínguez quien afirma para apoyar su tesis sobre el carácter técnico de los principios del proceso que el CPC Italiano de 1942, promulgado en la Italia fascista, es hoy el vigente, que la ZPO alemana no fue derogada por el Estado nazi y que la LEC de 1881 también ha perdurado bajo los regímenes más diversos (Serra Domínguez, Manuel, *Liberalización y socialización del proceso civil*, Revista de Derecho Procesal, 1971, ps. 514/515).

5. La ideología en el proceso

Al comienzo indicamos la tendencia doctrinaria que muestra a los principios procesales como “presupuestos políticos” de carácter funcional. Precisamente esta con-notación fue decisiva a la hora de encontrar la ideología imperante en un proceso. Lo que supone, en opinión de algunos – no es la nuestra- que el tiempo es el espejo de las instituciones.

Por ejemplo, Cipriani afirma que: “El código de 1940 marca declaradamente un gran vuelco en sentido publicístico. El legislador tuvo el cuidado de suprimir el <<*principio de libertad* al cual se inspiraba el código de 1865>>, por multiplicar los casos de intervención del ministerio público y, sobre todo, por reforzar los poderes del juez en menoscabo de las garantías de las partes, de tal forma que se asegurara que cada causa fuera lo más rápido o conciliada o decidida: en particular, se dijo que, mientras el viejo código disciplinaba el proceso desde el punto de vista de las partes, el nuevo lo disciplinaba desde el punto de vista del juez. Bajo el presupuesto, no manifestado, pero claramente sobrentendido, de que la solución del problema estuviera en neutralizar a los abogados, que serían el origen de todos los males del proceso, y en la certeza –que se reveló, en verdad, injustificada- de que haciéndose así, las cosas en el proceso, habrían sido mejor” (27).

En la misma línea, Montero Aroca compara los principios políticos de la Ley española con el *Códice di procedura civile* italiano de 1940, al afirmar que [...] ”Una ley o un código, sea cual fuere la materia que regula, es siempre expresión de la concepción ideológica propia de la sociedad en que se hace y de la sostenida por los responsables políticos que lo hacen. Nada extraño podría tener que una ley promulgada en la Alemania nazi y que regulara el proceso civil respondiera en su esencia a la concepción política propia del lugar, del momento y de sus autores, lo mismo que un código procesal de la Rusia soviética asumiría la esencia de la concepción comunista de las relaciones entre lo público y lo privado. En sentido contrario, un código como el alemán de 1877 no podía dejar de tener una base liberal, dentro del nacionalismo y del centralismo del Imperio, y por ello, aún después de todas las reformas sufridas a lo largo de casi un siglo, no podía mantenerse en la ex República Democrática Alemana... [...] Cualquier persona razonable y con experiencia no llegaría ni siquiera a cuestionarse que un código promulgado en Italia y en 1940 tiene que tener una base ideológica fascista y que el mismo no puede estar elaborado sobre

²⁷ . Cipriani, Franco, *Batallas por la Justicia Civil*, Cultural Cuzco, Lima, 2003, p. 52.

la idea liberal y garantista de la tutela de los derechos de los ciudadanos, sino sobre la preponderancia de lo público sobre los intereses de los súbditos. Siempre esa persona podría llegar a cuestionarse el grado de autoritarismo que se alcanza en el código, pero no la base autoritaria del mismo” (28).

Esta mirada histórica refleja la época con las ideas, lo que es correcto con dicho emplazamiento; sin embargo, aunque la impronta quede impresa con el mote que se pretende estigmatizar (código autoritario), lo cierto es que la dirección formal del proceso paso a manos del juez sin que ello fuera suficiente para convertirlo, definitiva-mente, en un dictador de las reglas.

Obsérvese, por ejemplo, que cuando Estados Unidos recibe la influencia inglesa en sus instituciones, en materia procesal significó asumir un sistema diferente pero útil al mismo tiempo, como explican Hazard y Taruffo.

En efecto, “el origen y fundamento del proceso civil americano se hallaban, en un sistema tan extraño como valioso. El proceso de *common law* era extraño, en la medida en que había evolucionado para hacer frente a los problemas de la justicia civil en la Inglaterra feudal y post-feudal, pero después se había implantado en América, es decir, en un país en trance de construcción que nunca había conocido el feudalismo. Y este proceso también se consideraba valioso, porque su conservación era una de las justificaciones para derrocar el régimen colonial inglés. Este dualismo puede explicar cómo el proceso civil americano ha conservado muchos elementos procesales ingleses pre-modernos, dándoles la consideración de derechos constitucionales” (29).

Ese dualismo entre autoridad en el proceso y autoritarismo ideológico no es más que una afirmación carente de realidad práctica, pues las partes no padecieron sacrificio alguno en el sistema para debatir en igualdad y equilibrio; lo que sí cambiaron fueron algunos principios (no todos); se alteraron pocas reglas (como el pretendido tránsito de la escritura hacia la oralidad); pero jamás se perturbaron las garantías. Es más, éstas se consolidaron con el control y la aplicación jurisdiccional.

²⁸ . Montero Aroca, *El proceso civil llamado “social” como instrumento de “justicia” autoritaria*, en Revista Iberoamericana de Derecho Procesal, 2004, nº 6, ps. 15/50. También en *Proceso civil e ideología*, cit., ps. 134/5.

²⁹ . Hazard, Jr., Geoffrey C. – Taruffo, Michele, *La justicia civil en los Estados Unidos*, traducción de Fernando Gascón Inchausti, Thomson – Aranzadi, Navarra, 2006, p. 25.

6. El proceso como garantía

El proceso se integra, necesariamente, con dos partes antagónicas y un tercero imparcial que resolverá con poderes suficientes para dotar su decisión de las notas de definitividad y fuerza compulsoria propia. Es decir: poder y autoridad, componen este aspecto de la práctica judicial.

Para que dicho imperio y "*autorictas*" no excedan sus límites, el procesalismo pone la valla con el principio de razonabilidad, el cual supone que toda la actividad jurisdiccional se moviliza bajo la legalidad del obrar y fundamentando adecuadamente cada una de sus resoluciones.

Estas son garantías debidas al justiciable que se integran en la noción de "debido proceso formal (o procesal). Mientras que la otra faceta del "proceso debido" que refiere a lo sustancial o material del principio, se manifiesta en el conjunto de exigencias procedimentales que se deben garantizar a cualquier persona que exige el cumplimiento de sus derechos y libertades.

Hoy día, se han ampliado notablemente los deberes de la jurisdicción y, en su consecuencia, los límites de la llamada tutela judicial efectiva no se sostienen únicamente en el respeto por el derecho de defensa en juicio. Precisamente, esta lectura de vanguardia conspira contra el modelo clásico de la estructura procesal y abre brechas que resisten el ímpetu de estas realidades que emergen del reclamo social antes que de una ilusión teórica sin fundamentos.

Por ello, el modelo tradicional que discutió si el proceso era solo cosa entre partes donde el juez asistía al debate para luego definir con su sentencia el derecho aplicable a uno u otro; y la renovación que trajo la llamada publicización que le asignó al juez mayores poderes y deberes, obligándolo a dirigir el conflicto para encontrar la verdad real antes que la confirmación de una u otra de las versiones de las partes; entre ambos modelos existen aproximaciones y diferencias que conviene informar para que a nadie lo tome por sorpresa esta supuesta afectación a la Constitución Nacional y sus principios.

No obstante, debe quedar en claro que si hablamos de garantías constitucionales, en definitiva, no hay más garantía que el proceso judicial, porque será éste el que en definitiva persiga la consagración de los derechos y libertades que trae la Ley Fundamental.

CAPÍTULO II

LA INTERPRETACIÓN DE LOS PRINCIPIOS PROCESALES

1. Principios generales

La diferencia establecida en el capítulo anterior entre *garantías*, *principios* y *reglas* se presenta ahora desde una perspectiva diferente. Se trata de ver si cada uno es impermeable a contingencias externas que pueden alterar su modelo, o si tienen la posibilidad de aplicarse con cambios sin modificar su esencia. En su caso, el problema será encontrar el límite de la innovación y quien lo puede autorizar.

En el devenir de la cuestión es ineludible recordar que el origen de los principios procesales surge como una forma de limitar el abuso de la autoridad, de manera que más allá de la influencia que se le reconoce a la tradición romana sobre las instituciones procesales, la consagración normativa es producto del positivismo.

Desde las leyes aparecieron las primeras consignas que antes eran “poco más que un arte de secretarios”⁽³⁰⁾; ellas afinaron los presupuestos para cumplir con las formas del procedimiento y sirvieron de fuentes para las reformas procesales que se suscitaron a fines del siglo XIX y en el curso del siguiente. Por aquella época, en pleno auge del constitucionalismo, los principios se trasladaron a las Normas Fundamentales.

El positivismo que caracterizó toda esta etapa impuso la necesidad del juicio previo a la condena (*nulla poena sine iudicio*), el derecho a ser oído (defensa en juicio), la presunción de inocencia, la inviolabilidad del domicilio y los papeles privados, etc.

La *ley* se convirtió en un mito de soluciones “de una vez y para siempre”, pensando en su razón eterna (fruto de la actividad racional), de modo que la emisión del mandato era un imperativo que no admitía modificaciones. El juez debía ser la boca de la ley; no estaba en su arbitrio la posibilidad de cuestionar sus alcances pues no era esa su función.

³⁰ . Calamandrei, Piero, *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, Volumen I, trad. Santiago Sentís Melendo, Ejea, Buenos Aires, 1986, p. 85.

Además, el famoso prolegómeno de la legalidad democrática ponía un manto de duda sobre la autorización a que ejerciera actividad discrecional.

Existe una impronta voluntarista del legislador que quiere imprimir su sello en todas las cualidades que modela para los actos jurídicos, por eso, era común a fines del siglo XVIII oír que la ley debía ser única, pública y sencilla, precisa y clara, abstracta y general, garante de la libertad y, sobre todo, expresión de la voluntad esclarecida del príncipe o de la soberana del pueblo que constituye el instrumento de la razón ilustrada para alcanzar la justicia y la felicidad de las sociedades ⁽³¹⁾.

Inclusive la famosa expresión de Voltaire: “la libertad consiste en depender tan solo de las leyes” ⁽³²⁾ explicó la trascendencia de la norma en estos tiempos y la uniformidad que de ellas se desprendió.

Esa confianza propia de la positivización del pensamiento se llevó a los códigos, que también portaron la tradición de las costumbres y de las reglas.

Poco tiempo después, alguna de esas normas dispuestas se entronizó en las Constituciones. Es la época de la constitucionalización que promueve un espacio de derechos y garantías que se consideran inalterables e inmodificables.

Paulatinamente, dice Prieto Sanchís, aquella [...] “armonía en apariencia perfecta entre razón y voluntad, entre ciencia y política, con que se inauguraba la experiencia legislativa del Estado liberal fue basculando a favor del segundo de los elementos anunciados. Desde luego, se seguirá postulando el respeto a la ley, pero ya no se apela tanto a la racionalidad de su contenido cuanto a la autoridad de su origen, el poder político estatal o el espíritu popular, que en todo caso se resiste a cualquier intento de comprensión científica” ⁽³³⁾.

Las leyes y los códigos que se ocuparon de algunos principios procesales sirvieron de fuente para que las Constituciones siguieran sus preceptos y los fijara definitivamente en la letra de sus textos, esta vez dándoles la condición de “garantías”. Otros principios llegaron de algunas

³¹ . Cfr. Prieto Sanchís, Luís, *Ley, Principios, Derechos*, Cuadernos “Bartolomé de las Casas” (Instituto de Derechos Humanos. Universidad Carlos III de Madrid), Dykinson, Madrid, 1998, p. 15.

³² . Voltaire, *Pensamientos sobre la Administración Pública*, en “Opúsculos satíricos y filosóficos”, Alfaguara, Madrid, 1978, p. 194.

³³ . Prieto Sanchís, ob. cit., p. 17.

reglas, tal como sucedió con el ritual del derecho romano ⁽³⁴⁾ que tanto influyó en el diseño de los procedimientos.

Inicia entonces una suerte de “cláusulas generales” o “principios programáticos” que se convierten en patrimonio de las Cartas Magnas de cada nación, donde la idiosincrasia de los pueblos no aparece desinteresada al impactar en ellas con sus usos y costumbres.

La ley pierde consistencia ante la Constitución. Se desacredita y admite ser interpretada. De alguna manera surge este primer fenómeno que trasciende en el aspecto que queremos mostrar.

Vale decir, la ley queda como producto del poder constituyente y de la iniciativa de la administración política. Se transforma en reglamentaria de la orientación que señalan las constituciones.

Las garantías se imprimen ineludibles y permanentes; las leyes de procedimiento son guías a seguir, pero pueden ser descifradas por los jueces quienes pueden actuar, inclusive, *contra legem*.

El texto normativo mayor de un Estado funda el poder y lo limita. Establece deberes, derechos y garantías que definen y caracterizan una clase de organización política, y al mismo tiempo impone el principio de la supremacía constitucional.

El Estado constitucional suple al Estado de derecho, o como dice Alexy, [...] “en el constitucionalismo contemporáneo hay más principios que reglas; más ponderación que subsunción; más jueces que legislador; y más Constitución que Ley” ⁽³⁵⁾ ⁽³⁶⁾.

³⁴ . La regla, usada preferentemente por los postglosadores, se expresaba en forma de brocardico, y era básica para el uso de la retórica. No es solo un destilado de conocimiento antiguo, sino que se transforma en una verdadera norma aplicable para resolver casos en los que la *ratio* es similar (Lorenzetti, ob. cit., p. 143).

³⁵ . Alexy, Robert, *El concepto y la validez del Derecho*, trad. de J. M. Seña, Gedisa, Barcelona, 1994, p. 160.

³⁶ . Apunta Prieto Sanchís que, más principios (constitucionales) que reglas (legales) no significa que la solución de los conflictos jurídicos pueda ser encomendada en exclusiva a las directivas que emanan de los genéricos principios fundamentales, sino que éstos han de ser tomados en consideración u que han de serlo, en primer lugar, para someter a juicio previo la propia validez de las leyes relevantes en el caso. Más ponderación que subsunción tampoco significa que ésta deje de ser operativa, sino que en todo caso la aplicación de principios se acomoda a un esquema particular que llamamos ponderación donde dos criterios en conflicto (v.gr., la libertad de expresión y el derecho al honor...) no se anulan ni excluyen con carácter general, sino que han de buscar su peso relativo en cada caso mediante un

La interpretación le dio protagonismo a la actuación de los jueces, y en orden a los principios procesales significó facilitar cierta permeabilidad que eludió la rigidez de sus preceptos.

La supremacía de la Norma Fundamental permitió trabajar con normas de diferente registro, donde, por ejemplo, el derecho a la sentencia fundada en ley podía ser bastante con la motivación suficiente. Es decir, la sustitución de la ley por la razón, lo objetivo por lo razonable.

No pasó mucho tiempo para que el juicio de ponderación construyera nuevas “reglas” (v.gr.: el debate litigioso en base a la lealtad, probidad y buena fe de las partes), las que regresaron el circuito a las leyes que las establecieron, y a las garantías que se fijaron.

Bien dice Lorenzetti que la afirmación de las garantías ha sido un proceso histórico que insumió grandes debates que parecen no haber concluido (³⁷); cuestiones que remarcan la circularidad de la evolución.

Los *principios* surgen de las leyes, es cierto, lo cual significa que sirven o deben servir para delinear los presupuestos políticos de un ordenamiento procesal; a su vez, las *leyes* son producto de su tiempo, por lo que no pueden permanecer invariables evitando la modernización o la justa transformación. Por su parte, las *reglas* son cerradas e inmodificables porque indican como se juega a tal cosa, mientras que los principios son abiertos porque dependen de muchos contingentes (v.gr.: principio de congruencia).

2. El activismo judicial en la transformación de los principios

Cuando se exponen los principios generales de un proceso cualquiera, cada uno de ellos se puede vincular con una regla constitucional. No se trata de señalar que todos los principios son garantías, ni que todas las garantías sean reglas inalterables, sino de analizar su operatividad y aplicación específica.

juicio de razonabilidad o de balance entre argumentos y razones. Más jueces que legislador no representa un llamamiento a prescindir de la tarea legislativa, que sigue siendo fundamental, sino una invitación al control de la misma por parte de quienes únicamente pueden hacerlo, que son los jueces. Y finalmente, como se comprenderá, más Constitución que ley no significa que la primera convierta en superflua a la segunda, sino sólo que esta última carece de autonomía porque siempre habrá de rendir cuentas ante la instancia superior de la Constitución” (ob. cit., ps. 35/36).

³⁷ . Lorenzetti, Ricardo L., *Teoría de la decisión judicial. Fundamentos de derecho*, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires / Santa Fe, 2006, p. 157.

Como punto de partida debemos estudiar si las “garantías” son inmutables; si los “principios” son invariables, y si las “reglas” admiten alteraciones.

En el marco de la evolución señalada, el tiempo del positivismo a ultranza evitó cualquier apartamiento de las normas; con la constitucionalización se privilegió el rigor de los principios, pero se permitió la interpretación en el caso concreto, dando lugar al juicio de ponderación⁽³⁸⁾.

El juez pasó a ser el legislador del caso concreto, y su actividad dio lugar a una jurisprudencia creadora que impactó en las instituciones del proceso.

Por ejemplo, el recordado caso *Colalillo* fallado en Argentina por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, el 18 de setiembre de 1957, testimonia como un principio procesal (preclusión) pudo ser resuelto con justicia a pesar del rigor de su emplazamiento formal⁽³⁹⁾; lo mismo sucedió

³⁸ . El triunfo de la ponderación sobre la subsunción conduce a la preminencia del juez. Primero, porque en sentido estricto la ponderación es algo que puede hacer el juez pero no el legislador: la ley contempla casos genéricos y no casos concretos, pudiendo establecer reglas favorables a uno u otro de los principios en eventual conflicto, pero sin desvirtuar *a priori* ninguno, pues ello equivaldría a la violación de la Constitución; de manera que el legislador podrá orientar la ponderación del juez, pero, aunque quiera, por su propia posición carece de facultades para sustituirle en esa labor, determinando la decisión que proceda a la vista del juego conjunto de los preceptos constitucionales y de las circunstancias del caso (dado que precisamente no puede tener esa “visión”) (cfr. Prieto Sanchís, ob. cit., p. 41).

³⁹ . La Corte nacional debía resolver si, a la fecha del accidente, la demandada carecía o no del registro habilitante correspondiente, a cuyo fin se había ofrecido como prueba las constancias del acta policial labrada en la ocasión del accidente, de las que surgía que en el momento del hecho el conductor “carecía de registro”. El accionante, a su vez, solicitó que se librara oficio al Intendente municipal de la ciudad de Buenos Aires a fin de que informara si en los registros de la municipalidad, Dirección General de tránsito de la misma, figuraba extendida la habilitación para la conducción de vehículos automóviles a nombre de la persona que realmente conducía el vehículo del actor en el momento del accidente. Reiterado el oficio por falta de contestación del primero, la Dirección de Tránsito manifestó que había demorado la contestación treinta y siete días con motivo de la búsqueda realizada en los registros respectivos y que no le era posible informar porque “los padrones y ficheros de conductores habilitados se llevan por el número de la respectiva licencia y no por el nombre y apellido de sus titulares”.

La sentencia de primera instancia, haciendo mérito fundamental de que el accionante no había probado que el conductor tenía registro habilitante en el momento del accidente, desestimó la demanda. Fallo que la Alzada confirmó.

con la aplicación concreta de otros principios como el de perentoriedad de los plazos, donde también se sigue la línea de excepción que señalamos (Fallos, 303:1532 y 306:485); o cuando se interpreta el principio de eventualidad en orden a la conducta procesal desenvuelta (⁴⁰).

En suma, el activismo judicial genera una jurisprudencia innovadora que, en algunos casos, no está bien vista al ser, de algún modo, reaccionaria y contrapuesta con las reglas previstas. En cambio, otros alientan y elogian esa actitud que evita el estancamiento y pone al día los principios con la justicia del caso.

Quizás la raíz de la polémica asiente en la seguridad que proviene de las garantías, los principios y las reglas, pues hay en ellas demasiadas zonas de penumbra como para trabajar con la claridad que ofrecen. De suyo, el

Al llegar por recurso extraordinario al Alto Tribunal de la nación se dijo: [...] “Que el caso presenta ciertamente características singulares. Y es propia de tales situaciones la obligación de los jueces de ponderar con mayor rigor la aplicación de los principios jurídicos pertinentes, a fin de no incurrir con daño para la justicia, en una aplicación sólo mecánica de esos principios” [...] “El proceso civil no puede ser conducido en términos estrictamente formales. No se trata ciertamente del cumplimiento de ritos caprichosos, sino del desarrollo de procedimientos destinados al establecimiento de la verdad jurídica objetiva, que es su norte. Que concordantemente con ello la ley procesal vigente dispone que los jueces tendrán, en cualquier estado del juicio, la facultad de disponer las medidas necesarias para esclarecer los hechos debatidos. Y tal facultad no puede ser renunciada, en circunstancias en que su eficacia para la determinación de la verdad sea indudable. En caso contrario la sentencia no sería aplicación de la ley a los hechos del caso, sino precisamente la frustración ritual de la aplicación de la ley a los hechos del caso, sino precisamente la frustración ritual de la aplicación del derecho” [...] “Que en el caso de autos, la sentencia que rechaza la demanda omite toda consideración del documento oficial agregado a fs. 66, por razón de la oportunidad de su incorporación al juicio. Y aun cuando la solución del pleito puede depender de la existencia y autenticidad de la licencia en cuestión, el fallo se limita a comprobar la extemporaneidad de su presentación”.

⁴⁰ . Aun cuando cupiera algún reproche en orden al deber de lealtad, probidad y buena fe, por estimarse abusivo el concreto ejercicio de la facultad procesal de negar los hechos afirmados en la demanda (en el caso, se negó que el actor hubiera ascendido al colectivo y obtenido el boleto), tales desconocimientos quedan obviamente sometidos a la prueba que se produzca. Siendo ello así, atento el principio de eventualidad no puede entenderse que a raíz de esas negaciones fuera improbable la excepción de prescripción, identificando el precepto aplicable según la calificación jurídica correspondiente a los hechos invocados en la demanda (CNCiv., Sala C, 08/10/1991, “Pérez Filimón y otra c. Dadona, Donato y otro”, DJ, 1992-1-1077). Cfr. Gozaíni, Osvaldo Alfredo, *Temeridad y malicia en el proceso*, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires / Santa Fe, 2002.

protagonismo judicial tampoco resuelve la falta de certeza, pero le da otro significado y sentido a los elementos con los que trabaja.

Ahora bien, esa maleabilidad de los instrumentos ¿le permite al juez alterar las garantías? ¿puede afectar los principios? En su caso ¿podrá cambiar las reglas del juego?

La respuesta probablemente tenga la misma dosis de inseguridad que tiene el planteo, pero en tren de afirmaciones, es preciso diferenciar cada situación.

En efecto, las *garantías* son reaseguros que no pueden ser negadas ni limitadas. No se consiguen si hay insuficiencia o se cercenan al emplearlas. Pueden ser muchas (las garantías) o una sola, como es el caso del proceso judicial (el proceso como única garantía). Cuando son diversas se confunden o entroncan con los *principios*, que algunos llaman “garantías constitucionales del derecho procesal” (⁴¹); si se singularizan se aplican como procesos específicos (amparo, hábeas corpus, hábeas data, o simplemente, procesos constitucionales) destinados a dar supremacía a la Norma Fundamental; pero si están referidos a *reglas* no se pueden transformar ni alterar (v.gr.: independencia judicial; imparcialidad de los jueces; sentencia fundada; plazo razonable; etc.).

En pocas palabras, las garantías son las piezas necesarias para que exista el debido proceso; si desaparecen o menguan, no hay debido proceso. Por ende, se trata de partes indispensables de un conjunto; cada una es indispensable para que éste exista y subsista (⁴²).

De su lado, los *principios procesales* constituyen una suerte de máximas inquebrantables que se dan para ordenar el desarrollo de un litigio, por eso, la variedad de procedimientos permite formular reglas particulares. No se quiere afirmar que los principios sean distintos por los intereses a desentrañar, sino que las estructuras procesales admiten modificar la reglamentación puntual del proceso para darle una eficacia mayor a la que tendría de aplicar un patrón común.

Por ejemplo, si la actividad principal de los procesos constitucionales es fiscalizar la ejecución de los mandamientos fundamentales, el conflicto

⁴¹ . Díaz, Clemente A., *Instituciones de derecho procesal, parte general*, cit., p. 213.

⁴² . Ver el meditado voto de Sergio García Ramírez en la O/C 16/1999 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sobre “*El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal*”.

principal está en la norma a interpretar antes que en la controversia entre partes.

La función judicial es diferente (como lo es, también, el sistema donde tenga funcionalidad, porque las posibilidades de los jueces constitucionales del modelo difuso son distintas de los tribunales constitucionales) y se adapta al estándar de aplicación ⁽⁴³⁾.

En definitiva, los principios procesales informan todas las instancias, hasta alcanzar la sentencia definitiva. No son reglas del debido proceso porque forman parte de él, sino aplicaciones necesarias y precisas que se han de cumplir en las etapas secuenciales de los trámites para que ellos tengan validez. Evidentemente, así presentados, estos principios constituyen presupuestos políticos y en esa dimensión han de interpretarse ⁽⁴⁴⁾.

Finalmente, las *reglas*. Estas trabajan con los sistemas procesales y se adaptan al modelo o diseño pensado para los procedimientos. Si queda establecida la expresión escrita en lugar de la oralidad, habrá que cumplir con ella por el principio de legalidad formal; si impera un orden secuencial para el aporte de los hechos en la causa, el ofrecimiento de prueba, la producción de la misma, también se deben respetar esas consignas, sencillamente porque esas son las pautas del trámite.

El quid de las reglas está en asumir si ellas pueden quedar convenidas por las partes (como en el procedimiento arbitral), o solamente provenir de las normas que las establezcan. Pero, como dice Díaz, [...] “el problema podría invertirse en tanto se establezca que cualquiera sea su origen las formas procesales deben ser un medio para *conseguir la certeza del derecho*; y este predicado impone: *fijeza de las formas* que tiendan a hacerlas claras e indiscutibles, sin implicar rigidez formalística; *adaptabilidad de las formas*, para conseguir las finalidades propuestas; *simplicidad de las formas* para evitar el farrago y la confusión; y

⁴³ . Sostiene Couture que la enumeración de los principios que rigen el proceso no puede realizarse de forma taxativa, porque los principios procesales surgen naturalmente de la ordenación, muchas veces impensada e imprevisible, de las disposiciones de la ley. Pero la repetición obstinada de una solución puede brindar al intérprete la posibilidad de extraer de ella un principio. En otras oportunidades, es el propio legislador el que cree necesario exponer los principios que dominan la estructura de su obra, para facilitar al intérprete la ordenación adecuada de las soluciones (Couture, Eduardo J., *Estudios de Derecho Procesal Civil*, tomo I, Depalma, Buenos Aires, 1979, p. 312).

⁴⁴ . Cfr. Gozaíni, Osvaldo Alfredo, *Introducción al derecho procesal constitucional*, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires / Santa Fe, 2006, p. 256.

finalmente, *rigor formal*, en un sentido teleológico-trascendente, para sancionar el incumplimiento de aquellas cuya violación lesione fundamentalmente el principio de la audiencia: *audiatur et altera pars*”⁽⁴⁵⁾.

3. Efectos del incumplimiento de garantías, principios y reglas

Cuando una *garantía* deja de aplicarse en el proceso judicial, existe un vicio que lo nulifica por inconstitucionalidad del acto. Si la transgresión es de algún *principio*, la nulidad es la consecuencia, pudiendo agregar una multa como sanción (v.gr.: temeridad y malicia); mientras que el incumplimiento de las *reglas* provoca solamente anulación a instancia de parte interesada.

En todas ellas hay un punto de reunión que está en el tiempo de resolver. Allí la interpretación del vicio se debe colegir en su plenitud, midiendo el perjuicio al debido proceso.

Presentado el marco de ponderación, en los hechos la nulidad solamente procede si el vicio es trascendente (cuanto mayor sea su expresión, más serán las posibilidades de anulación; inclusive pueden llevar a que se resuelva sin sustanciación o de oficio); y la parte que requiere la invalidación demuestre consistentemente el perjuicio sufrido⁽⁴⁶⁾.

Por eso, la iniciativa para declarar la nulidad de los actos procesales no sólo puede partir de la parte perjudicada, sino también del propio órgano jurisdiccional, salvo que el vicio esté expresa o tácitamente consentido por los interesados, pues la facultad de declarar de oficio la nulidad encuentra una valla insuperable en el principio de con-validación.

Esto es consecuencia de la máxima que pretende evitar la nulidad por la nulidad misma, es decir, que la simple irregularidad no contamine todo el proceso ni evite la validez de los actos cumplidos.

La convalidación del error se mide con dos parámetros: uno, la efectiva posibilidad de conocimiento que se ha tenido; y la segunda, que el planteo se realice en término legal.

⁴⁵ . Díaz, *Instituciones de derecho procesal, parte general*, cit., p. 225.

⁴⁶ . Gozaíni, Osvaldo Alfredo, *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*, tomo I, La Ley, Buenos Aires, 2006 (2ª ed.), comentarios al art. 172 (ps. 515 y ss.).

4. Diferencias en la interpretación

La trascendencia, a los fines del vicio que define la nulidad (procesal o constitucional), es diferente entre las *garantías*, los *principios* y las *reglas*. Hay una distancia considerable en la calidad de los valores a tutelar que, en los hechos, impacta en términos metodológicos y estructurales⁽⁴⁷⁾.

Asimismo se ha explicado que “la distinción entre reglas y principios adquiere todo su interés cuando se compara su distinto modo de entrar en conflicto. La diferencia estribaría en lo siguiente: los principios poseen una característica que está ausente en las normas, que es su <<peso>> o <<importancia>> y, por ello, cuando dos principios se interfieren o entran en conflicto, ambos siguen siendo válidos, por más que en el caso concreto se conceda preferencia a uno de ellos: lo que no ocurre con las reglas, donde no se puede decir que una norma sea más importante que otra dentro del sistema”⁽⁴⁸⁾.

O como dice Dworkin: si se da un conflicto entre dos normas, una de ellas no puede ser válida⁽⁴⁹⁾; o la solución de Alexy, para quien, si dos reglas están enfrentadas, solamente hay dos soluciones: o bien se declara la invalidez de una de ellas; o en su caso, se introduce una cláusula de

⁴⁷ . En el análisis de la cuestión se pueden adoptar varias corrientes. Una de ellas la denomina Alexy como “teoría de los principios”. Para el profesor alemán (Universidad de Kiel) la tesis básica consiste en entender a los derechos fundamentales como principios o mandatos de optimización, que ordenan la realización de su contenido en la mayor medida posible, en relación con las posibilidades jurídicas y fácticas. Esta comprensión de los derechos fundamentales implica además la idea de que no existen derechos absolutos, de que en la vida social es imprescindible cohonestar las exigencias que se derivan de unos y otros, y que las intervenciones estatales en los mismos son una consecuencia legítima de la democracia y son válidas mientras respeten el principio de proporcionalidad. De este modo la tesis de Alexy también tiene profundas implicancias en el ámbito de la interpretación jurídica, pues realza la función del principio de proporcionalidad, y sobre todo de su tercer subprincipio, la ponderación, mecanismo que comienza a ocupar un sitio de privilegio en la metodología jurídica, junto a la subsunción (Introducción de Carlos Bernal Pulido a la obra de Robert Alexy, *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*, Universidad Externado de Colombia (Serie de teoría jurídica y filosofía de derecho), n° 28, Bogotá, 2003, p. 15).

⁴⁸ . Prieto Sanchís, ob. cit., p. 57.

⁴⁹ . Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, Ariel, Barcelona, 1984, p. 78

excepción que elimina el conflicto, de manera que una de las reglas cederá siempre en presencia de la otra (⁵⁰).

En cualquier supuesto, la cuestión metodológica puede partir de un supuesto como el formulado en el punto anterior: las *garantías* son inflexibles; los *principios* son normas abiertas; y las *reglas* son normas cerradas pero que admiten elasticidades.

La diferencia estructural aparece cuando entre ellas interfieren, pues una *garantía* predispone y condiciona; un *principio* orienta el presupuesto que se quiere preferir, y las *reglas* señalan el camino para llegar a esos objetivos.

Desde una visión distinta, el paralelo se puede trazar como lo explica Zagrebelsky: [...] “las normas legislativas son prevalentemente reglas, mientras que las normas constitucionales sobre derechos y sobre la justicia son prevalentemente principios” (⁵¹).

En consecuencia, la vigencia práctica de cada uno puede ser errática y ello se evidencia constantemente en la dinámica procesal.

Veamos como ejemplo, el caso de la garantía procesal que indica los contenidos del debido proceso. En su dimensión se debe resolver 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; pero que sirven para demostrar los principios eventualmente aplicables.

Una respuesta puede ser que, la verdad es el objetivo de la actividad jurisdiccional, en cuyo caso, las *garantías* son: el debido proceso, el derecho de defensa, la bilateralidad de las instancias, la sentencia fundada, la ejecución del pronunciamiento, y la efectividad de la actividad jurisdiccional. En este terreno habita un primer interrogante: ¿cuál es el rol del juez en la obtención de la verdad? Si la respuesta se deduce del *principio dispositivo*, dentro del cual no se niega la dirección material del proceso, evidentemente la iniciativa probatoria es una garantía de la

⁵⁰ . Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. de Ernesto Garzón, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, p. 89.

⁵¹ . Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil*, Trotta, Madrid, 2002 (4ª ed.), p. 109 y ss.

eficacia jurisdiccional; pero hipotéticamente, quedaría en duda si esa actividad compromete la imparcialidad del juez en el proceso.

Desde los *principios*, la buena fe de las partes diseña un tipo de comportamiento ideal, en cuyo caso, la colaboración de ambas en la búsqueda de la mencionada verdad jurídica no sería extraño requerirla (v.gr: el principio de solidaridad en la obtención de la prueba testimonial y prueba la afirmación); sin embargo, el principio procesal de la carga de la prueba pone en cabeza de quien alega el deber de confirmar su versión de los hechos.

Por su parte las *reglas* procesales conspiran constantemente con estos objetivos, como señalamos en el caso la regla de aportación de hechos (enclavado en el principio de preclusión y oportunidad); en el legalismo formal (presentaciones fuera de término); en las solemnidades propias del acto (v.gr.: forma de practicar la prueba de absolución de posiciones; interrogatorio de testigos; puntos de pericia, etc.), pues prefieren el cumplimiento del rito antes que la realidad conseguida.

En definitiva, en la aplicación puntual de *garantías, principios y reglas*, el juez tiene un rol protagónico muy superior al que el esquema decimonónico le marcó; como contrapartida a ese aumento de deberes y poderes le fueron señaladas obligaciones, entre las cuales, la necesidad de justificar sus decisiones aparece en primer plano.

5. La inflexibilidad de las garantías

Dogmáticamente ninguna garantía debiera ser flexible pues no sería, en tal caso, una garantía cierta, previsible y segura. La firmeza de contenidos esenciales promete certidumbre y quiere evitar el riesgo de la interpretación pendular.

Sin embargo, a veces la misma garantía acepta lecturas contrapuestas. Que el juez sea independiente es una obviedad manifiesta, pero ¿a qué independencia referimos? Que la justicia sea el resultado de una valoración objetiva que se traduzca en una sentencia debidamente fundada, tiene igual connotación, no obstante los pesares por decisiones absurdas, arbitrarias o excesivamente discrecionales. Que la presunción de inocencia sea un estado que evite la indefensión, es también una seguridad para el justiciable, pero ¿puede ella extenderse como garantía a los procesos no penales?

En fin, cada garantía jurisdiccional o procesal plantea incertidumbres, donde la interpretación judicial puede conducir a resultados

incierto. Inclusive, algunas garantías indiscutibles (v.gr: principio de igualdad) deben superar la permeabilidad con las circunstancias que lo rodean, porque en ocasiones lo que es igual para algunos no recibe idéntica aplicación en otros, afectando la seguridad que aquellas persiguen.

La *garantía de igualdad* puesta en orden con la jurisprudencia de nuestro país, advierte que al no existir obligatoriedad de seguir la doctrina de los tribunales superiores, admite que cada juez tenga plena libertad para trabajar con “su criterio”.

¿Se afecta el principio fundamental? ¿O se respeta el sistema procesal previsto?

Cualquiera sea la observación preferible, lo cierto es que todo juicio de igualdad es siempre un comparativo de valores; por tanto, la garantía tiende a evitar las desigualdades de hecho y de derecho (⁵²).

En esta línea, la igualdad como garantía procesal se relaciona con la igualdad de los ciudadanos ante la ley, pero las Normas Fundamentales no enuncian más que un programa de tipo preventivo (así, por ejemplo, el art. 16 de la Constitución Nacional); una teoría constitucional que no refiere a ningún hecho en particular, sino a un objetivo a conseguir.

En suma, el principio de igualdad supone dar a cada parte la posibilidad real de alegar y demostrar (bilateralidad y contradicción), evitando que cualquiera de ellas esté en inferioridad jurídica, sin conceder a uno lo que a otro se niega.

A su vez, también exige que la igualdad se concrete respetando la certidumbre lograda en situaciones similares a la que se resuelve, las que sirven de modelo para otras conductas o situaciones que se emparentan por su fisonomía similar.

Con estas perspectivas, la garantía es inflexible.

Otro ejemplo: en la *independencia judicial* 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

⁵² . Es muy amplia la bibliografía que aborda los problemas de la igualdad en el proceso. Quizás el punto central consista en determinar los rasgos que representa una razón para el tratamiento igual o desigual; rasgos que han de ser al mismo tiempo el *criterio* de la clasificación normativa, esto es, de la condición de aplicación, y el *fundamento* de la consecuencia jurídica (Cfr. Calsamiglia, A., *Sobre el principio de igualdad*, en *El fundamento de los derechos humanos*, de Muguerza J. y otros, Debate, Madrid, 1989, p. 89.

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.

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 (⁵³).

En todo caso, la independencia judicial persigue que quien debe actuar como tercero imparcial no esté vinculado a alguna de las partes en el conflicto; y que pueda resolver con justicia sin comprometer la objetividad.

Las demás “garantías del proceso” muestran iguales desequilibrios. La defensa en juicio se pone a prueba en instituciones novedosas como la tutela de urgencia. El derecho al juez natural hoy se conforma con la actuación imparcial del órgano preferido. A la sentencia fundada en ley le basta la motivación suficiente, y en definitiva, todo hace ver que en las garantías se alojan valores que constituyen límites a la versatilidad.

Es verdad que la constitucionalización de los principios llegó de la ley, y que ésta fue producto de la necesidad de afianzar la seguridad jurídica. También lo es que la consagración de garantías se complementa con normativa transnacional como la Declaración Universal de los Derechos Humanos, La Declaración Americana sobre los Derechos y Deberes del Hombre; la Convención Americana sobre Derechos Humanos y tantos más que constituyen, luego de ratificarse por los Estados, el denominado “bloque de constitucionalidad” (⁵⁴).

⁵³ . Gozaíni, Osvaldo Alfredo, *Derecho Procesal Constitucional - Debido Proceso*, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires / Santa Fe, 2004, p. 145

⁵⁴ . La Corte Suprema de Justicia de la Nación sostiene que la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y, en su caso, la de la Corte Europea de Derechos Humanos, constituye una pauta muy valiosa para interpretar las disposiciones de la Convención Americana de Derechos Humanos (disidencia parcial de los doctores Fayt y Petracchi) (CS, 23/11/1995, “*Viaña, Roberto*”, La Ley, 1997-E, 1004 [39.764-S]). Al haber ingresado la República Argentina al sistema interamericano de protección de los derechos humanos, y más aun a partir de la modificación de la Constitución Nacional en 1994 -Convención Americana sobre Derechos Humanos y art. 75, inc. 22 Constitución Nacional-, la jurisprudencia de la

Por eso, cada una de las *garantías* necesita del juicio de ponderación que las vuelva efectivas. No se afirma con ello que las declaraciones constitucionales sean meros programas de acción, sino garantías directamente operativas que, al estar formuladas de manera abstracta, necesitan concretarse en cada caso, para alcanzar soluciones justas y razonables (⁵⁵).

6. La flexibilización de los principios

Los principios procesales son guías de conducta. No constituyen paradigmas sino valores. Inclusive no faltan quienes le asignan un rol normativo con base en el derecho natural, y por eso la utilidad como estándares de integración.

Agrupados representan una estructura deontológica pues señalan un “deber ser”, y tienden a mejorar las instituciones y el funcionamiento pleno del proceso jurisdiccional.

En su aplicación no constituyen máximas inflexibles, pues toleran adaptaciones siempre que no afecten los contenidos esenciales, o el “mínimo indisputable”. Esta flexibilización depende de cierto casuismo, aun cuando es posible trazar algunas pautas comunes.

En primer lugar, hay *principios* que corresponden al “*acceso a la justicia*”, que se controlan con los presupuestos procesales de admisión y a través de las excepciones y defensas que las partes pueden hacer valer. De este modo, los conflictos de legitimación se presentan como enunciados normativos, de manera que puede actuar como *regla* (legitimación *ad causam* y *ad processum*) o como *principio* (*Toda persona tiene derecho a*

Corte Interamericana de Derechos Humanos constituye una imprescindible pauta de interpretación, cuya significación, así como la de las directivas de la Comisión Interamericana, ha sido reconocida reiteradamente por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (voto del doctor Petracchi) (CS, 21/08/2003, “*Videla, Jorge R.*”, La Ley, 2003-F, 87).

⁵⁵ . Muchos autores, señala Lorenzetti, cuestionan la idea de una decisión correcta porque la consideran racionalista, ya que nunca se podrá prescindir de ciertas posiciones previas que tienen los jueces basados en sus propias convicciones. Esta crítica es adecuada desde el punto de vista filosófico, sociológico y aun económico, pero si se mira el problema desde la perspectiva del destinatario de las normas, resulta necesario establecer un mínimo de criterios de corrección que limiten la interpretación jurídica meramente subjetiva o hermética. Ello es esencial para que los ciudadanos tengan una percepción clara de que las decisiones se basan en la igualdad y en el Estado de Derecho (Ob. cit., p. 213).

ser oída ante un Tribunal independiente e imparcial), dejando en los jueces la solución del estándar.

Otros *principios* derivan de garantías generales, como los relativos a la organización jurisdiccional, los que conciernen al juez y las que pertenecen a las partes. Por ejemplo, la *unidad de jurisdicción* es un presupuesto político constitucional que significa sentar las bases mismas del funcionamiento judicial, de modo que sería inusitado imponer variaciones prácticas. Lo mismo respecto al *principio de exclusividad* jurisdiccional que supone establecer la posibilidad de dictar pronunciamientos definitivos solamente en jueces y tribunales del Poder Judicial; criterio muy cercano a la garantía del juez natural.

Respecto a las partes, la bilateralidad y contradicción testimonian el paralelo entre la garantía de defensa en juicio, y el principio que dimana del antiguo brocardo *audiatur et altera pars*, o lo que es igual: "nadie puede ser condenado sin ser oído y vencido en juicio". Aquí las elasticidades son posibles, desde que la misma instalación del sistema piensa en la posibilidad de resolver sin oír a la parte afectada, cuando la situación es manifiestamente clara y existe peligro fáctico si la decisión se demora; o cuando se facilita la ejecución provisional de la sentencia pese al derecho al recurso o doble instancia: etc.

En la especie, el juicio de ponderación fluctúa entre el derecho fundamental a ser oído y la contradicción necesaria que puede llegar después sin alterar el régimen procesal.

Hay otros casos donde se ilustra la plasticidad de los *principios procesales*. En el principio dispositivo, por ejemplo, la iniciativa probatoria del juez no restringe ni altera la pertenencia del proceso (⁵⁶); con el principio de congruencia se dan similares extensiones, aumentadas considerablemente cuando se analiza el tipo de proceso tramitado (v.gr.: la cosa juzgada no puede ser igual en los procesos constitucionales; el límite

⁵⁶ . Opinión que no es compartida por toda la doctrina. El denominado "garantismo", sostiene en la palabra de Benabentos que [...] "En el mejor desarrollo del proceso civil está interesado el Estado es algo obvio, y lo es tanto que no ha sido negado por nadie, pero desde esta obviedad no puede llegarse en el razonamiento posterior a la conclusión de negar la plena aplicación del principio dispositivo en el proceso civil, pues ello implicaría negar la misma existencia de la naturaleza privada de los derechos subjetivos materiales en juego" (Benabentos, Omar A., *Teoría General Unitaria del Derecho Procesal*, Juris, Rosa-rio, 2001, p. 78). Sobre esta argumentación se agrega que los jueces inspirados en la publicización en realidad esconden un autoritarismo manifiesto que se hace mucho más evidente en los procesos penales.

subjetivo también es mayor en las acciones colectivas; el amparo colectivo aumenta el alcance objetivo, etc.)⁽⁵⁷⁾, con el principio de legalidad formal las correcciones son permanentes⁽⁵⁸⁾.

Algunos dirán que es un riesgo muy grande el que se corre, dejando en manos de la interpretación judicial la plenitud práctica de los principios; sin embargo podría señalarse que hay *prohibiciones expresas* (la indefensión total de la parte) enmarcadas como un derecho fundamental propio del debido proceso, esté o no constitucionalizado internamente. Existen *pautas necesarias* que actúan con márgenes de acción (v.gr.: el principio de congruencia) controlables; y *solemnidades o formas* que son *disponibles* para el juez y las partes con cierta discrecionalidad (v.gr.: objeto; plazos, etc.)⁽⁵⁹⁾.

⁵⁷ . En este sentido, Gozaíni, Osvaldo Alfredo, *El alcance de la cosa juzgada en los procesos colectivos*, en La Ley, 2005-F, 626); De Los Santos, Mabel A., *Algunas pautas para la regulación normativa de los procesos colectivos*, ponencia presentada al XXIII Congreso Nacional de Derecho Procesal, Mendoza, 2005 (J.A. 2005-IV, 1269). Pellegrini Grinover se refiere a una nueva dimensión del impulso oficial en esta arena, señalando que aún cuando se bregue por el aumento de los poderes del juez en el marco del proceso individual, *la suma de los poderes atribuidos al juez del proceso colectivo es inconmensurablemente mayor*. Entre tales poderes destaca la posibilidad de *flexibilizar la técnica procesal, como por ejemplo, en la interpretación del objeto pretendido y de la causa de la pretensión*. Asimismo, al referirse al principio de instrumentalidad de las formas señala que *La técnica procesal debe ser vista siempre al servicio de los fines de la jurisdicción y ser flexibilizada de modo de servir a la solución del litigio* (conf. Pellegrini Grinover, Ada, *Derecho Procesal Colectivo*, traducción del portugués de Copani, Juan C., aun sin editar). También destacando expresamente la necesidad de repensar el principio de congruencia con motivo de los nuevos desafíos planteados frente al conflicto colectivo, Hitters, Juan Carlos, *Alcance de la cosa juzgada en los procesos colectivos*, ponencia presentada al XXIII Congreso Nacional de Derecho Procesal, Mendoza, 2005. Por todos, Verbic, Francisco, *Procesos Colectivos*, Astrea, Buenos Aires, 2007.

⁵⁸ . Ver Capítulo

⁵⁹ . Recordaba Véscovi que [...] “Las partes pueden, además, *disponer*, no solo de los actos procesales, sino del propio proceso, esto es, de los derechos (sustanciales) planteados a través del mismo; ya sea el actor *desistiendo* de su pretensión; el demandado *allanándose* a la misma, realizando una *transacción*, en la cual ambos se hacen concesiones recíprocas o, también, pueden abandonar el proceso sin proseguirlo, lo que, pasado un tiempo, produce su *caducidad* (perención)...” (Véscovi, Enrique, *Manual de derecho procesal*, Idea, Montevideo, p. 64.

7. La adaptación de las reglas, a las garantías y principios

Hay dos formas de mirar el funcionamiento de las reglas procesales. Una, que atiende lo estricto y condicionado que emana de ellas, que impide apartarse de lo determinado por el ordenamiento. Y otra de carácter valorativo que exige observar la aplicación práctica de la regla para señalar si ella es justa o puramente formal.

El código procesal es un conjunto de reglas, y como tal, conforma una estructura de cumplimiento obligatorio que pretende afianzar la seguridad y previsibilidad en la relación jurídica que crea una controversia judicial; los mandatos impuestos orientan sobre distintas cuestiones que tanto el juez como las partes deben respetar.

Frente a tal criterio se alza la opinión de quienes argumentan que las formas no convierten a los programas de acción en algo inquebrantable y definitivo que sirvan para fomentar un parasistema deformante y desnaturalizador del objetivo primordial que es lograr la eficacia de las instituciones (⁶⁰).

La dicotomía que presentamos, enfrenta el modelo propuesto como sistema o método para el debate judicial, con las correcciones que exige una práctica activa. Es la confrontación entre el “deber ser” y la teleología que llega de los principios y garantías.

El problema a superar surge de la propia neblina en que se encuentra la distinción entre *principios* y *reglas*, que al efecto no se puede simplificar con el núcleo abierto o cerrado que presentamos *ab initio*. La cuestión se agudiza cuando la diferencia se quiere encontrar con los modelos de procedimiento, porque los objetivos difieren, al no ser igual sustanciar un proceso civil, otro penal, administrativo, fiscal, laboral, etc.

La inmovilidad de las reglas puede confrontar con los principios generales, y si éstos los encuadramos dentro del art. 16 del Código Civil (“*Si una cuestión no puede resolverse, ni por las palabras, ni por el espíritu de la ley, se atenderá a los principios de leyes análogas; y si aún la cuestión fuere dudosa, se resolverá por los principios generales del derecho, teniendo en consideración las circunstancias del caso*”), fácilmente se colige la posibilidad de su interpretación.

La versatilidad se puede mostrar con algunos ejemplos. La regla que establece el derecho de defensa en juicio, permitiría que un litigante use

⁶⁰ . Cfr. Berizonce, Roberto Omar, *El proceso civil: Modelo teórico y realidad*, en “Derecho Procesal”, trabajos presentados en el III Congreso Internacional de Derecho Procesal, Lima, 2005, ps. 257 y ss.

todas las posibilidades que el código le permita para ejercer legítimamente tal facultad; sin embargo, la actividad puede resultar abusiva y violentar el principio de moralidad (regla moral en el proceso) ⁽⁶¹⁾; también puede ocurrir que una regla sostenga los tiempos del proceso, y que ellos mismos conspiren con la celeridad y rapidez que pide una *garantía* (v.gr.: art. 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos respecto al plazo razonable), o con la economía que requiere un *principio*; o bien, que se establezca la identificación de litigantes allí donde el alcance de la cosa juzgada es difuso (v.gr: procesos colectivos).

Es evidente así que hay reglas inalterables, otras que permiten movilidad y algunas más que necesitan interpretarse para que consigan su eficacia práctica. Con tino se dice que no hay estándares que sirvan para orientar sobre la preferencia de una regla por sobre los principios, o viceversa; pero que existen dos orientaciones cardinales que son de irrestricta vigencia: *la igualdad de las partes y la imparcialidad del juzgador* ⁽⁶²⁾; con mayor apertura dice Taruffo que, en la aplicación de

⁶¹ . En nuestra obra “*Temeridad y malicia*” destacamos algunos ejemplos de ello: 1.- La defensa sostenida en motivos inocuos o de manifiesta ilegitimidad, conforma un abuso de la jurisdicción toda vez que a lo único que tiende es a postergar una decisión consabida; 2.- Quien reitera un planteo de recusación con causa contra el juez actuante, insistiendo en que existe la causal invocada y que fuera anteriormente resuelta en forma adversa por la Alzada, demuestra una conducta obstruccionista que persigue un fin meramente dilatorio, tanto más cuanto se la deduce antojadizamente y con deleznable fundamentos, que importan una falta contra la autoridad y dignidad del magistrado; razón por la cual, la recusación debe ser desestimada y calificada de maliciosa; 3.- Cuando la memoria de agravios es técnicamente inatendible y revela superficialidad y ligereza; 4.- O bien, cuando existe abandono del proceso evidenciado en la desidia para efectuar las pruebas ofrecidas, indicio de íntima admisión sobre la insostenibilidad fáctica de la construcción argumental fundamento de la demanda, y a la desatención de la incomparecencia a la citación personal del juzgador, ocasiones en las cuales los resortes morales de delicadeza y de pudor hubieran impuesto admitir soluciones simplificadas y expeditivas del conflicto carente de andamio, vía procesal económica que de esa manera fue obstruida; 5.- Si el demandado reconoce la existencia tanto del vínculo jurídico que lo unía al actor como de la deuda, pretendiendo luego, sin ningún apoyo probatorio que ésta fue saldada. En este aspecto, la malicia estriba en la utilización arbitraria de los actos procesales en su conjunto y en el empleo de facultades que la ley otorga a las partes en contraposición con los fines del proceso, obstruyendo su curso y en violación de los deberes de lealtad, probidad y mala fe.

⁶² . Alvarado Velloso, Adolfo, *La imparcialidad judicial y la función del juez en el proceso civil*, en “Proceso Civil. Hacia una nueva justicia civil”, AAVV, coordinada por De la Oliva Santos, Andrés y Palomo Vélez, Diego Iván, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2007, p. 286

principios, el juez tiene un papel protagónico o creativo que puede ser formador de reglas, de ahí la imperiosa necesidad de justificación, pues el ejercicio de ese poder “solo es aceptable si el juez proporciona una justificación racional de las decisiones adoptadas” (63).

En uno y otro caso, aparecen limitaciones propias del camino que se quiere adoptar. Cuando la garantía es concreta (v.gr.: imparcialidad del juzgador) no es posible encontrar alternancias en las reglas que lo aplican (v.gr.: causales de excusación) (64); si la trama diseña un ritual determinado, el juez puede alterar ese camino (65); y si los principios

63 . Taruffo, Michelle, *La giustificazione delle decisioni fondate su standards*, en “L’Analisi del racionamiento giuridico”, dir. Comanducci, P. – Guastini, R., Giappichelli, Torino, 1989, p. 314.

64 . 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, 30/04/1996, La Ley, 1998-A, 711). 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 (Cfr. CNCiv., Sala F, 30/11/1995, “*Calomite, Alberto c. Consorcio de Propietarios Avda. Pueyrredón 1774/78*”, La Ley 1996-C, 790).

65 . En esta línea, afirmamos en nuestro “*Derecho Procesal Constitucional - Debido Proceso*” (ob. cit., p... 56), que la tarea 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 a crisis permite eludir reglas estrictas para alcanzar una solución justa y proyectada al clamor social. Por ejemplo, se ha dicho 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) (CS, 02/08/1983, “*Abal Medina, Juan M.*”, ED, 107-165 - Fallos, 305:973 - JA, 984-I-30).

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

trabajan sobre presupuestos lógicos pensados para un modelo determinado, la adaptación con las exigencias del caso es una potencialidad (⁶⁶).

En esta línea de opciones, dice Falcón que los llamados principios derivados de la legislación procesal, que constituyen sistemas de organización del procedimiento, en general no aparecen puros sino combinados. Una cuestión interesante es que los principios derivados pueden tener más de una variante. Muchos de estos sistemas están fundados en principios o líneas jurídicas que el legislador pretende imponer, ya sea porque se funde en ideas principistas o prácticas (⁶⁷).

También Eisner al explicar los principios dice (refiriéndose a dichos sistemas) que ellos se manifiestan en múltiples formas, que pueden adoptarse para regular el mecanismo procesal, con el cual se piensa dar a cada uno lo suyo, y son o pueden ser diversas las orientaciones a que obedecen. Las orientaciones explican los sistemas procesales y, dentro de esos sistemas, cuáles son las pautas directrices; una vez establecidos se conocen los principios formativos o rectores del proceso. Estos principios formativos o monitores, inspiran las soluciones de los códigos y están obstinadamente reflejados en cada una de sus normas (⁶⁸).

En suma, las *reglas procesales* están previstas en función de un sistema inspira-do en principios y garantías que propician desarrollar el proceso judicial conforme un modelo que sigue y en el que se fundamenta. En el derecho procesal penal el vínculo con el derecho constitucional se ha ido estrechando desde hace tiempo, al punto que muchos principios

principios y garantías de la Constitución Nacional (CS, 19/10/1995, “*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, 27/04/1983, “*Perón, Juan D., suc.*”, La Ley, 1983-C, 139 - ED, 104-625, p. 139).

⁶⁶ . La polaridad es ideológica. Por ejemplo, dice Alvarado Velloso que [...] “el mejor intento de hacer justicia en un caso concreto no puede vulnerar el método mismo de la discusión. De así hacerlo y, a raíz de ello, un juzgador privilegiare la obtención de la meta por sobre la legitimidad del método, estaría dando razón postrera a Maquiavelo: *el fin justifica los medios*” (Alvarado Velloso, Adolfo, *La imparcialidad judicial y la función del juez en el proceso civil*, en “Proceso Civil. Hacia una nueva justicia civil”, AAVV, coordinada por De la Oliva Santos, Andrés y Palomo Vélez, Diego Iván, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2007, p. 286).

⁶⁷ . Falcón, Enrique Manuel, *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*, Tomo I, Astrea, Buenos Aires, 2006, ps. 106 y ss.

⁶⁸ . Eisner, Isidoro, *Planteos Procesales*, La Ley, Buenos Aires, 1984, ps. 47 y ss.

proviene de las cartas superiores y del derecho trasnacional (v.gr.: art. 18 de la Constitución Nacional Argentina, y art. 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, respectivamente), que evitan debatir sobre la eficacia o ineficacia de una garantía, un principio o una regla.

Pero esa vinculación aun no es tan explícita en el derecho procesal civil, provocando la discusión que debe resolver si la variación de las reglas conspira con el debido proceso, o si justamente, para consolidar el debido proceso, es necesario actuar sin el formalismo ritual (⁶⁹).

8. Los nuevos derechos procesales fundamentales

El tramo final de la interpretación sobre los principios procesales tiene otra hipótesis de trabajo: ¿el proceso judicial es una garantía; un principio (debido proceso), o una regla (el procedimiento propiamente dicho)?

Nosotros ya nos hemos pronunciado respecto al primer planteo, afirmando ahora, una vez más, que el proceso es una garantía preexistente al conflicto y, como tal actúa, como un reaseguro para quien necesita formalizar una pretensión. Es una *garantía* que responde en el constitucionalismo argentino al concepto formal de cómo se debe desarrollar un procedimiento, y como debe justificarse la decisión (principio de razonabilidad).

Es asimismo una *garantía* en el sentido del que hablaba Calamandrei, cuando indicaba cada una de las garantías que ofrece la actividad jurisdiccional (v.gr.: observancia de la ley; reintegrar el derecho transgredido; ofrecer certidumbre y seguridad jurídica; restituir la vigencia

⁶⁹ . No queremos olvidar que las reflexiones provienen de larga data y de los mejores cultores de nuestra ciencia. Por el caso, el siempre vigente Couture ha dicho [...] “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, que 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 [...]. El juez servil al Poder Ejecutivo no es el que quiere la Constitución; el juez demagogo no es el juez idóneo que aquélla promete; 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...”(Couture, Eduardo J., *Estudios de Derecho Procesal Civil*, Tomo I, Lexis Nexis (4ª ed.), Buenos Aires, 2003, ps. 21/22).

del derecho afectado; constituir un estado jurídico; actuar preventivamente, etc.)⁽⁷⁰⁾; y los requisitos básicos que consagra el debido proceso.

Ahora bien, si el proceso es una *garantía* es evidente que como herramienta constitucional o fundamental necesita estar cubierto de mínimos que afiancen o aseguren su eficacia.

Aparece así una proyección del proceso analizado en torno a su dinámica funcional. ¿Qué significa "debido"? ¿El debido proceso es un principio fundamental?

Es verdad que 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.

Con la aparición de los derechos humanos, el derecho al proceso exigió que fuera *con todas las garantías*, generando una evolución notable en el concepto. De ser un proceso legal basado en reglas y principios se pasó al proceso constitucional, con el agregado de principios y presupuestos que conciliaban en el argumento que, sin garantías procesales efectivas y certeras, no había posibilidad alguna para desarrollar los derechos fundamentales.

Desde esta perspectiva, el debido proceso es una garantía autónoma cuyos contenidos son principios intangibles.

En los últimos tiempos aparece una nueva corriente que, sin alterar estas conclusiones, promueve la protección constitucional de los derechos fundamentales de naturaleza procesal⁽⁷¹⁾. No se trata de radicar toda la

⁷⁰ . Calamandrei, *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, cit., ps. 141 y ss.

⁷¹ . Natarén Nandayapa, Carlos F., *La tutela de los derechos fundamentales de naturaleza procesal*, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Doctrina Jurídica, n° 358, México, 2006. Carocca Pérez, Alex, *Garantía Constitucional de la defensa procesal*, Bosch, Barcelona, 1997. Fiaren Guillén, Víctor, *El procedimiento*

protección en el “debido proceso”, sino en un *proceso rápido y expedito* (art. 43, Constitución Nacional Argentina); o exigiendo un *recurso sencillo y rápido*, o cualquier otro *recurso efectivo* (art. 25, Convención Americana sobre Derechos Humanos); o un *procedimiento preferente y sumario* (art. 53.2 Constitución española); entre otras expresiones de similar o idéntico sentido ⁽⁷²⁾.

El objeto de la hora es resguardar la protección procesal efectiva; el derecho al amparo; el también denominado “derecho a la jurisdicción”, o el más usado y conocido como derecho a la *tutela judicial efectiva* desde el cual, el debido proceso comienza a integrarse en cada etapa del procedimiento, con exigencias singulares. 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 modifica las reglas de otrora con principios de raigambre constitucional, al punto que los Tribunales Constitucionales europeos han multiplicado su jurisprudencia al explicar los alcances de la protección procesal que tiene toda persona para conseguir la tutela judicial efectiva ⁽⁷³⁾.

preferente y sumario y el recurso de amparo, Revista de la Administración Pública (RAP) n° 89 (1989), entre muchos más.

⁷² . Hay que diferenciar las “garantías judiciales” que porta, por ejemplo, el art. 8 del Pacto de San José de Costa Rica, de la necesidad de consagrar un recurso especial para la defensa genérica de los derechos del hombre. 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. Este artículo 8 reconoce el llamado “debido proceso legal”, que abarca las condiciones que deben cumplirse para asegurar la adecuada defensa de aquellos cuyos derechos u obligaciones están bajo consideración judicial. La Corte Interamericana ha observado que la expresión “garantías judiciales”, *strictu sensu*, se refiere a los medios procesales que “sirven para proteger, asegurar o hacer valer la titularidad o ejercicio de un derecho [...], vale decir, los medios idóneos para que los derechos y libertades sean efectivos en toda circunstancia.” No obstante, el uso de la expresión “garantías judiciales” como título del artículo 8 de la Convención Americana ha favorecido el uso de este término para referirse genéricamente a los distintos requisitos enumerados en dicho artículo.

⁷³ . Explica Aragón Reyes que el art. 53.2 de la Constitución española, acota la defensa a los derechos fundamentales vulnerados por actos de cualquiera de los poderes públicos (o de los particulares) o por normas con rango inferior a la ley. Sin embargo, la confluencia entre las jurisdicciones constitucional y ordinaria es total, teniendo, además, la jurisdicción ordinaria un ámbito material más amplio incluso

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 juicio justo y equitativo ⁽⁷⁴⁾.

En lo sucesivo, procuraremos demostrar el impacto de esta corriente -a la que adscribimos- en los principios procesales.

que el propio Tribunal Constitucional. El recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional no es, pues, el único, sino sólo el último, remedio de las vulneraciones producidas respecto de los derechos fundamentales a que se refiere el art. 53.2 CE. Aquí el Tribunal Constitucional y la jurisdicción ordinaria realizan la misma función, es decir, la actividad jurisdiccional es idéntica y, por ello, cuando en una Sentencia de amparo se anula una Sentencia judicial es porque ésta última no hizo, debiendo hacerlo, lo mismo que hace en su Sentencia el Tribunal Constitucional: proteger el derecho. No hay, pues, como se ha venido diciendo, dos jurisdicciones separadas, una que juzga de la “constitucionalidad” y otra de la “legalidad”, sino dos jurisdicciones estrechamente relacionadas. Por lo demás, ya el propio Tribunal Constitucional, desde fecha muy temprana, lo había constatado (como no podía ser de otra manera): “La distinción entre la jurisdicción constitucional y la ordinaria no puede ser establecida, como a veces se hace, refiriendo la primera al «plano de la constitucionalidad» y la jurisdicción ordinaria al de la «simple legalidad», pues la unidad del ordenamiento y la supremacía de la Constitución no toleran la consideración de ambos planos como si fueran mundos distintos e incommunicables. Ni la jurisdicción ordinaria puede, al interpretar y aplicar la Ley, olvidar la existencia de la Constitución, ni puede prescindir la jurisdicción constitucional del análisis crítico de la aplicación que la jurisdicción ordinaria hace de la Ley cuando tal análisis es necesario para determinar si se ha vulnerado o no alguno de los derechos fundamentales o libertades públicas cuya salvaguardia le esté encomendada” (STC 50/1984, FJ3), e incluso, debe añadirse, cuando tal análisis sea necesario para determinar si se ha vulnerado cualquier otra prescripción constitucional (Aragón Reyes, Manuel, *Relaciones Tribunal Constitucional – Tribunal Supremo*, ...).

⁷⁴ . Explica Natarén Nandayapa, siguiendo la línea precursora de Hans Kelsen que integró a los derechos procesales dentro del grupo de los derechos subjetivos exigibles al ser un reflejo de obligaciones jurídicas, que [...] los derechos fundamentales de naturaleza procesal son derechos subjetivos públicos que se tienen frente a los órganos jurisdiccionales y que, en consecuencia, configuran un conjunto de facultades de los ciudadanos frente a los jueces y tribunales. Además, los derechos procesales tienen una clarísima dimensión objetiva, que hace de ellos unos derechos sensibles diferentes del resto de los derechos fundamentales (ob. cit., p. 10) [...] En efecto, dado que estos derechos se configuran como facultades que tienen como sujetos pasivos a los tribunales, sólo éstos pueden ser responsables de su violación; nos encontramos así con que los órganos jurisdiccionales competentes para reparar estas vulneraciones de derechos siempre revisarán actos de otros órganos jurisdiccionales, razón por la cual la protección de estos derechos se identifica con el sistema de recursos procesales *–lato sensu–*, con una especial incidencia sobre los recursos extraordinarios (p. 12).

CAPÍTULO III

LA AUTORIDAD DEL JUEZ EN EL PROCESO

1. Breves pasajes históricos

Es evidente que el procedimiento romano ha influido de manera notoria en los ordenamientos de varios siglos, dejando su impronta en múltiples instituciones, y sobre todo, en las reglas y procedimientos.

En Roma la obra legislativa fue trascendente. Basta referir a Justiniano para saber y comprender la afirmación ⁽⁷⁵⁾. El rigor metodológico impreso se consolidó fundamentalmente en torno al año 1100 cuando florece enérgica la pasión por las instituciones romanas. Inclusive se llega a hablar de una segunda época del derecho, o de dos historias del derecho romano: la de la Antigua Roma y la segunda en el mundo medieval.

La pujanza de las ideas repercute en los cuerpos legales de ese segundo tiempo, que constituyen, en realidad, tres codificaciones surgidas a fines del siglo V y principios del VI: Los *Edictos de los Reyes de Ostrogodos*, la *Ley Romana Burgundionum* y el derecho romano de los Visigodos, reunidos todos en el *Breviario de Alarico* ⁽⁷⁶⁾.

El impacto no llegó a los germanos. El procedimiento no tenía el mismo lineamiento que el romano. En la Edad Media el sistema judicial era

⁷⁵ . Cfr. Gozaíni, Osvaldo Alfredo, *Los protagonistas del derecho procesal. Desde Chiovenda a nuestros días*, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires / Santa Fe, 2005.

⁷⁶ . La influencia del derecho romano tiene algunas particularidades especiales cuando se produce la invasión visigoda en España, pues como explica Couture, aparecen frente a frente no sólo dos razas, sino dos pueblos de antagónico sentido del derecho. Ello produjo que el pueblo español que hasta entonces (año 414, aproximadamente) se regía por el derecho procesal romano, comenzó a sufrir la penetración lenta y parsimoniosa, pero siempre firme, de un nuevo derecho antagónico del romano, proveniente de hombres dotados de hondo espíritu religioso y con un sentido metafísico de la vida (Couture, Eduardo J., *Trayectoria y destino del derecho procesal civil en Hispanoamérica*, en "Estudios de derecho procesal civil", Tomo I, 4ª ed., Lexis Nexis, Buenos Aires, 2003, p. 207).

diametralmente distinto al racional que se elaboraba desde las normas del Imperio, porque dominaban juicios divinos e invocaciones supremas de corte místico.

No había procedimientos por cuestiones, sino enjuiciamientos comunes para lo privado y lo público, lo civil o lo penal. Es un proceso entre partes, una verdadera lucha de intereses. El trámite es oral y público, completamente ocupado de ritos y solemnidades, muchos de ellos de carácter religioso ⁽⁷⁷⁾ como fueron las “Ordalías”. Además, contra la sentencia no había recursos, lo que era lógico si consideramos que el fallo era producto de la voluntad divina.

En el siglo XI el proceso longobardo constituido desde el *Liber Papiensis*, que constituye una suerte de colección de leyes dictadas durante más de cuatro siglos (desde el Edicto de Rotari [año 643] hasta Enrique II de Franconia [1054]), comienza a transformar el sistema y a generar en la Universidad de Bologna un creciente interés de los glosadores.

La innovación más importante se alcanza en la prueba, que se torna racional abandonando deidades. Un gran cambio fue la incorporación de testigos como medios de verificación y convencimiento.

Esta reacción del derecho germano es la fuente que toman los glosadores para deducir del derecho romano la penetración en el proceso judicial. Primero se analizó el “*Corpus Juris Civilis*”, y de cada conclusión se extraían consecuencias. De ellos surgen disposiciones que trascienden y llevan a dictar ordenamientos jurídicos propios como sucede en Bologna y Verona (1395) que tienen a la doctrina de Accursio con valor de fuente supletoria. Lo mismo llega a España, con la sanción de las Leyes de Toro.

En suma, la glosa y los comentarios adquirieron una extraordinaria influencia, que permitió a Chiovenda decir que, “esta elaboración ha sido el principal factor del injerto, sobre todo de instituciones germánicas en el tronco romano” ⁽⁷⁸⁾.

⁷⁷ . La invitación a comparecer ante el tribunal, formulada por la parte demandante ante testigos, se llamaba *mannitio* y era el acto inicial del proceso que, como dice Brunner, era esencialmente público y oral y descansaba por entero en el principio acusatorio, de manera que estaban abandonadas a las partes la iniciación y la continuación del proceso; apareciendo así como su cúspide lógica los contratos procesales entre los litigantes. La autoridad del tribunal era muy limitada y en parte venía a quedar sustituida por la coacción jurídica del formalismo (cfr. *Historia del Derecho Germánico*, Labor, Barcelona, 1936, p. 24).

⁷⁸ . Chiovenda, Giuseppe, *Principios de derecho procesal civil*, tomo I, trad. José Casais y Santaló, Reus, Madrid, 1977, p. 14.

La curiosidad sobre el derecho romano, y más precisamente la exégesis de la legislación, motivó a la doctrina, y especialmente a los *Pandectas* a realizar una tarea distinta a la de los glosadores y postglosadores. Antes que interpretar realizan propuestas avanzadas creando nuevos emplazamientos.

En efecto, el sentido de perfección técnica que tenía el proceso romano, a partir de la etapa conocida como *extraordinaria cognitio*, va a tener un franco oponente en el modelo germano para debatir y resolver controversias. Los filósofos alemanes del siglo XIX habían planteado que los juicios eran una lucha entre partes, donde cada litigante era un guerrero cuya arma era el derecho. Triunfaría aquél que tuviera las mejores y pudiera conocer con suficiencia el arte de la defensa. El demandado no es el emplazado del derecho romano que podía o no comparecer, ante el pretor o el juez –cada uno en su tiempo-; sino un ofensor que por sus actos anteriores obligaba a querellar y pagar sus actos ante asambleas populares. Todo el procedimiento es formal, dominado excesivamente por solemnidades y absolutamente ritual.

Esta visión trasladó a las partes en conflicto el nudo gordiano a desatar, y fue el prolegómeno de las después llamadas “teorías de la acción”, donde los *pandectistas* lucieron para demostrar que el derecho de fondo era la fuente, pero el ejercicio activo de la pretensión constituía el germen de otros derechos suscitados a partir de la formación del proceso judicial.

Es decir que, había que analizar el rol de las partes en controversia, sus posibilidades de estar y actuar en el proceso, cuánto y cuándo podían pedir; así, la *acción* se convirtió en uno de los pilares fundacionales de la ciencia procesal, pero fue mucho después del debate inicial suscitado en 1856.

En realidad, el interés doctrinario de entonces era interpretar los textos del derecho romano que se redescubren en el siglo XII y que con la escuela formada por Irnerio (maestro de gramática y dialéctica) trabajaron con la descripción gramatical del significado de los textos del *Corpus Juris Civilis*. Luego, los post glosadores modernizarán los contenidos de la obra de Justiniano provocando una influencia tan notable que perdura contemporáneamente.

2. Las Partidas de Alfonso el Sabio

En el siglo XIII surgen Las Partidas de Alfonso el Sabio. La *III*, especialmente, se dedicó al derecho procesal. En ella también se advierte el

influjo del proceso romano y la recepción del *ius commune*. En los hechos era una aplicación del sistema.

Se dice que Jacobo de las Leyes fue el autor de la Partida III, hombre cercano a Alfonso X que, como le ocurría al soberano, no conseguía el aprecio de los súbditos, quienes continuaban resolviendo sus conflictos con usos y costumbres, más allá de las reglamentaciones particulares que tuvo España con el Ordenamiento de Alcalá (1348) y las Leyes de Toro (1505).

La Partida III comprende 633 disposiciones en forma de leyes; demasiado casuista, denso y farragoso, que tenía la particularidad de ser una obra de lectura (un dogma no obligatorio) que solo trascenderá en los siglos venideros, con la acumulación de una nutrida legislación que la complementó sin derogarla en momento alguno.

Ideológicamente presentaba al conflicto entre partes como una cuestión particular, controlado por un tercero imparcial que actuaba solo a instancia de los “señores del Pleyto”.

A partir de ahí, explica Montero, [...] “El *solemnis ordo iudiciarius* respondía a la concepción de que las partes tenían que disponer con toda amplitud de los medios de ataque y de defensa que consideraran oportunos, planteando sin limitaciones el litigio que las separaba, porque se trataba de acabar para siempre con dicho litigio, de modo que la sentencia que se dictara tenía que producir los efectos de cosa juzgada material, no siendo posible otro proceso posterior. Lo anterior iba unido a la creencia de que ese proceso necesitaba un procedimiento complicado, lento y formalista y, por tanto, originador de un elevado coste, pues se trataba de ofrecer a las partes las mayores posibilidades para su defensa...”⁽⁷⁹⁾.

Consagró la escritura como modelo de expresión de los actos procesales, así como para conocer y resolver sobre ellos.

Couture critica objetivamente a las Partidas, comparándolas con el “Fuero Real” que también había preparado Alfonso X. En tal sentido dice que [...] “Hoy, a tanta distancia como va corrida, con perspectiva histórica suficiente, podemos decir que el derecho de la Partida III, desde el punto de vista práctico, no supera al Fuero Real, que fue la legislación de su tiempo...Desde el punto de vista político, es decir, en su fondo mismo de

⁷⁹ . Montero Aroca, Juan, *La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil española y la oralidad*, Texto base de la conferencia pronunciada en las XVII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal, celebradas en San José, Costa Rica, los días 18 a 20 de octubre de 2000.

justicia, el derecho procesal de las Partidas no supera aquel equilibrio maravilloso de libertad y autoridad característico del Fuero Juzgo”⁽⁸⁰⁾.

En este tiempo también el derecho canónico va a tener dos expresiones trascendentes. Clemente V dicta la *Saepe contingit* (de 1306) y la *Dispendiosam* (de 1311), destinadas a reglamentar procesos civiles y de naturaleza comercial, los que se implementaban con menores formalidades, y dando al juez de la causa mayores poderes de control sobre el proceso. La serie consecutiva de actuaciones fue suprimida permitiendo un intercambio menos ritual, de manera que al estar el debate centrado en una amplia discusión se limitaron los recursos y se estrecharon los plazos procesales aplicando, para ello, el principio de concentración.

Por otro lado, significó un avance manifiesto de la oralidad por sobre la actuación escrita.

3. Los primeros ordenamientos procesales

La revolución francesa trajo un significativo cambio en la función de los jueces; durante más de un siglo se va a discutir sobre quien será el custodio de la Norma Fundamental, partiendo de la base que no podían ser los jueces del antiguo régimen.

Por esos tiempos hay una sociedad dividida social, económica e ideológicamente. La burguesía tiene en miras anular totalmente la aristocracia del sistema que revocó generando un debate aun persiste, radicado en sostener que todo ataque a la Constitución es un medio que pretende subvertir el sistema político. En la idea subyace el pensamiento que los jueces habían sido parte de ese grupo al que se quiere desautorizar.

La historia la hemos señalado en otras oportunidades⁽⁸¹⁾, y solo se recuerda para advertir que la diferencia entre “confiar” y “no confiar” no se puede tomar como una anécdota del destino, porque trasciende y caracteriza a la función jurisdiccional.

En efecto, la revolución francesa persiguió la defensa de la legalidad, evitando que los magistrados ejercieran el poder de crear a través del

⁸⁰ . Couture, *Trayectoria y destino del derecho procesal civil en Hispanoamérica*, en “Estudios de derecho procesal civil”, Tomo I, cit., p. 213.

⁸¹ . Gozaíni, Osvaldo Alfredo, *La justicia constitucional*, Depalma, Buenos Aires, 1997. También en *Derecho Procesal Civil*, tomo I volumen 1, Ediar, Buenos Aires, 1992; *Derecho Procesal Constitucional*, Universidad de Belgrano, Buenos Aires, 1999. Cfr. *Introducción al Derecho Procesal Constitucional*, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires / Santa Fe, 2006, entre otros.

derecho judicial (jurisprudencia) una norma distinta a la que el pueblo a través de sus representantes dictaba. El juez solo era “la boca de la ley”, en la ya clásica expresión de Montesquieu, lo que era lógico si consideraba que los jueces no tenían elección democrática y, por tanto, no contaban con el favor del pueblo (Rousseau). Conceptualmente se sostenía una protección política clara y concreta, como lo expuso la primer Constitución de Francia y fue el patrón que adoptaron algunos países americanos (Chile, Uruguay y Perú) hasta sus reformas en las décadas iniciales del siglo XX.

Entre otras proyecciones que tuvo la decisión de impedir a los jueces el poder de interpretación, estuvo el problema de la prueba, porque evidentemente la apreciación de los hechos era insoslayable de la función judicial. Aparecen así los primeros grandes estudios sobre la teoría general de la prueba, que no se llevaron a cabo por “procesalistas” sino a través de “civilistas”, “historiadores del derecho”, o juristas de la filosofía que dieron explicaciones puntuales al porque el poder probatorio no era una potestad de interpretación sino una lógica de la discrecionalidad judicial. En suma, un poder de los jueces, nunca de las partes (obviamente, referimos a la valoración o apreciación de la prueba).

En realidad, tras el fondo de una revolución en las ideas, era un retorno a los dogmas del sistema romano canónico que se había gestado en la Italia medieval, con la notoria influencia de la iglesia y de los escolásticos.

En el continente americano la cuestión era diferente desde que su historia política institucional era absolutamente nueva. Por eso el origen es reciente en términos históricos. El modelo constitucional proveniente de Estados Unidos, ha sido llamado “de la confianza en los jueces”, y con la sentencia del juez Marshall en *Marbury vs. Madison* (1803) se consolida el criterio que faculta a los tribunales a declarar la invalidez de una norma.

De este modo, la *judicial review* admite que los jueces puedan revisar los actos de los demás poderes e instaura en las potestades de la jurisdicción tres funciones básicas: *a)* resolver los conflictos intersubjetivos; *b)* controlar la constitucionalidad de las leyes, y *c)* fiscalizar la legalidad de los actos del poder de gestión político.

Entre estos dos modelos, tradicionalmente llamados: *político* y *jurisdiccional* transitó el siglo XIX. Los ordenamientos procesales de entonces sufrieron el impacto de la discusión, el que va a perdurar hasta la era siguiente.

Con la polémica que entablaron Kelsen y Schmitt la cuestión va a cambiar ⁽⁸²⁾.

Ambos presentan la necesidad de resguardar los principios superiores que declara una Norma Fundamental, pero difieren en los mecanismos necesarios para ello. Es decir, quedó planteado el debate acerca de cuáles son los mejores sistemas que aseguran la supremacía de una carta constitucional, si las instituciones políticas en la que no participan jueces sino todos los representantes de una sociedad compleja, o bien, sólo tribunales especiales que, a estos fines, se debían establecer.

⁸² . Kelsen sostenía que la función del Tribunal Constitucional no es una función política, sino judicial, como la de cualquier otro tribunal, aunque tiene matices que los distingue. Desde el punto de vista teórico, la diferencia entre un tribunal constitucional y uno ordinario (civil, penal o administrativo) consiste en que si bien ambos producen y aplican derecho, el segundo produce sólo actos individuales, mientras que el primero, al aplicar la Constitución a un acto de producción legislativa y al proceder a la anulación de la norma constitucional, no produce, sino que anula una norma general, realiza un acto contrario a la producción jurídica, es decir, que actúa como un legislador negativo.

Schmitt apoyaba su posición negativa contra los Tribunales Constitucionales aduciendo que solamente el Presidente del Reich puede ejercer la función de guardián de la Constitución, en razón de que es el único que ejerce un poder neutral, intermediario o regulador, tal como lo había propuesto Benjamín Constant con motivo de la lucha sostenida por la burguesía francesa para lograr una Constitución liberal frente al bonapartismo y a la Constitución monárquica.

Las divergencias de opinión y diferencias entre los titulares de los derechos políticos de carácter decisivo o influyente no pueden resolverse, generalmente, en forma judicial, salvo en el caso de que se trate de castigar transgresiones manifiestas de la Constitución. Dichas divergencias o bien son zanjadas por un tercero, situado por encima de los litigantes y revestido de un poder político más excelso –y entonces, ya no se trata del defensor de la Constitución, sino del soberano del Estado-; o bien son dirimidas o resueltas por un organismo que no es superior, sino coordinado, es decir, por un tercero neutral –y, entonces, nos hallamos ante un poder neutral, un *pouvoir neutre et intermédiaire*, que no se halla situado por encima, sino al mismo nivel de los restantes poderes constitucionales, aunque revestido de especiales atribuciones y provisto de ciertas posibilidades de intervención-. Si lo que interesa no es un efecto accesorio ejercido por otras actividades políticas, sino, más bien, organizar una institución, una instancia especial que tenga por objeto garantizar el funcionamiento constitucional de los diversos poderes y la Constitución misma, parece oportuno, en un Estado de Derecho que diferencia los poderes, no confiar la misión a uno de los poderes existentes, porque en tal caso podría tener un predominio sobre los demás y sustraerse a su vez a todo control, convirtiéndose como consecuencia en árbitro de la Constitución. Por esta causa es necesario –concluía Schmitt- estatuir un poder neutral específico junto a los demás poderes, enlazarlo y equilibrarlo con ellos mediante atribuciones especiales.

Kelsen propuso (y logró que se llevara a cabo desde 1920) la creación de *Tribunales Constitucionales* porque consideraba que la Norma Fundamental de un Estado no era solamente una regla de procedimientos, sino un conjunto de dogmas que nutrían la esencia del Estado. Por ello, las garantías declaradas debían permitir anular todos los actos que le fueran contrarios, pero jamás autoriza a que esa acción estuviera en manos del mismo órgano que aprobaba las leyes contradictorias.

La posición contraria creía que era darle demasiados poderes a un órgano de naturaleza indefinida (porque estaría situado fuera de los tres poderes clásicos) que portaba el temor de convertirse en un legislador negativo y en un mecanismo de permanente conflicto con las competencias entre espacios de poder.

La diversidad constitucional se puede mostrar también en otras áreas del derecho. Obsérvese que en el derecho penal también se pudo asistir a esta controversia⁽⁸³⁾. El Código Penal austriaco de 1803 en tiempos de Francisco II (1790-1835) determinó buena partes de las instituciones italianas, las que después llegaron a Latinoamérica.

Por ejemplo, Carlos Tejedor, el codificador argentino, se basa en los códigos de Austria y de Francia, especialmente el primero; pese a que ideológicamente se coincide en las fuentes adoptadas del derecho español.

Vale decir, las diferencias entre penas para delitos públicos y privados; o la forma de resolver cuando es crimen y cuando delito; o bien, el estudio de las conductas humanas, tuvieron distancias significativas

⁸³ . Los tiempos históricos se pueden fraccionar en períodos o épocas. Punto de partida es el *ius civile*, difundido en el mundo antiguo por el poderío de Roma. Luego surge el *utrumque ius*, -civil y canónico - difundido desde las universidades por los juristas en Europa y en Hispanoamérica. Finalmente está la codificación y el derecho nacional codificado, cuyos focos principales son Austria en el área penal y Francia en el civil. [...] Sostiene Bravo Lira que, es sabido que el movimiento codificador comienza precisamente por el derecho criminal, con una lucha por desterrar el rigor de las penas y los abusos de los procedimientos. Se critica las leyes y se rechaza el arbitrio judicial, esto es, la práctica, generalizada de no aplicar las penas legales, a menudo de origen medieval y muy cruel. Pero esta lucha por un derecho más de acuerdo con los ideales de la Ilustración, se libra no sólo en el campo penal ni sólo en Austria y Francia. Se extiende asimismo a otras ramas del derecho, como el civil, el comercial, procesal y, en cierto modo, también al político, con las constituciones escritas que aparecen a fines del siglo XVIII. También se extiende a otros focos que surgen en Europa continental -principalmente en los Estados italianos, ibéricos y alemanes- y en América hispana, desde México hasta Brasil (Bravo Lira, Bernardo, *Bicen-tenario del Código Penal de Austria*, Revista de Estudios Históricos, nro. 26, Valparaíso, 2004, ps. 115 y ss.).

según el interés principal fuera el hombre o el Estado. La prevención o la pena; la sanción dura o la ejemplaridad de las conductas, entre muchas otras, han sido fuentes de la actual discusión entre “garantistas” del proceso penal, y publicistas de “mano dura”.

Con este estado de cosas, las que conviene advertir, comienza la etapa codificadora en materia procesal.

3.1 Francia

En efecto, el siglo XIX es el tiempo de la codificación. En materia procesal civil, el primero que aparece es el *Code de procédure civile* francés de 1806 (en vigencia desde el 1º de enero de 1807), de 1042 artículos que reproduce, en mucho, la Ordenanza de 1667 de Luis XIV.

Dice Cipriani que este código [...] “establecía un proceso en el que, mientras las partes gozaban de una gran autonomía, la intervención del juez estaba reducida al mínimo; por un lado, respondía a la concepción liberal y garantista de las relaciones jurídicas, y por el otro, estaba en línea con el objeto, las finalidades y la naturaleza del proceso civil: desde el momento que tal proceso estaba subordinado a la iniciativa y al impulso de parte y tiene por objeto la tutela de los derechos de los particulares, parece obvio que también su marcha esté, en línea de principio, confiada a las partes y que el legislador se limite a disciplinar, con la ley o a través del juez, el diálogo entre las partes, de tal forma que se asegure que cada una, en el respeto del derecho de defensa de la otra, pueda defenderse plenamente”⁽⁸⁴⁾.

El sistema estaba en armonía con el Código Civil que había puesto en primera línea de atención al derecho de propiedad. El derecho subjetivo dominó buena parte del mecanismo de admisión para litigar, y en común, estos parámetros de individualismo forjaron una construcción singular que centró el interés de las partes sobre cualquier otro.

Con esta construcción también el juez era “la boca de la ley”; vale decir, el que aplicaba el derecho objetivo que las partes en conflicto habían planteado como propio, y que le daban derecho a la sentencia favorable. No obstante, contenía también facultades instructorias muy importantes, como la selección de la prueba (no la valoración, sino la producción).

El código de procedimientos francés reconoce la influencia de la mencionada ordenanza del siglo XVII, lo que significó alterar algunas

⁸⁴ . Cipriani, Franco, *Batallas por la justicia civil*, Cuzco, Lima, 2003, ps. 37/38.

reglas habituales en la tradición de la “*litiscontestatio*” romana ⁽⁸⁵⁾. Por ejemplo, se redujo sensiblemente lo que hoy llamaríamos: “sustanciación”, eliminando duplicas y la continuidad de réplicas que quedaron en apenas dos actos. Se afianzó la serie consecucional de actos, de modo que habiéndose cumplido una etapa se pasaba a la siguiente sin posibilidad de regreso; y quizás lo más trascendente haya sido el rol central que se dio a la prueba documental como medio –no exclusivo, pero sí preferente- de verificación. Sin perjuicio, claro está, que muchas cuestiones de ésta naturaleza también se regulaban en el Código Civil.

De todos modos el principio de la neutralidad judicial quedó impreso como una de las garantías fundamentales de la organización; con ello se estableció que el juez no podía intervenir de manera activa en la marcha del proceso: la conducción de la instancia, la investigación de las pruebas, la iniciativa de las medidas de instrucción depende de los litigantes y solo de ellos ⁽⁸⁶⁾.

3.2 Italia

De su lado Italia había recibido la influencia francesa merced a la ocupación habida en los Estados autonómicos, Principados y Ducados; pero después de la Restauración, las leyes de aquella raigambre fueron abrogadas, no obstante lo cual, continuaron proyectándose en las nuevas regulaciones. .

En 1861 se proclama la unidad de Italia y en 1865 se sanciona el código que comenzó a regir el 1º de enero de 1866. Este no logró superar los inconvenientes de sus precedentes, sobre todo, las cuestiones

⁸⁵ . En el derecho romano, cuando las partes se presentaban ante el magistrado en el día señalado en el *vadimonium*, el demandante reclamaba el nombramiento del juez; si el demandado se oponía, concedía el juez el magistrado de viva voz, determinando los puntos litigiosos que debía examinar y sentenciar. En este momento invocaban las partes el testimonio de las personas presentes, que debían declarar ante el juez sobre las palabras pronunciadas por el magistrado, relativas a la misión de aquel: este testimonio le invocaban diciendo: *testes estote*. Y de aquí tomo el nombre de *litis contestatio* ó *contestatio*, éste último acto de procedimiento ante el pretor. La *litiscontestatio* determinaba la misión del juez y fijaba eventualmente la salida del proceso [...] (Vicente y Caravantes, José de, *Tratado histórico crítico y filosófico de los procedimientos judiciales en materia civil según la nueva Ley de Enjuiciamiento*, Tomo I, Gaspar y Roig, Madrid, 1856, p. 38).

⁸⁶ . Couture, Eduardo J. – Perrot, Roger, *El principio de neutralidad del juez en los derechos francés y uruguayo*, Revista de Derecho Procesal 1955-I, p. 213, Ediar, Buenos Aires, año XIII (1955).

probatorias que seguían repartidas entre el código civil y las nuevas instituciones procesales ⁽⁸⁷⁾.

En la práctica fue muy resistido, quizás por el exceso de formalidades y por el establecimiento de un régimen preclusivo (tomado del código francés) que instaló en los plazos y términos un verdadero problema. La preferencia por el juicio sumario –que contenía el sistema– se tornó frecuente, al punto de casi anular el juicio formal. Pero también este mecanismo era demasiado complejo porque, si bien fue pensado para las causas más simples, con la elección del trámite por el actor, se permitió que cualquier tipo de proceso tramitara por esta vía, de manera que aquello que se diseñó para quedar resuelto en pocos actos o audiencias, en los hechos prolongó inusitadamente el trámite, tornándolo en un “procedimiento de las sorpresas” ⁽⁸⁸⁾.

Lodovico Mortara, la figura dominante de fines del siglo XIX en nuestra ciencia (junto a Luigi Mattiolo), pergeñó algunos cambios importantes en el régimen, los que se pusieron en práctica a partir del año 1901.

Las modificaciones acentuaron el rol del juez dentro de las audiencias, a cuyo fin se procuró la oralidad y la intermediación, y dentro de ellas, la actividad conciliatoria. Sin embargo, pese al beneplácito habido por la orientación, por entonces aparecía en el firmamento de las reformas un cambio radical surgido en Austria con la Ordenanza procesal creada por Franz Klein en el año 1895.

⁸⁷ . Calamandrei afirma que [...] “El Código de 1865 tenía, como presupuesto, una economía y una técnica muy distantes del nivel que la civilización nacional ha alcanzado en casi un siglo de evolución. El proceso civil tiene como materia suya, la vida de los negocios y debe adaptarse a su ritmo; el Código de 1865, adaptado a las posibilidades técnicas y económicas de la Italia apenas salida de la unificación, se encontró, en breve, superado por los tiempos y alejado de la realidad social de la nación que progresaba cada vez con paso más acelerado, hacia horizontes siempre vastos... Si se considera cuáles eran las condiciones sociales en aquella Italia de 1865 que se manifestaba a través de las mallas del viejo Código de procedimiento civil, parece sorprendente que haya podido permanecer en vigencia hasta 1940 este instrumento procesal de otro siglo, creado mucho antes de que las conquistas de la técnica del siglo nuevo y el incremento internacional de los comercios y la expansión de las colonias, hubiera transformado de un modo profundo la vida civil y económica de nuestra nación...” (*Instituciones de Derecho Procesal Civil*, Tomo I, cit., ps. 84/85).

⁸⁸ . Cipriani, Franco, *Storie di processualisti e di oligarchi, La procedure civile nel Regno d'Italia (1866-1936)*, Milano, 1991, p. 24.

3.3 Austria

Austria formaba parte del imperio Austro – Húngaro, el cual no tuvo ni aceptó influencias extrañas para sus sistemas procesales (civil y penal). Las controversias privadas eran resueltas con el *Reglamento Judicial de José II* de 1771, para muchos caratulado como un auténtico “monumento del despotismo ilustrado del siglo XVIII”⁽⁸⁹⁾.

El reglamento se basó en un sistema escrito y secreto. La demanda se presentaba ante el juez, y sólo éste podía ordenar que tuviera trámite. La contestación concedía escritos de réplica y duplica; las verificaciones quedaban subordinadas al mecanismo de la prueba legal; y estaba absolutamente prohibido alterar o modificar las pretensiones.

El poder judicial de dirección era absoluto, procesal y material. Este régimen estuvo vigente hasta la reforma impulsada por Franz Klein en 1849.

En los hechos fue una reacción contra el liberalismo europeo del siglo XIX. Tal como afirma Bordalí Salamanca [...] “En el proceso liberal napoleónico las partes eran dueñas del proceso. Las partes controlaban los tiempos y disponían plenamente del proceso. El juez era absolutamente pasivo tanto en cuestiones procesales como materiales. Frente al juez las partes se encontraban en una situación de igualdad formal. Pues a ese *laissez faire* procesal intentó oponerse Klein en la Ordenanza”⁽⁹⁰⁾.

3.4 España

El modelo de proceso de conocimiento pleno que había pergeñado *Las Partidas*, tiene especial repercusión en España. Es cierto que la absorción absoluta del esquema sufrió el tamiz de varias legislaciones intermedias que, sin alterar la fisonomía, fueron agregando

⁸⁹ . Denti, Vittorio, *La giustizia civile*, Bologna 1989, p. 15; Picardi, Nicola, *Codice di procedura civile*, en Digesto, Discipline privatistiche, Sez. Civ., II, Torino 1988, p. 457 y ss; Tarello, Giovanni, *Storia della cultura giuridica moderna, I, Assolutismo e codificazione del diritto*, Bologna 1976, p. 523; Taruffo, Michele, *La giustizia civile in Italia dal '700 a oggi*, Bologna, 1980, p. 38. Las citas corresponden a Cipriani, Franco, *En el centenario del Reglamento de Klein (El proceso civil entre autoridad y libertad)*, Rivista di diritto processuale, 1995, ps. 968-1004.

⁹⁰ . Bordalí Salamanca, Andrés, *Los poderes del juez civil*, en “Proceso Civil. Hacia una nueva justicia civil”, AAVV, coordinada por De la Oliva Santos, Andrés y Palomo Vélez, Diego Iván, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2007, p. 181.

particularidades; las que, una a una, suscitaron la necesidad de reunir las en un solo ordenamiento.

Aparecieron así, escalonadamente, el *Ordenamiento de Díaz de Montalvo*, de 1484, el *Libro de Bulas y Pragmáticas de Ramírez*, de 1505, y la *Nueva Recopilación*, de 1567, que reprodujeron el viejo sistema formal y complejo. El agrupamiento culmina con la *Novísima Recopilación* del año 1805, cuyo Libro XI tiene especial importancia por estar dedicado a los procedimientos.

Con la Constitución de 1812 comienza la renovación institucional, que no deja sin atender otras disposiciones paralelas, hasta llegar a la *Ley de Enjuiciamiento Civil* de 1855. La norma recibió la suma de numerosos precedentes legales entre los que cabe destacar a la *Ley de Enjuiciamiento sobre los negocios y causas de comercio* (1830) y el *Reglamento Provisional para la Administración de Justicia* (1835).

Todo este fárrago legislativo, unido a la multitud de fueros y jurisdicciones, ocasionaron una legislación dispersa y ensimismada, con superposición de formalismos; complejidad de trámites, multiplicación de incidentes; y, cuando no, la alternativa de soluciones, que obviamente, no era deseable que ocurriera.

Con esta situación se dicta la *Instrucción del Procedimiento Civil con respecto a la Real Jurisdicción ordinaria* (1853) , que pese a sus esfuerzos no consigue instalarse al tener una fuerte oposición en el Ilustre Colegio de Abogados de Madrid.

No llegó a regir un año (el 18 de setiembre de 1854 se deroga) y el 13 de mayo de 1855 se aprobó una Ley de Bases que rápidamente culminó en la *Ley de Enjuiciamiento Civil*.

La reglamentación pretendió “restablecer en toda su fuerza las reglas cardinales de los juicios consignadas en nuestras antiguas leyes”, con lo cual, de comienzo advirtió que no habría innovaciones, sino fortalecimiento de las tradiciones del enjuiciamiento aplicando reformas en dos órdenes, uno para asegurar el desarrollo escrito en trámites concentrados (principio de economía procesal), y otro, pensando en el deber de resolver en el menor tiempo y siguiendo precedentes uniformes y constantes.

Las reformas y ajustes tuvieron en cuenta lo siguiente:

- a) Evitar las demoras en los trámites y las dilaciones inútiles e innecesarias;
- b) Asegurar la mayor economía procesal;

- c) [...] “Que la prueba sea pública para los litigantes, que tendrán el derecho de presentar contra interrogatorios”⁽⁹¹⁾;
- d) Fundamentación de las sentencias;
- e) Doble instancia;
- f) Severidad con las nulidades en el proceso;
- g) Uniformidad de la jurisprudencia.

Tengamos en cuenta el tiempo y las condiciones imperantes en Europa y América para comprender las razones por las cuales, esta ley de enjuiciamiento formalizada sobre bases tan arcaicas, llega a impactar en la legislación latinoamericana de manera tan impresionante⁽⁹²⁾. No es época de facilidad en las comunicaciones; hay urgencia en legislar las ex colonias independizadas; era mejor seguir una tradición probada que hacer un reglamento sin raíces; los abogados estaban formados en la cultura universitaria ibérica sin mayor conocimiento de otras fuentes que no fueran de su propio idioma, etc.

De todos modos, la LEC de 1855 va a tener poca vida. En 1881 merced a la derogación sucedida años atrás (1868) del fuero comercial y generado la ley de unificación, se vio la necesidad de modificar, otra vez, al enjuiciamiento civil.

Sin embargo la oportunidad no fue aprovechada. Se insistió con el modelo anterior, aunque proliferaron los juicios especiales que aumentaron considerablemente las formas de los procedimientos. También se tomaron algunas –pocas- reformas que la doctrina reclamaba, agregando entonces cuestiones de publicidad en los procesos; control sobre la prueba, y eficacia de la etapa recursiva⁽⁹³⁾.

⁹¹ . Vicente y Caravantes, *Tratado histórico crítico y filosófico de los procedimientos judiciales en materia civil según la nueva Ley de Enjuiciamiento*, Tomo I, cit., p. 97.

⁹² . Una mirada atenta del suceso nos muestra tres líneas de inducción: en el área del proceso civil de trama *civil law*. Por lado, el que reporta el código francés que siguen muchos países europeos (v.gr.: Italia); el código de Klein (austriaco-alemán) con ramificaciones en Europa oriental; y el español, que es seguido por muchos países de América latina (cfr. Taruffo, Michelle, *El proceso civil de “civil law”*: *Aspectos fundamentales*, Revista Ius et praxis, volumen 12 n° 1, Talca (Chile), 2006, ps. 69 y ss.).

⁹³ . La Lec de 1881 rigió con pequeños cambios y reformas hasta la ley 1/2000. Constaba de 2182 artículos incluida una disposición final [...] “Esta enorme extensión es debida, principalmente, a tres factores. En primer término, a la prolija regulación de los diversos tipos de procesos que la ley contempla. En segundo lugar,

Esta ley fue el parámetro legislativo de más de un siglo, hasta que España reforma absolutamente la norma con la Ley 1/2000 que comienza una nueva etapa aun discutida respecto a la ideología imperante en orden a la autoridad del juez en el proceso y su incidencia respecto a los poderes y deberes de instrucción (⁹⁴).

a la inclusión dentro de ella de gran parte del derecho concursal, que en otros países es objeto de leyes específicas (por lo demás, el Derecho Concursal español aún vigente se contiene en varios cuerpos legales siendo proverbial su fragmentación y dispersión). Por último, la L.E.C. incluye, también, dedicándole su Libro Tercero, buena parte de las normas sobre la llamada “jurisdicción voluntaria”, que otros sistemas jurídicos no recogen en sus Códigos, Leyes u Ordenanzas procesales (no se trata de una actividad jurisdiccional propiamente dicha)” (cfr. De la Oliva, Andrés – Fernández, Miguel Angel, *Derecho Procesal Civil*, Tomo I, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1994, ps. 269/270).

⁹⁴ . Exposición de Motivos: [...] Esta nueva Ley de Enjuiciamiento Civil se inspira y se dirige en su totalidad al interés de los justiciables, lo que es tanto como decir al interés de todos los sujetos jurídicos y, por consiguiente, de la sociedad entera. Sin ignorar la experiencia, los puntos de vista y las propuestas de todos los profesionales protagonistas de la Justicia civil, esta Ley mira, sin embargo, ante todo y sobre todo, a quienes demandan o pueden demandar tutela jurisdiccional, en verdad efectiva, para sus derechos e intereses legítimos [...].

Esta Ley de Enjuiciamiento Civil se ha elaborado rechazando, como método para el cambio, la importación e implantación inconexa de piezas aisladas, que inexorablemente conduce a la ausencia de modelo o de sistema coherente, mezclando perturbadoramente modelos opuestos o contradictorios. La Ley configura una Justicia civil nueva en la medida en que, a partir de nuestra actual realidad, dispone, no mediante palabras y preceptos aislados, sino con regulaciones plenamente articuladas y coherentes, las innovaciones y cambios sustanciales, antes aludidos, para la efectividad, con plenas garantías, de la tutela que se confía a la Jurisdicción [...]

En la elaboración de una nueva Ley procesal civil y común, no cabe despreocuparse del acierto de las sentencias y resoluciones y afrontar la reforma con un rechazable reduccionismo cuantitativo y estadístico, sólo preocupado de que los asuntos sean resueltos, y resueltos en el menor tiempo posible. Porque es necesaria una pronta tutela judicial en verdad efectiva y porque es posible lograrla sin merma de las garantías, esta Ley reduce drásticamente trámites y recursos, pero, como ya se ha dicho, no prescinde de cuanto es razonable prever como lógica y justificada manifestación de la contienda entre las partes y para que, a la vez, el momento procesal de dictar sentencia esté debidamente preparado [...].

Con perspectiva histórica y cultural, se ha de reconocer el incalculable valor de la Ley de Enjuiciamiento Civil, de 1881. Pero con esa misma perspectiva, que incluye el sentido de la realidad, ha de reconocerse, no ya el agotamiento del método de las reformas parciales para mejorar la impartición de justicia en el orden jurisdiccional civil, sino la necesidad de una Ley nueva para procurar acoger y

vertebrar, con radical innovación, los planteamientos expresados en los apartados anteriores [...].

La experiencia jurídica de más de un siglo debe ser aprovechada, pero se necesita un Código procesal civil nuevo, que supere la situación originada por la prolija complejidad de la Ley antigua y sus innumerables retoques y disposiciones extravagantes. Es necesaria, sobre todo, una nueva Ley que afronte y dé respuesta a numerosos problemas de imposible o muy difícil resolución con la ley del siglo pasado. Pero, sobre todo, es necesaria una Ley de Enjuiciamiento Civil nueva, que, respetando principios, reglas y criterios de perenne valor, acogidos en las leyes procesales civiles de otros países de nuestra misma área cultural, exprese y materialice, con autenticidad, el profundo cambio de mentalidad que entraña el compromiso por la efectividad de la tutela judicial, también en órdenes jurisdiccionales distintos del civil, puesto que esta nueva Ley está llamada a ser ley procesal supletoria y común.

Las transformaciones sociales postulan y, a la vez, permiten una completa renovación procesal que desborda el contenido propio de una o varias reformas parciales. A lo largo de muchos años, la protección jurisdiccional de nuevos ámbitos jurídico-materiales ha suscitado, no siempre con plena justificación, reglas procesales especiales en las modernas leyes sustantivas. Pero la sociedad y los profesionales del Derecho reclaman un cambio y una simplificación de carácter general, que no se lleven a cabo de espaldas a la realidad, con frecuencia más compleja que antaño, sino que provean nuevos cauces para tratar adecuadamente esa complejidad. Testimonio autorizado del convencimiento acerca de la necesidad de esa renovación son los numerosos trabajos oficiales y particulares para una nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, que se han producido en las últimas décadas [...].

La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil sigue inspirándose en el principio de justicia rogada o principio dispositivo, del que se extraen todas sus razonables consecuencias, con la vista puesta, no sólo en que, como regla, los procesos civiles persiguen la tutela de derechos e intereses legítimos de determinados sujetos jurídicos, a los que corresponde la iniciativa procesal y la configuración del objeto del proceso, sino en que las cargas procesales atribuidas a estos sujetos y su lógica diligencia para obtener la tutela judicial que piden, pueden y deben configurar razonablemente el trabajo del órgano jurisdiccional, en beneficio de todos.

De ordinario, el proceso civil responde a la iniciativa de quien considera necesaria una tutela judicial en función de sus derechos e intereses legítimos. Según el principio procesal citado, no se entiende razonable que al órgano jurisdiccional le incumba investigar y comprobar la veracidad de los hechos alegados como configuradores de un caso que pretendidamente requiere una respuesta de tutela conforme a Derecho. Tampoco se grava al tribunal con el deber y la responsabilidad de decidir qué tutela, de entre todas las posibles, puede ser la que corresponde al caso. Es a quien cree necesitar tutela a quien se atribuyen las cargas de pedirla, determinarla con suficiente precisión, alegar y probar los hechos y aducir los fundamentos jurídicos correspondientes a las pretensiones de aquella tutela. Justamente para afrontar esas cargas sin indefensión y con las debidas garantías, se

3.5 Alemania

El derecho procesal alemán tiene raíces en el derecho romano – canónico en cuanto refiere a las formas; y en el sistema propio que trae el germanismo relacionado con el rol jurisdiccional.

En la Edad Media se desarrolló en la Alta Italia el proceso guiado por los estatutos de las ciudades, la legislación papal y los usos y costumbres. Por la recepción llega a Alemania en 1495 el llamado “proceso ordinario” que rigió sólo subsidiaria-mente por la preferencia de las ordenanzas procesales territoriales; no obstante significó un ascendiente notable.

Dice Stefan Leible que [...] “Sus características esenciales fueron el principio de eventualidad y la vigencia de pruebas fijas” (⁹⁵).

Disuelta la Federación alemana y organizada la Constitución de la Federación del Norte, las uniones alemanas se consolidan y van armonizando la idea de un Estado común.

Cada uno se dicta sus reglamentos en materia procesal: Baviera el 8 de noviembre de 1850, Prusia en 1864, Hannover en 1870, entre otros, algunos de ellos con fuerte influencia del código francés (publicidad, oralidad, impulso de las partes, patrocinio letrado obligatorio).

“La multiplicación de códigos, normas orgánicas de tribunales y legislación complementaria en cada Estado federal alcanzó su máxima expresión a mediados del siglo XIX. Con semejante cantidad y

impone a las partes, excepto en casos de singular simplicidad, estar asistidas de abogado.

Esta inspiración fundamental del proceso -excepto en los casos en que predomina un interés público que exige satisfacción no constituye, en absoluto, un obstáculo para que, como se hace en esta Ley, el tribunal aplique el Derecho que conoce dentro de los límites marcados por la faceta jurídica de la causa de pedir. Y menos aún constituye el repetido principio ningún inconveniente para que la Ley refuerce notablemente las facultades coercitivas de los tribunales respecto del cumplimiento de sus resoluciones o para sancionar comportamientos procesales manifiestamente contrarios al logro de una tutela efectiva. Se trata, por el contrario, de disposiciones armónicas con el papel que se confía a las partes, a las que resulta exigible asumir con seriedad las cargas y responsabilidades inherentes al proceso, sin perjudicar a los demás sujetos de éste y al funcionamiento de la Administración de Justicia.

⁹⁵ . Leible, Stefan, *Proceso Civil Alemán*, Dike – Konrad Adenauer Stiftung, Medellín (Colombia), 1998, p. 63.

multiplicidad de normas resultaba prioritario intentar una unificación como paso previo a la constitución de un Estado alemán. Dos proyectos tuvieron especial importancia, por su influencia, para la codificación de las normas procesales civiles: primero el *Bundesstaaten-Entwurf* de 1866, y luego el *Norddeutschen Entwurf* de 1870. Ambos tuvieron en cuenta la codificación francesa: oralidad, inmediatez, publicidad y un eficiente proceso ejecutivo”⁽⁹⁶⁾.

Con estos precedentes nace la *Ordenanza Procesal Civil* de 1877 (Schönke lo llama el “Código Procesal civil del Reich” [⁹⁷]), el que no se sanciona en soledad, sino simultáneamente con la Ordenanza Procesal Penal, la Ordenanza Concursal y las respectivas leyes de introducción. Todas cobraron vigencia a partir del 1º de octubre de 1879.

La ley procesal fue modificada varias veces. La primera en 1898 en paralelo con las modificaciones del Código Civil; luego en 1909 que se introduce el impulso de oficio en los procesos de primera instancia, aumentando notoriamente las facultades de dirección del juez. Siendo el gran cambio la Ley sobre el procedimiento en cuestiones civiles del 13 de febrero de 1924, [...] “que intentó destacar con mayor vigor en la ordenación del proceso, el interés de la comunidad frente al de los particulares, siendo el primer gran paso para un proceso civil de alcance *social*. Fortaleció las facultades del juez en cuanto a la marcha del procedimiento, estableció medidas contra el alargamiento y la dilación del mismo [...], la supresión del dominio de las partes sobre los términos; la introducción del principio de concentración; la resolución según el estado de autos; la obligación de motivar la apelación; además de la creación del procedimiento conciliatorio...”⁽⁹⁸⁾.

En 1933 el código se rehace, esta vez con la incorporación del deber de veracidad; la concentración de actos procesales; se sustituye al juramento de las partes como medio de prueba por el libre interrogatorio entre ellas; entre otras novedades agregadas.

Es evidente en la ZPO la influencia de Klein. Inclusive se reconoce ello en la Orden del Ministerio de Justicia del 11 de noviembre de 1935 referida a dar mayor rapidez e intermediación a los procedimientos.

⁹⁶ . Perez Ragone, Alvaro J. – Ortiz Pradillo, Juan Carlos, *Código Procesal Alemán [ZPO]*, Fundación Konrad Adenauer Stiftung, Montevideo, 2006, p. 35.

⁹⁷ . Schönke, Adolf, *Derecho Procesal Civil*, Bosch, Barcelona, 1950, p. 23.

⁹⁸ . Schönke, ob. cit., p. 23.

Con la segunda guerra mundial se alteran y modifican los procedimientos, sin embargo, dice Schönke que [...] “ha servido de modelo para el desenvolvimiento ulterior del derecho procesal civil, y especialmente para las reformas parciales realizadas hasta ahora, el *código procesal austriaco* de 1895. En él se plasmaron los pensamientos fundamentales de Klein antes expuestos; el éxito de esta obra legislativa ha mostrado como aquellos pensamientos son idóneos para crear un proceso civil rápido y popular. Por ello debería acometerse la reforma de conjunto del proceso civil sobre la base del austriaco...”⁽⁹⁹⁾.

3.6 El Código italiano de 1940

El código italiano de 1940 es producto del trabajo en comisión de Piero Calamandrei, Francesco Carnelutti y Enrico Redenti, con quienes colaboró Leopoldo Conforti⁽¹⁰⁰⁾.

El propio Calamandrei admite que [...] “entre todos los caracteres del nuevo proceso, aquel sobre el cual se ha insistido más en los trabajos preparatorios y más se insiste en los primeros comentarios, es el del reforzamiento de los poderes del juez: tendencia inspiradora de toda la reforma, que, presentada por Chiovenda en su proyecto de 1919 como exigencia de orden técnico, se ha afirmado en los últimos años sobre todo como exigencia de orden político, como expresión en el proceso, del principio de autoridad que tiene puesto de honor en el ordenamiento constitucional del Estado...”⁽¹⁰¹⁾.

Probablemente, la cuestión polémica se vincula con la ascendencia que tiene el *Reglamento de Klein* en Italia, y la importancia que éste asume en el código publicista creado. Era por todos sabido que el proyecto Chiovenda fue beneficiario de este ordenamiento, y a su vez, que el profesor de Roma era un ferviente devoto del guardasellos austriaco. Por ello, suele establecerse una suerte de enlace entre ambos ordenamientos teniendo presente lo que Chiovenda significó para el procesalismo italiano.

⁹⁹ . Schönke, ob. cit., p. 25.

¹⁰⁰ . La comisión que precedió a la revisión definitiva del texto la compusieron: el Guardasellos del Rey (Ministro de Justicia) Dino Grandi; los profesores Cogliolo, Scialoja, Tuomei, Schiaffini y Carnacini; los funcionarios de la judicatura Azzariti, Azara, Mandrioli, Lampis, Lugo y Berri; los abogados Rotigliano, Vecchini, Bagnoli y Galuppi; los cancilleres Campana y Stefani y el subsecretario de justicia Putzolu.

¹⁰¹ . Calamandrei, *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, Tomo I, cit., p. 393.

Sin embargo, también era conocida la admiración de Mussolini hacia Napoleón y, por consiguiente, su deseo de legar a la posteridad, como él, un conjunto de códigos vinculados a su nombre. Con esta lectura se puede compartir que [...] “si el nuevo código procesal civil puede, con entera justicia, por lo que hace al tiempo y a la iniciativa, ser designado como mussoliniano, nada autoriza en cambio a presentarlo como fascista, ni por los adeptos ni por los enemigos de este credo o desvarío, político. Tan no es fascista el código, que podrá sin la menor dificultad seguir rigiendo en una Italia democrática y liberal, y trasplantarse o influir en países refractarios por completo al totalitarismo. Ciertamente que el código refuerza, en comparación con el de 1865, los poderes del juez como director del proceso, pero aparte de que a la vez los ha debilitado con respecto al Proyecto Solmi, si esa orientación bastase para etiquetar de fascista en los dominios procesales, íbamos a tener, por ejemplo, que colgarle el sanbenito nada menos que a Klein y Chiovenda, pese a que la legislación por el primero fabricada para Austria y la mayor y la mejor parte de la obra del segundo son anteriores al advenimiento del fascismo...”⁽¹⁰²⁾ ⁽¹⁰³⁾.

La reforma trabajó en distintos niveles de interés. No fue solamente el problema técnico el dilema a superar, sino epígonos trascendentes como evitar la actuación contraria a la buena fe; acentuar el carácter público del

¹⁰² . Carnelutti, Francesco, *Sistema de Derecho Procesal Civil*, tomo I (Apéndice Código de Procedimientos Civil), traducción de Niceto Alcalá Zamora y Santiago Sentís Melendo, Cárdenas editor, México, sin fecha, ps. 401/402.

¹⁰³ . Fue Calamandrei, quien expuso dando un perfil de Giuseppe Chiovenda (*Revista de Derecho Procesal*, año V [1947], 1ª parte, p. 339) que, visto desde fuera, el código de 1940 tuvo una paradoja: que entre los códigos “fascistas” figuró también este nuevo código de procedimiento civil, que en realidad, si se le quería precisamente aplicar una etiqueta política, habría debido más bien ser calificado como un código de oposición (y, en efecto, entonces no faltaron los ortodoxos que, dándose cuenta de ello, se indignaron); no sólo porque a la revisión técnica del proyecto fueron invitados estudiosos públicamente conocidos por ser extraños o en absoluto abiertamente hostiles al régimen, sino, sobre todo, porque la sustancia del código era una enérgica reacción contra aquel deslizamiento de la justicia hacia la jurisdicción voluntaria y hacia la ilegalidad policial y paternalista, que en los mismos años se llevaba a cabo metódicamente en Alemania, y al mismo tiempo, una consciente adhesión a aquella armónica concepción de la jurisdicción civil que Chiovenda había puesto como centro de su sistema, en el cual queda superada la vieja teoría privadística que veía en la acción una función del derecho subjetivo individual, pero es, al mismo tiempo, rechazado el extremismo de la concepción contrapuesta (que después llegó a ser ley en Alemania), que disuelve el derecho subjetivo en el interés público, y que en el proceso civil, al par que en el penal, ve solamente un instrumento de represión, no ya una garantía de libertad.

proceso sin perder de vista el carácter privado de la relación controvertida; la introducción de la oralidad que en realidad es un proceso sustanciado por audiencias; la puesta en práctica del principio de preclusión elástica de las deducciones, que no significó evitar la actuación del principio de eventualidad; entre otras cuestiones reglamentadas.

Pero donde mayores réplicas se encontraron fue en el poder de disposición. Allí explicó Calamandrei que [...] “en realidad, el nuevo código ha reducido notablemente, en el curso ulterior del proceso, el ámbito dejado al impulso de la parte, y ha aumentado igualmente el impulso oficial; pero no hasta el punto de sustituir enteramente éste a aquél (véase Relación de Grande, nº 28). También aquí se ha debido dejar en vigor el sistema del impulso de parte, siempre que el mismo podía aparecer como una consecuencia del poder de disposición de las partes sobre la relación sustancial...”⁽¹⁰⁴⁾.

Esta mención tomada como ejemplo, más otras que muestran como actúa el interés personal e individual (v.gr.: conciliación, transacción, suspensión, etc.), señalan el error de confundir el publicismo con una escalada inquisitiva.

Es más, hasta incurre en una confusión terminológica pues el empleo de la expresión “inquisitorio” se presta a simulaciones no queridas, como sostener que un proceso que avanza a instancias del impulso oficial es inquisitivo como lo fue en el espíritu de la Santa Inquisición⁽¹⁰⁵⁾.

¹⁰⁴ . Calamandrei, *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, Tomo I, cit., p. 399.

¹⁰⁵ . Atinadamente dice Taruffo que debe hacerse una primera observación, de carácter terminológico, que concierne al empleo de la expresión «inquisitorio». Este término está tan cargado de implicancias retóricas que lo hacen confuso o -en el mejor de los casos- inútil. Las implicancias retóricas son normalmente usadas con el objetivo de dar una valoración negativa a todo aquello a lo que se refiere (evocando más o menos explícitamente el espíritu de la Santa Inquisición, en cuyos procesos el investigado no tuvo ningún poder de defensa ante un tribunal omnipotente). El término «inquisitorio» es, por tanto, confuso porque no ha existido nunca, y no existe hoy en ningún ordenamiento, un proceso civil que pueda considerarse verdaderamente inquisitorio: es decir, en el que las partes no tengan derechos o garantías y todo el proceso sea impulsado de oficio por el juez. De otra parte, no es el caso que la tradicional contraposición entre *proceso adversarial* y *proceso inquisitorio* esté privada de validez sobre el plano de la comparación entre modelos procesales. Por estas razones parece particularmente útil una operación de terapia lingüística consistente en dejar de usar el término «inquisitorio», al menos con referencia al proceso civil. Es más oportuno hablar de modelos mixtos para indicar aquellos ordenamientos procesales -que actualmente son muy numerosos- en los que se prevén extensos poderes de instrucción al juez*, junto a la plena posibilidad que

Calamandrei, explicando el sistema, decía que el sistema previsto para el impulso procesal era un intermedio entre el que tiene la parte y el que el juez estimula; porque, en definitiva, los litigantes son quienes conservan el poder de disponer de la causa, pero la dirección del proceso debe ser dejada en manos del juez (¹⁰⁶).

Pese al largo tiempo transcurrido desde que estas líneas se escribieran, y que el debate pareciera acabado por la perfecta alineación de las reformas procesales del mundo del *civil law* al llamado proceso “publicístico”, por el cual el juez es director del proceso; una vez más se retorna a argumentos superados para encontrar en esos poderes de la jurisdicción un abuso de autoridad que pone el proceso en clara situación de autoritarismo procesal (¹⁰⁷).

No queremos decir con ello que la mayoría obtenga razón por consenso, sino que quizás, el debate esté mal planteado (¹⁰⁸), pues la impronta de la reforma no fue perseguir la sustitución del interés privado

las partes tienen de deducir todas las pruebas admisibles y relevantes para la comprobación de los hechos (Taruffo, Michele, *Poderes probatorios de las partes y el juez en Europa*, en Ius et Praxis, volumen 12 nro. 2, Talca, 2006, ps. 95 y ss.).

¹⁰⁶ . Calamandrei, *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, Tomo I, cit., p. 402.

¹⁰⁷ . Dice Montero Aroca: [...] “A pesar de que se ha estimado, pues, que el *Codice* de 1940 era chiovendiano y no fascista, y que en él se asumió el pensamiento chiovendiano sobre la oralidad, ello no es cierto. El nombre del Maestro se utilizó para justificar la concepción publicista del proceso, es decir, aquello que hace que el Código tenga base ideológica fascista, y desde luego en el Código no se asumió la concepción chiovendiana de la oralidad [...] Se trata de que la base ideológica del Código, que es y no podía ser de otra manera fascista, no era la de Chiovenda, por mucho que éste participara de una concepción en buena medida autoritaria y no liberal de las relaciones entre Estado e individuo. Chiovenda se había mostrado en desacuerdo con Menger, hablando de la necesidad de ser más prudente, aunque no puede desconocerse que se ha llegado a afirmar que es un precursor del fascismo. En cualquier caso no puede olvidarse, que incluso Calamandrei sostuvo, no ya en la *Relazione al Re*, de la que es autor, sino en obra científica propia y con autoría reconocida públicamente, que “el nuevo Código habría podido, teóricamente, adoptar el sistema propio del proceso penal, consistente en introducir el absoluto imperio del impulso de oficio, desvinculando el mecanismo procesal, una vez puesto en movimiento, de cualquier otra injerencia de las partes” (*Instituciones de Derecho Procesal Civil*, p. 212). Por este incierto camino acabará diciendo algún discípulo que el Código dio pocas facultades al juez civil...(*La nueva ley de enjuiciamiento civil española y la oralidad*, cit., passim).

¹⁰⁸ . Pico I Junoy, Joan, *El derecho procesal entre el garantismo y la eficacia: un debate mal planteado*, en “Proceso Civil e Ideología”, AAVV, coordinada por Juan Montero Aroca, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2006, ps. 109 y ss.

por el del Estado en el proceso, sino, en todo caso, observar al litigio desde la perspectiva jurisdiccional.

4. La ideología dominante en las reformas

En el primer capítulo de este libro se introdujo el problema ideológico que importa considerar cada uno de los principios procesales. Observamos como se desplaza la corriente garantista poniendo de relieve el tiempo y las circunstancias de cada reforma para emplazar al código italiano de 1940 como un auténtico código fascista (¹⁰⁹); y cuáles son los argumentos que ofrecemos como contracara de ese pensamiento, sin negar el tiempo histórico ni privar al intérprete de otras lecturas.

¹⁰⁹ . Montero Aroca (ob. cit., passim) transcribe una parte de la Relación de Grandi para cimentar su argumentación. Allí se lee: “Si el Código de 1865 fue, por razones históricas que quizá ni siquiera fueron advertidas por sus autores, expresión de las premisas individualistas que estaban en la base del Estado liberal, el Código de 1940 quiere ser, con conocimiento decidido, expresión histórica del Estado fascista y corporativo. El fortalecimiento del principio de autoridad del Estado se proyecta y se traduce necesariamente, en el proceso, en un fortalecimiento de la autoridad del juez; fortalecimiento, con todo, que no se reduce a un simple aumento de los poderes de un órgano del Estado, ni a una ampliación de la injerencia de éste en las relaciones de la vida privada y en la esfera de los derechos individuales del ciudadano, sino que es expresión de un cambio de perspectiva en la valoración de los intereses tutelados y garantizados por el derecho.

En el Estado fascista el proceso no es solamente el encuentro de la libertad del ciudadano con la autoridad del Estado, provocado por la necesidad de tutelar los intereses del primero; ni es el puro expediente formal para regular el conflicto de los intereses privados y para terminar el litigio entre sus titulares. El Estado fascista no niega los intereses privados, sino que antes al contrario reconoce la importancia de los mismos como impulsores de iniciativas privadas y por tanto los tutela; y no existe verdadera tutela de intereses que no se refleje en un fuerte sistema procesal. Pero esta tutela no es un fin en sí misma, pues no existe, en nuestro ordenamiento, interés que no sea tutelado en función de su valor social y, en definitiva, de los superiores intereses de la Nación. Por tanto en el Estado fascista el proceso no es sólo lucha de intereses, sino instrumento para la composición fecunda de los mismos y, sobre todo, instrumento para asegurar, no sólo un ordenado sistema de vida social, inspirado en los supremos fines del Estado, sino también para asegurar, por medio de la aplicación de las normas jurídicas que regulan la vida de la Nación, la realización en las relaciones privadas de los intereses supremos de ésta. Y, sobre todo, es instrumento para realizar la que la palabra del *Duce* ha indicado como meta de la Revolución fascista: una más alta justicia social”.

De algún modo son las idas y vueltas que tiene la historia del mundo en la consideración de un mismo problema. A grandes trazos vemos que la Ordenanza de Luis XIV, es la obra procesal de quien está consagrado a la monarquía. No es tan preciso el aislamiento del juez que señala parte de la doctrina, sino todo lo contrario. De algún modo esto recién se consigue con las variaciones que introduce el código francés en 1806.

Lo mismo está representado en la legislación prusiana del siglo XVIII, que iniciada bajo el reino de Federico el Grande, culmina con el *Corpus Juris Fridericiarum* de 1781 donde el juez tiene verdadera actuación inquisitiva (que fue el germen de la Ordenanza General para los Estados prusianos de 1793), aunque el poder jurisdiccional fue neutro porque se trató de instituir un sistema administrativo de justicia civil, en la cual la función propia del abogado fue sustituida con los oficiales judiciales que ocuparon ese lugar (¹¹⁰).

Por eso el cambio trascendente comienza a partir de las codificaciones de la revolución francesa. El siglo XIX no quería un juez activo; le acotó el marco de actividad a la aplicación de la ley. El principio dispositivo se explica desde la perspectiva del particular sin hacer mención al rol que tiene y ocupa el juez en el proceso. Como antes era fácil advertir la influencia del Estado en los intereses subyacentes en cualquier proceso, el reducto de ellos se limitó a los derechos individuales, es decir, a la “cosa entre partes”.

Este modelo es el que recibe América al tiempo de su independencia y organización institucional. La curiosidad está en que la impronta para sus procedimientos lo toma mayoritariamente de la Ley de Enjuiciamiento Civil española de 1855, pero la estructura constitucional referida a la custodia del principio de la supremacía, corresponde por adopción al diseño de Estados Unidos de América (confianza en los jueces).

Con Klein se vuelve a replantear la cuestión del interés jurídico relevante y la influencia que tiene el proceso en las actividades públicas. El individualismo se pone en discusión tras afirmar que el Estado se sirve del proceso para la realización de sus fines.

Ahora bien, en el análisis no se pueden eludir las contingencias propias por las que atravesaba cada continente. La Europa del siglo XIX fue muy diferente en su estado de cosas después de la primera guerra mundial.

¹¹⁰ . Wyness Millar, Robert, *La reforma procesal civil en la legislación de las naciones*, Revista de Derecho Procesal 1950-I, p. 13, Ediar, Buenos Aires, año VIII (1950).

Hasta que ello ocurre, la democracia quería consolidarse y para ello fue preciso dar reglas a la participación. En materia judicial el individualismo reinante en los procesos provocaba resentimiento en las bases de esa democracia, y de allí que se instara al cambio en las reglas y estructuras. La insistencia con la oralidad, antes que la preferencia por una técnica, fue una cuestión de política procesal.

Así lo muestran, entre otros testimonios, el proyecto *Orlando* (“Nuevas disposiciones en torno al orden y a la forma de los juicios”) que seguía las ideas de Mortara y que nunca pudo debatirse al quedar disuelto el Parlamento. El siguiente Ministro de Justicia fue Vittorio Scialoja, que impulsó una reforma absoluta basada totalmente en la aplicación de la oralidad en los procesos.

Y fue también la oralidad el pensamiento aplicado como estrategia para resolver los conflictos asentados en las demoras judiciales; en el comportamiento de las partes en el proceso; en el control sobre las alegaciones y la producción probatoria, entre otras.

En cambio en América, una a otra, cada nación constituida se fue organizando con legislación de las colonias y propia que adoptaron, también, usos y costumbres. En materia procesal ha sido notoria la influencia de la Ley de Enjuiciamiento civil española, antes indicado. Para fines del siglo XIX muchos contaban ya con códigos adjetivos, todos ellos seguían ideas individualistas, propias de un tiempo donde la voluntad y la libertad humana eran el objeto central de las preocupaciones sociales.

Señala Couture, al respecto, que [...] “Toda la codificación americana parece tener como coloración característica el respeto de la autonomía de la voluntad: la parte omnipotente frente al juez atado por los intereses de los particulares... Puedo, sin embargo, afirmar que aquellas primitivas fórmulas tan diáfanos del siglo VII se han desnaturalizado y han perdido sentido. Comienza ahora, a través de una reelaboración, impuesta por el aumento de los juicios y su siempre creciente complejidad, el culto de las formas. Pero de unas formas tan especiales y tan características que, a pesar de estar alimentadas por la voluntad individual, parecería que se van devorando al individuo. Nace un nuevo ritualismo de la justicia, imperioso, dominador y dueño de los hombres y de los actos” (¹¹¹).

Aquel individualismo que caracterizó prácticamente todas las cuestiones que deben plantearse en una controversia (son partes: quienes

¹¹¹ . Couture, *Trayectoria y destino del derecho procesal civil en Hispanoamérica*, en “Estudios de derecho procesal civil”, Tomo I, cit., p. 215.

ostentan derecho subjetivo; son ellas quienes aportan los hechos y plantean pretensiones; el juez no puede alterar lo pedido y menos aun incorporar hechos que no fueran dados por escrito y expresamente; la prueba es una tarea [carga] del que afirma; la sentencia solo tiene utilidad para quien resulta vencedor; solamente éste puede impulsar la ejecución forzosa, etc.) fueron al menos alteradas con el impacto de la conflagración mundial.

El Pacto de Versalles que instaló la sociedad de las naciones mudó los intereses de los pueblos hacia la agrupación de ellos. La mutua interacción; la cooperación, la protección colectiva antes que el resguardo singular. En fin, esta suma de valores fue cambiando los ideales. El impacto del industrialismo aumentó la fuerza para impulsar los derechos colectivos, y la funcionalidad de los jueces para articular estos cambios y novedades; se regresó a la plataforma científica de Wach y Von Bülow, que tan bien lo había consagrado en la legislación Franz Von Klein.

Pero llegó la segunda mundial, y el planteo ideológico que estaba sembrado entre kelsen (presenta la defensa de sus ideas en 1928 con el libro *“La garantía jurisdiccional de la Constitución”*) y Schmitt (ideólogo del nazismo, que replica en 1931 con su obra *“El custodio de la Constitución”*), que había conseguido decisiones trascendentes como la creación de Tribunales Constitucionales en Checoslovaquia y Austria, queda obstruido y difuso. Recién después de 1948 recobrará interés y, esencialmente, la toma de decisiones en otros países (¹¹²).

En plena beligerancia, Italia resuelve ordenar su sistema procesal civil (en 1937 el fascismo presenta la Relación del proyecto preliminar del ministro Solmi); también entre 1935 y 1939 existe una abundante doctrina alemana que quiere expresar en un código las bases del ideario nacionalsocialista (¹¹³); lo mismo sucede en Polonia (1932, abolido con la ocupación alemana en 1933); o en Suecia y Portugal.

El común denominador es la “oralidad” y las reglas de la producción probatoria. En este esquema es preciso un juez que dirija y controle el

¹¹² . Este es una segunda etapa de los Tribunales Constitucionales. Este período se inicia con la reinstalación de la Corte Constitucional de Austria en 1945 (que había sido desplazada por un Tribunal federal en la Constitución de 1934, tras el golpe de estado de 1933). En los años siguientes se dio la expansión en Europa occidental al crearse los tribunales constitucionales de Italia (1948), el Consejo Constitucional francés (1948), el Tribunal Constitucional de Turquía (1961, refundado en 1982), el Tribunal de Yugoslavia (1963, 1974) (Cfr. Ferrer Mac Gregor, Eduardo, *Los Tribunales Constitucionales en Iberoamérica*, Fundap, Querétaro, 2002).

¹¹³ . Couture, *Trayectoria y destino del derecho procesal civil en Hispanoamérica*, en “Estudios de derecho procesal civil”, Tomo I, cit., p. 231.

debate, a cuyo fin se toma el modelo que había implementado en Austria Franz Klein, característica que Cappelletti ha llamado como “tendencia evolutiva de todos los ordenamientos procesales modernos”⁽¹¹⁴⁾ ⁽¹¹⁵⁾.

Fue una decisión arriesgada por la transformación absoluta del sistema; pero, a su vez, tenía el apoyo de la doctrina y pocas resistencias al cambio. Quizás, el arrebato más fuerte fuera el proyecto Solmi, y por tanto su debacle y la búsqueda de un consenso y prestigio asegurado. Es tiempo del fascismo, sí, porque negarlo, pero ¿Cuánto de fascista tiene el código?

¹¹⁴ . Cappelletti, Mauro, *La oralidad y las pruebas en el proceso civil*, Ejea, Buenos Aires, 1972, p. 119.

¹¹⁵ . Es cierto que esta evolución la discuten varios “revisionistas”, como Cipriani, que sostiene [...] “En cuanto, igualmente, a la concepción publicística del proceso civil, es ya, probablemente, el tiempo de decir que los estudiosos ajenos al pensamiento de Klein no pueden ser considerados como seguidores de una ya superada concepción privatista o, peor aún, individualista de la justicia civil. Tales ideas podrían tenerse en los tiempos de los fueros personales y hereditarios, pero, desde que la jurisdicción devino, con el Estado moderno, una prerrogativa exclusiva e inalienable del Estado, nadie ha tenido jamás una concepción privatista del proceso civil y todos han coincidido en advertir que el Estado siempre se ha preocupado de la administración de la justicia y quiere que los procesos se desarrollen en la mejor y más racional de las formas. Luego, es un mero artilugio dialéctico, sino propiamente una *boutade*, considerar a los Pescatore, Pisanelli y los Mattiolo (por no hablar de los Mortara y del primer Chioventa) como personas que no se daban cuenta de la importancia que tiene el proceso para el Estado o como estudiosos que han escrito sus libros para demostrar que el Estado debe desinteresarse del proceso civil. Más bien es todo lo contrario, pues parece cierto que aquellos estudiosos eran legalitarios y tenían una concepción garantista del proceso civil, una concepción que los llevaba, por un lado, a combatir por la independencia del juez frente al Ejecutivo (problema que debía hacer sonreír a Klein...) y, por el otro, a no fiarse más de lo necesario en el juez, con el convencimiento que los jueces son «hombres como los demás» y que, ampliando los poderes directivos discrecionales del juez, se deja a las partes a merced del juez, de sus errores y de sus eventuales abusos: no en vano Luigi Mattiolo enseñaba que el proceso «representa la necesidad de sustituir la *licencia* y el *arbitrio* de las partes y del juez por el *sistema de la legalidad*».

Hay que agregar que nunca nadie ha pensado, ni piensa, que las partes deban dirigir el proceso, tanto es así que, con nuestro viejo código, la dirección correspondía al juez y no ciertamente a las partes. Pero, parece evidente que, una cosa es dar al juez los poderes estrictamente necesarios, y no por ello poco vastos, para dirigir el proceso y otra muy distinta es establecer que el juez pueda hacer todo aquello que considere oportuno o, peor aún, que en el proceso civil no se pueda mover un dedo sin el permiso del juez (*En el centenario del Reglamento de Klein (El proceso civil entre autoridad y libertad)*, Rivista di diritto processuale, 1995, ps. 968-1004).

Si queremos precisar el sentido que tiene apoyar a la “autoridad del juez en el proceso” como un principio, es necesario adoptar una posición clara y concreta que se puede simplificar en dos cuestiones optativas, o: *a)* se prefiere que el proceso sea una cuestión estricta de las partes, donde tanto la introducción de la instancia, el desarrollo de la misma, el aporte de los hechos, la verificación o confirmación de lo alegado y afirmado, y la carga probatoria queden solamente como una cuestión entre particulares, esperando que la actividad realizada persuada o convenza al juez sobre las razones y el derecho a una sentencia favorable; o *b)* admitimos que el juez tiene la dirección formal del proceso, lo que significa otorgarle el poder de decidir el modo, el impulso y la selección de los medios que las partes hayan propuesto para demostrar a verdad de sus dichos.

En nuestra opinión, la finalidad del proceso civil no se puede tomar desde una confrontación entre “intereses individuales” y “necesidades del Estado”. Si éste se valiese del proceso judicial para la obtención de sus fines, mudaría el espíritu romano de la justicia, conceptuada idealmente a través de los siglos como la esperanza y confianza del hombre en las respuestas judiciales. Si, en cambio, fuese el hombre el conductor del litigio, el individualismo que también supone egoísmo, gozaría de tutela y preeminencia desplazando toda finalidad social.

Esta aparente antítesis entre sistemas distintos tiene, no obstante, una armonía implícita en los poderes que ostenta la jurisdicción, y aquellos que tienen las partes en su lucha por el derecho. Poderes, en el sentido de posibilidades del juez para llevar a buen puerto su magisterio. También, interpretados como facultades de control hacia las partes y hacia el Estado (sea mediante los correctivos de conducta, sea por las posibilidades concretas de declarar la inconstitucionalidad de las leyes o la ilegitimidad de una resolución administrativa).

En el justiciable, hablamos de poderes para consagrar la trascendencia del principio dispositivo, es decir, en confiarle a su exclusiva decisión tanto el estímulo de la función jurisdiccional, la afirmación auténtica de los antecedentes de hecho, como la aportación de los materiales de prueba sobre los cuales, en definitiva, ha de recaer la sentencia (¹¹⁶).

Ambas situaciones determinan una decisión política a conformar. Así, bien puede implicar el principio la formulación de un hecho que se

¹¹⁶ . Morello, Augusto M. – Sosa, Gualberto L. – Berizonce, Roberto O., *Códigos procesales en lo civil y comercial de la provincia de Buenos Aires y la Nación*, Tomo I, Platense – Abeledo Perrot, 1982, p. 570.

quiere obtener en base a la colaboración; bien puede también, ser nada más que una expresión de deseos.

La igualdad procesal debe estar en la base del sistema, esto es, en la acción y en la contradicción, para que desde allí el proceso se sustancie en situaciones de equidistancia, sin ventajas o privilegios indebidos. No se trata solamente de esbozar un conjunto ético de principios y políticas deseables, sino de observar el fenómeno del desarrollo a través de un proceso justo que asegure el debido proceso constitucional.

Es indudable que los poderes sopesan y equilibran sus posibilidades con los deberes y cargas que impone el litigio. Tanto el juez como las partes reciben del ordenamiento esas pautas de peso y contrapeso para obtener la igualdad sin preferencias. Por ello, el problema del equilibrio procesal, tanto del juez frente al Estado, como de las partes frente al juez, no se logra invistiendo a unos, de mayores facultades que a otros, sino a través de la moderación y la prudencia propia en toda situación balanceada.

De otro modo, nuestro problema ya no sería el avance del Estado sobre los otros poderes de gobierno, o del juez sobre las potestades de las partes, para centrarlo sino, en la encrucijada que genera el magistrado dentro del esquema trazado. Es decir, todo redundaría en una cuestión de equilibrio indispensable.

Decía Wyness Millar que [...] “El acrecentamiento de las facultades del juez, en cuanto a la dirección del proceso, es un hecho visible de la reforma en el Continente. Bajo los viejos sistemas continentales los principios como aquel que permite a las partes el adherirse o no a un estado determinado de la causa, el utilizar o no cualquier material útil para la decisión, el proseguir o dilatar el progreso de la acción, hacer de la corte un instrumento pasivo que aguarda lo que se deposite ante ella, transformándola en una <máquina de juicios> [expresión de Sperl] prevalecieron rigurosamente, a diferencia de lo ocurrido en nuestro sistema. Los nuevos procedimientos sin descartar totalmente estos principios se han alejado de ellos en muchos aspectos y han conferido a los tribunales un mayor ámbito de autoridad, de ningún modo dependiente de la iniciativa de las partes. No solamente este incremento del poder se relaciona con la dirección del proceso, sino también concierne a la adecuada búsqueda de la verdad...”⁽¹¹⁷⁾.

Entonces, si el primer paso está en reconocer cuáles son los roles del juez y de las partes, prontamente se advierte que en la historia del debate

¹¹⁷ . Wyness Millar, b. cit., ps. 23/24.

hay una coincidencia: el control de los presupuestos procesales, que fue una innovación sobre el modelo individualista, *le corresponde al juez*.

Esto no se discute, pese a los actuales contrafrentes que tiene la admisión del principio de moralidad (la buena fe en el proceso) como veremos en su lugar.

El segundo momento es la variación del aporte de los hechos sobre el que se desprenden contradicciones cuando se interpreta que la iniciativa probatoria del juez afecta el principio dispositivo. Este es el punto máximo de conflicto.

En este aspecto, las afirmaciones que hacen las partes no pueden estar amparadas por la persecución de ficciones que escondan la verdad. Hay una obligación de decir la verdad en el proceso pese a las dificultades técnicas y teóricas que para ello pueden hallarse. Con este objetivo, la disponibilidad de las pruebas agudiza la pertenencia de ellas.

Según Cappelletti [...] “La abolición, aún total, del poder monopolístico de las partes respecto de las pruebas, es un aspecto de la sustracción del poder de dirección formal del proceso. Este ya no es cosa de 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 derecho suyo, les queda a ellas el poder exclusivo de determinar los límites esenciales de la acción –límites subjetivos (*personae*), objetivos (*petitum*), causales (*causa petendi*)- y por consiguiente los límites esenciales de la decisión y del fallo. El juez no puede ni obrar de oficio, ni sobrepasar aquellos límites queridos y determinados por las partes privadas... Pero sobre este núcleo, dejado a la exclusiva 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, 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 retardatorias de alguna de las partes, y regulados en cambio por la ley misma con normas absolutas, bien –y más a menudo- por el juez con poderes discrecionales, en el ejercicio de los cuáles él podrá y deberá tener en cuenta las concretas exigencias del caso, en un espíritu no de vejación, sino de activa colaboración de las partes” (¹¹⁸).

¹¹⁸ . Cappelletti, *La oralidad y las pruebas...*, cit., p. 127.

Este sería el justo medio de las potestades, la dirección formal del proceso en manos del juez; los márgenes de la alegación y excepciones, radicados en las partes, y la prueba en el marco de una solidaridad o colaboración de todos para lograr la verdad. No se tratará, entonces, de confrontar quien tiene más poderes, o si alguien pierde facultades, u otro obtiene ventajas, porque, en definitiva, el verdadero equilibrio estará en el papel que el juez ocupe en el proceso, más que en los principios que enuncie el ordenamiento

5. La autoridad en el código procesal

Evidentemente, la voz *autoridad* contrae algún riesgo interpretativo que pasa más por lo idiomático que por la situación real afrontada. Ocurre que en la historia del proceso civil, la figura del juez ocupó implícitamente aspectos políticos que el tiempo fue reciclando.

En nuestra materia es muy importante atender la función y los poderes que el juez puede cumplimentar, sabiendo diferenciar que, en la jurisdicción ordinaria, los jueces latinoamericanos tienen más poderes que el europeo, que si bien puede hacer control de constitucionalidad, no puede declarar la inaplicabilidad de una norma.

Todo proceso rinde tributo al brocárdico *judex debet judicare secundum allegata et probata*, por el que observamos la natural prohibición dirigida al órgano judicial para asumir pruebas que no fueran aportadas por las partes; también debe atenderse que la bilateralidad, la contradicción, la sentencia y los efectos de la cosa juzgada, en alguna manera, difieren cuando la materia versa sobre conflictos constitucionales o derechos humanos, *lato sensu*.

En sus orígenes el proceso civil se formó e implementó como una cuestión entre litigantes. Fue una lucha, y como en toda lucha, solo había ganadores y perdedores. Conserva, entre otros, este mensaje el tema de las costas procesales.

Pero con Chiovenda y el firme impulso por la oralidad, se comprendió que la función del juez no podía quedar tan pasiva. No debía ser un espectador de lujo en la controversia, sino un activo director que podría exigir de las partes algo más que el desempeño técnico.

El pasaje del proceso de manos privadas al interés público transformó la consideración del principio de autoridad. El *quid* no está asentado, desde entonces, en la mera facultad de ejecutar lo juzgado, sino en un

conjunto de atribuciones que polarizan su presentación, cual las dos caras del "dios Jano".

Ahora bien, la pregunta que corresponde hacer versa sobre la "pertenencia" del proceso. Auténticamente, ¿resuelve conflictos personales, o son derechos subjetivos públicos que trascienden el interés privado? y en su caso, ¿las potestades jurisdiccionales son iguales en todo tipo de proceso?

Procuremos algunas respuestas:

Hemos señalado la identificación del proceso romano con el proceso civil moderno, ambos dominados por el principio de la libre convicción del juez. En Roma el proceso fue oral y también se pretendió instalar desde el siglo XIX. Pero lo cierto fue que esta técnica de exposición y representación, fue lentamente desapareciendo.

De este modo, nuestro procedimiento se orquestó sobre la base de un sistema escrito, tanto en la materia común como en la ejecutiva. El proceso no tenía autonomía conceptual, se observaba como un mero orden ritual de seguimiento al derecho conflictuado. Como tal, sólo a las partes interesaba el contenido del litigio y en aquél, el juez aparecía como un árbitro encargado de dirimir la contienda sobre el recuento de las pruebas producidas.

De esta suerte de breve compilación de la historia del proceso, surgen dos líneas que determinan en lo sucesivo el destino del derecho procesal: el *procedimentalismo*, que se ocupa de analizar el sistema desde la visión del derecho aplicado, teniendo en cuenta para ello que el litigio es un debate entre derechos subjetivos disputados. Por eso se otorga relevancia a la disponibilidad de las partes tanto para ordenar el procedimiento, como para decidir el curso de sus intereses sin participación de la voluntad estatal. El juez, es solamente un decisor que no se compromete con otra finalidad que no sea aquella que las partes proponen.

Por su lado el *procesalismo*, creó las bases de la moderna ciencia procesal, estructurada en los tres pilares clásicos del asentamiento de la materia: jurisdicción, acción y proceso. Cada una de ellas destaca su interacción, de modo tal que, pensar en un esquema donde se encuentra ausente una de estas columnas es destruir el edificio en que se construye la teoría general. El procesalismo no atendió principalmente el interés privado, privilegió el interés social. Procuró llegar a la verdad del conflicto a través de los poderes deductorios otorgados al juez, evitando el modelo desigual e insatisfactorio del sistema dispositivo.

También la transformación significó satisfacer un interés privado, y el proceso tuteló, entonces, sólo trascendencias del sujeto particular que podían o no afectar al Estado o a toda la sociedad.

El siglo XX importa un cambio importante, sobremanera en la forma de considerar al proceso civil como "cosa" exclusiva de partes.

La concepción social cobra fuerza a partir de la influencia constitucional en el proceso, y del activismo que regresa hacia el juez como director del proceso.

La publicización eleva al litigio dentro de la esfera del derecho público, y por él se entiende que un individuo que acude a la jurisdicción no persigue ya solamente un interés privado sino que, por vía de la despersonalización del derecho subjetivo y de la socialización del derecho, muda hacia un marco de protección que considera la situación global de la sociedad.

Hoy en día esta línea directriz parece consagrada: el proceso es público, porque aun resolviendo conflictos privados, generaliza sus respuestas dando pautas de convivencia social.

También es cierto que el proceso actual no es una historia de batallas, de derrotas y victorias. El epicentro de sus inquietudes se orienta hacia lo que se ha llamado el elemento humano del procedimiento, lo que un congreso internacional convocó como lema: hacia una justicia de rostro más humano.

Quizás tampoco sea éste el sistema más ventajoso; ni siquiera puede asegurarse como definitivo, porque precisamente las cosas del derecho son absolutas y permanentemente mutables, donde las mejores intenciones del realizador llevan implícito el riesgo de lo colectivo. Tal como ha dicho Grosso "la experiencia del hombre de derecho lo obliga a darse cuenta de su doloroso pero también glorioso destino de perenne relatividad y mutabilidad".

La caracterización del ordenamiento procesal y específicamente, la movilidad que pueda tener el juez en el proceso, debe analizarse, entonces, a partir de un criterio jurídico, sin negar la utilidad que presta como herramienta política.

El juez neutral, fue llamado *juez espectador*, por su característica de agente pasivo que asiste al conflicto entre partes tomando de uno y otro la razón que afirme un criterio que incida en su fallo definitivo.

A esta singularización se enfrenta el denominado *juez dictador*, propio de Estados autoritarios donde predominan el principio de

investigación o de aportación de hechos por parte del mismo órgano jurisdiccional.

Este sistema interesa el fenómeno de la desprivatización absoluta del proceso, ingresando no sólo en terreno de lo puramente adjetivo, sino también, en cuanto ocupa al derecho subjetivo (o material). En una concepción intermedia, sin generar el antagonismo que presuponen las corrientes anteriores, se habla del *juez director*.

Este sería un magistrado que potencia sus poderes de iniciativa y dirección. Respecto a la instrucción se confirma el papel activo que le toca asumir en el proceso, confiriéndole una amplia iniciativa en la verificación de los hechos relevantes para la solución del litigio, tal como fue sometido a su conocimiento..

En líneas generales, se robustece el juzgamiento más que la composición, esto es, se dota al juez de poderes – deberes que le permitan llegar a una sentencia justa, sin asignarle otro cuadro que no sea el que las partes concretan.

El uso de estas facultades provoca cierto conflicto con la imparcialidad, la cual resulta respondida con los fines objetivos que persigue el proceso: falla conociendo la verdad más próxima a lo verdaderamente ocurrido (suele denominarse *verdad jurídica objetiva*, pero es un concepto que no nos satisface).

Podemos reconocer aquí, el riesgo de una actuación parcial del juez, que se concretaría si él ejercitase sus poderes en el interés exclusivo de una de las partes. Más el riesgo de la parcialidad ronda al juez, que es y no puede dejar de ser humano, a lo largo de toda su actividad; y la única manera de eliminarlo completamente sería confiar a una máquina la dirección del proceso. Atar las manos al juez en la investigación de la verdad es pagar un precio demasiado alto por la prevención de un peligro que, aún sin tal exorcismo, normalmente permanecerá en "estado de peligro" y sólo en casos excepcionales se convertirá en daño actual.

El remedio más eficaz contra el riesgo de la parcialidad no consiste en argüir obstáculos en el reclamo por la verdad. Consiste sí, en imponer al juez el respeto escrupuloso de la contradicción en la actividad instructoria y la estricta observancia del deber de motivar sus decisiones, mediante el análisis cuidadoso de la prueba producida y la indicación de las razones de su convencimiento acerca de los hechos.

En esta concepción del juez-director del proceso, va inserta la noción de publicidad procesal o "*publicización del proceso*", que puede acoplarse perfectamente con el principio dispositivo porque, en esta materia,

referimos a la conducción del proceso y a la autoridad del juez dentro de la estructura, como artífice para alcanzar la eficacia del servicio jurisdiccional.

PARTE ESPECIAL I

GARANTÍAS

SECCIÓN 1ª: GARANTÍAS IMPLÍCITAS

CAPÍTULO IV

EL DEBIDO PROCESO

1. Introducción

El proceso, en sí mismo, es una garantía. Es una suerte de reaseguro que tienen las personas contra la ilegalidad o la actuación contraria a derecho. Es anterior al conflicto y, por eso, es una garantía abstracta.

Llevado a la práctica, se convierte en un derecho concreto: el proceso tiene que cumplimentar principios y reglas, e implícitamente, asegurar un mínimo de coberturas que custodien el derecho de defensa en juicio, el desarrollo regular del trámite y el derecho a una sentencia motivada y razonable.

En la Constitución Nacional no se encuentra la voz “debido proceso”, al que recurre la jurisprudencia continuamente; por lo general, se entiende que se relaciona con el derecho de defensa, y particularmente, de la defensa penal; pero, a través de la interpretación judicial, se ha desarrollado en fragmentos muy puntuales como el derecho a ser oído, al juez natural, a la igualdad, a la presunción de inocencia y otras que, reunidas, constituyen el debido proceso constitucional.

En pocas líneas diríamos que la Norma Fundamental argentina, hasta su reforma en el año 1994, consideró al debido proceso como una garantía formal relacionada con el modo de extractar un procedimiento, aun cuando al mismo tiempo, reconoció un aspecto sustancial, declarado como principio de razonabilidad (¹¹⁹).

Después de ese año, hay dos fuertes influencias. Una *directa*, que proviene del art. 43 que declara el derecho de toda persona a un proceso rápido y expedito para la defensa de sus derechos constitucionales alterados o amenazados; y otra, *indirecta* –por vía de principio, aunque directa al

¹¹⁹ . Cfr. Gozaíni, Osvaldo Alfredo, *Derecho Procesal Constitucional – Debido Proceso*, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires / Santa Fe, 2004.

corresponder a la incorporación al derecho interno de normas y jurisprudencia de carácter transnacional- que llega de los reglamentos establecidos en los Pactos, Tratados y Convenciones sobre Derechos Humanos.

En conjunto, dieron al debido proceso un contenido más amplio; se despojó de la garantía formal para volcar en exigencias concretas de realización bajo pena de nulidad (v.gr.: condenar sin haber oído al imputado) o inconstitucionalidad (v.gr.: desarrollo amplificado de la doctrina de la arbitrariedad).

Además, estas garantías no quedan a merced del interés que las partes denuncien, porque el cumplimiento depende del juez o el tribunal. Son ellos quienes deben preservar las garantías del proceso, y aplicar el principio de razonabilidad en cada una de las decisiones que adopte (¹²⁰).

2. Aspectos no procesales, sino constitucionales, del debido proceso

Como garantía constitucional originaria, el debido proceso tuvo la idea de limitar el abuso del poder. En principio, consagrando el deber de motivar las sentencias, que antes eran expresiones sin fundamento escrito. Después, con la exigencia de razonar, se aligeró el principio *dura lex sed lex*, que facultaba a los jueces a dar como único apoyo la aplicación de la ley. Finalmente, para evitar la hegemonía absurda de las leyes injustas, se dio al proceso un acumulado de principios internos con la intención de que fueran las partes en conflicto quienes defendieran el interés individual, evitando la aplicación mecánica de preceptos que no tuvieran suficiente discusión.

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. Caracterizó a este modelo la individualidad del interés en el desarrollo y solución del conflicto. Eran los litigantes quienes se

¹²⁰ . Hay varios ejemplos que muestran la aplicación práctica del principio. Uno de ellos podría ser el caso del art. 319 del Código Procesal que faculta al juez a fijar la clase de juicio en resolución que es irrecurrible. Si resuelve que el trámite sea sumarísimo, los desvíos incurridos (v.gr: deducción de reconvenición; decisión de las excepciones defensas como de previo y especial pronunciamiento; ampliación de plazos y términos; alegatos; etc.) son responsabilidad del Tribunal y no de las partes que, por acción u omisión, podrían actuar de ese modo intencionadamente para alterar una regla procesal.

comprometían a 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.

Nuestro modelo instrumental fue tomado con estas especialidades, y en consecuencia, fue común definir que: *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* (¹²¹).

La evolución llegó después de la segunda guerra mundial, especialmente, con la Declaración Universal de Derechos Humanos, cuyo artículo 8 (“*Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo, ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución o por la ley*”) fue el pilar desde el que se podía reclamar el cumplimiento de las garantías puntuales de las demás disposiciones, como:

- a) La igualdad.
- b) El derecho a la vida, la seguridad y, especialmente, la libertad.
- c) La eliminación de la tortura, y las penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes.
- d) Evitar la detención arbitraria y la pena de destierro.
- e) El derecho a la intimidad.
- f) El derecho a circular libremente y a elegir su residencia.
- g) El derecho a la nacionalidad.
- h) Otros.

Asimismo, el proceso penal encontró con el art. 11 (¹²²) un cuadro ampliado de lo que hasta entonces era apreciado como derecho de defensa

¹²¹ . Gozaíni, Osvaldo Alfredo, *Derecho Procesal Constitucional – Debido Proceso*, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires / Santa Fe, 2004, p. 24.

¹²² . Art. 11: 1. *Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa.* 2. *Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueron delictivos según el derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito”.*

en juicio; más allá de que iguales disposiciones estaban presentes en algunos códigos penales como el de Austria y España.

De este modo, la garantía formal se convirtió en una exigencia constitucional ampliada en sus contenidos. No bastaba la cobertura de la defensa sino que ella fuera idónea. Por ejemplo, la condena basada en la confesión tomada bajo apremios ilegales fue nula e inconstitucional por lesionar los derechos de la persona.

Fue así que los derechos humanos trajeron una sustancial reforma y el debido proceso pasó a ser aquél donde se cumpliera con el derecho a tener jueces, a ser oído, y a tener un proceso con todas las garantías.

De ser un proceso legal (centrado en la defensa técnica) 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 (¹²³).

¹²³ . 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 suficiente-mente 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 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

3. El debido proceso constitucional

En orden al significado que tiene, dentro de las *garantías, principios y reglas* del proceso, referir al debido proceso, conviene aclarar que hay dos cuestiones centrales. Por un lado, existe el *debido proceso constitucional*, que está instalado como una garantía anterior al conflicto, y que asegura el derecho a ser oído, por un juez independiente e imparcial, en el menor tiempo posible, ofreciendo un proceso con todas las demás garantías del procedimiento. Por otro, surge el *debido proceso formal*, el cual atiende el desarrollo interno y las coberturas mínimas inalienables que deben aparecer suficientemente cumplidas en el trámite; por ejemplo, la igualdad entre las partes, la bilateralidad permanente, el derecho a la contradicción, a ofrecer y producir prueba, etc.

El primer orden establecido, se vincula con los principios constitucionales donde asienta la jurisdicción y el proceso, pero puede sufrir diferencias según el sistema donde se aplique.

En efecto, el debido proceso constitucional no quiere decir que sea distinto en un sistema o en otro. Tampoco se trata de confrontar la eficacia entre el *civil law* y el *common law*, ni entre los beneficios que reportan o no los Tribunales Constitucionales; el problema aparece en las funciones del juez dentro del proceso.

Con ello queremos decir que, en nuestra opinión la incompatibilidad 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; *juez independiente e imparcial*, concretó el aislamiento de la administración y el Parlamento con quienes debían aplicar la ley, entre otras manifestaciones).

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

carácter o una condición progresiva, donde lo trascendente es destacar su rol como única garantía fundamental para la protección de los derechos humanos (Cfr. Gozaíni, *Derecho Procesal Constitucional – Debido Proceso*, cit., p. 27).

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. Es más, desde la jurisdicción constitucional se han indicado reglas procesales que por ser incumplidas nulificaron el proceso, provocando así, cierta tensión entre las jerarquías de los tribunales ordinarios y el constitucional.

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 juicio justo y equitativo.

4. El debido proceso formal

Rigiendo el trámite ordenado y preciso de cualquier procedimiento aparece el debido proceso formal. En esta dimensión el objeto es lograr que las reglas previstas sean aplicadas. La eventual flexibilidad del presupuesto permite cumplirlo como una suerte de orientación, o directamente como un deber.

En uno u otro caso, es importante 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.

El orden formal impuesto como garantía no significa elevar a este plano las solemnidades del proceso judicial, sino corresponder con los mínimos asegurable, el derecho de toda persona a que en el trámite judicial se le respeten todas las garantías.

Ahora bien, esta exigencia también obtiene una mirada alternativa. Se puede considerar que las garantías procesales son anteriores al conflicto y que, por ello, constatada su omisión, permite exigencias inmediatas; o se analiza en el contexto donde sucede, de manera que solo se puede reparar *ex post facto*.

Por ejemplo, el derecho a tener un recurso sencillo y eficaz que aparece en las convenciones internacionales produce que, ante la inexistencia en el derecho interno, se produzca una trasgresión por el Estado Parte. Y al mismo tiempo, si la omisión se advierte en el curso de una actuación judicial, ello permite denunciarlo como una violación a los derechos humanos requiriendo que se provea lo necesario para remediarla.

5. El debido proceso fundamental (transnacional)

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.

Cualquiera sea el enunciado desde el que se analice el problema, 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.

Hay contenidos modernos, otros que se recrean, y algunos más que nacen desde las propias situaciones o de la coyuntura donde se aplica.

El art. 8 de la Convención Americana 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:

α) Derecho del inculpado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal;

β) Comunicación previa y detallada al inculpado de la acusación formulada;

- χ) Concesión al inculpado del tiempo y los medios adecuados para la preparación de su defensa;*
 - δ) 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;*
 - ε) 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; 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;*
 - φ) Derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, y*
 - γ) 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 juicio 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 juicio 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 varias puntualizaciones en las que anida el deber jurisdiccional de preservar la eficaz prestación del servicio de justicia.

JURISPRUDENCIA

DEBIDO PROCESO LEGAL

*** Corte Suprema de Justicia de la Nación • 23/10/2007 • Moyál, José Armando s/asociación ilícita • M. 2710 XLII**

- Si bien las reglas que rigen la prescripción constituyen materia propia de los jueces de la causa y ajena a la jurisdicción extraordinaria federal, por tratar esencialmente sobre cuestiones fácticas, de derecho común y procesal corresponde examinar el fondo del asunto al verificarse la existencia de una injustificada demora del proceso hasta el punto de comprometer las garantías de defensa en juicio y debido proceso adjetivo (art. 18 de la Constitución Nacional y arts. 7°, inc. 5° y 8° inc. 1° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), circunstancia agravada cuando es dable presumir que hasta la sentencia final podía transcurrir un lapso tan prolongado que, por sí solo, irrogaría al procesado un perjuicio de difícil reparación ulterior. -Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema-
- Corresponde declarar extinguida por prescripción la acción penal y dictar el sobreseimiento definitivo ante lo irrazonable de la duración del proceso siendo arbitrario rechazar el beneficio, debido a que hay una causa en trámite por hechos que interrumpirían la prescripción, máxime si el proceso terminó en una absolucón. -Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema-

*** Corte Suprema de Justicia de la Nación • 23/10/2007 • Zhang Hang c. Estado Nacional – Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto • Z.138 XL**

- 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.

*** Corte Suprema de Justicia de la Nación • 17/10/2007 • Cabezas, Daniel Vicente y otros s/denuncia • C.525 XLIII**

- Si bien tanto la apreciación de las pruebas como la interpretación y aplicación de las normas de derecho común constituyen, por regla, facultad de los jueces de la causa y no son susceptibles de revisión en la instancia extraordinaria, ello no es óbice para que el Tribunal conozca en los casos cuyas particularidades hacen excepción a él con base en la doctrina de la arbitrariedad, ya que con ésta se tiende a resguardar la

garantía de la defensa en juicio y el debido proceso, al exigir que las sentencias sean fundadas y constituyan una derivación razonada del derecho vigente con aplicación a las circunstancias comprobadas de la causa.

COSA JUZGADA

*** Corte Suprema de Justicia de la Nación • 17/10/2007 • Vega Milesi, Francisco Rafael c/Provincia de Santa Fe • V.203 XL**

- Corresponde dejar sin efecto la sentencia que hizo lugar a la revisión de una liquidación que había sido legalmente aprobada y cobrada varios años antes, en violación de la cosa juzgada como también del debido proceso legal, ya que el tribunal debió haber advertido que carecía de facultad para revisar en cualquier momento una liquidación ya efectuada y pagada dado que resultaba extemporáneo el pedido, máxime cuando la demandada había tenido reiteradas oportunidades de plantear la impugnación en debido tiempo y no lo hizo. -Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema-

*** Corte Suprema de Justicia de la Nación • 09/10/2007 • Bravo, David Adrián y otro s/robo calificado - homicidio en grado de tentativa -causa N° 2861/2001-**

- La doctrina de la arbitrariedad tiende a resguardar la garantía de la defensa en juicio y el debido proceso, al exigir que las sentencias sean fundadas y constituyan una derivación razonada del derecho vigente con aplicación de las circunstancias comprobadas en la causa (Disidencia del Dr. E. Raúl Zaffaroni).

BILATERALIDAD

*** Corte Suprema de Justicia de la Nación • 22/12/1998 • De La Torre, Juan Carlos s/ hábeas corpus - causa 550- • Fallos, 321:3646**

- Corresponde dejar sin efecto el pronunciamiento que frustró la finalidad de la acción al optar por una interpretación exactamente opuesta a los caracteres esenciales que modelan el hábeas corpus: no ritualista, intermediación entre el juez y el amparado, y la bilateralidad, que en la especie se tradujo en una afectación directa e inmediata a las garantías de la defensa en juicio y debido proceso del amparado (art. 18 de la Constitución Nacional) (Disidencia del Dr. Gustavo A. Bossert).

*** Corte Suprema de Justicia de la Nación • 12/06/2007 • Amodio, Héctor Luis s/causa N° 5530 • A.2098 XLI**

- El art. 18 de la Constitución Nacional exige observancia de las formas sustanciales del juicio relativas a la acusación, defensa, prueba y sentencia dictada por los jueces naturales, dotando así de contenido constitucional al principio de bilateralidad sobre

cuya base, en consecuencia, el legislador está sujeto a reglamentar el proceso criminal (Disidencia de los Dres. Ricardo Luis Lorenzetti y E. Raúl Zaffaroni).

*** Corte Suprema de Justicia de la Nación • 13/08/1998 • Santillán, Francisco Agustín s/ recurso de casación • Fallos, 321:2021**

- El art. 18 de la Constitución Nacional exige la observancia de las formas sustanciales del juicio relativas a la acusación, defensa, prueba y sentencia dictada por los jueces naturales, dotando así de contenido constitucional al principio de bilateralidad sobre cuya base el legislador está sujeto a reglamentar el proceso criminal.

*** Corte Suprema de Justicia de la Nación • 08/02/1994 • Caja de Crédito Flores Sud Sociedad Cooperativa Limitada c/ Coelho, José y otra • Fallos, 317:53**

- Corresponde dejar sin efecto la sentencia que revocó una resolución por estimar que había existido contradicción entre sus fundamentos y su parte dispositiva, omitiendo considerar las afirmaciones de la recurrida en el sentido de que debía declararse su nulidad porque de lo contrario se afectaría su derecho a la doble instancia y se menoscararía el principio de la bilateralidad del proceso.

*** Corte Suprema de Justicia de la Nación • 10/11/1992 • La Editorial SA. c/ Estado Nacional s/ daños y perjuicios • Fallos, 315:2625**

- La misión de los jueces no se cumple adecuadamente sino haciendo efectivo el derecho del art. 18 de la Constitución Nacional mediante el primado de la verdad jurídica objetiva, lo que los faculta a valerse de todas las constancias obrantes en la causa para esclarecer los hechos debatidos. El ocultamiento de esa verdad, la renuncia consciente a ella, no son compatibles con el adecuado servicio de justicia, sin que esto importe suplir la conducta omisiva de las partes ni vulnerar la bilateralidad del proceso (Disidencia del Dr. Carlos S. Fayt).

CONTRADICCIÓN

*** Corte Suprema de Justicia de la Nación • 29/05/2007 • Serdoch, Eduardo Manuel c/Administración Federal de Ingresos Públicos - Dirección General Impositiva. • S. 451. XL**

- En un proceso respetuoso del principio de contradicción correspondería a la contraparte fiscal, que defiende la vigencia del solve et repete para una oportuna y eficaz recaudación de los recursos públicos, la carga de refutar las afirmaciones y pruebas para sostener que el pago previo ha sido omitido injustificadamente (Voto de la Dra. Carmen M. Argibay).

*** Corte Suprema de Justicia de la Nación • 27/12/2005 • Rodríguez Rodríguez, María Gracia por su hija menor S., M. T. y otros c/ Mulqui, Armando Félix; Segovia, Carlos Alberto y Estado provincial. • Fallos, 328:4801**

- Devienen improcedentes las impugnaciones referentes al exceso de jurisdicción en que habría incurrido el superior tribunal local al modificar el porcentaje de condena fijado si el estado local alegó una contradicción en la distribución de culpas y los jueces de la causa actuaron dentro de su competencia apelada, hubo oportunidad de defensa por parte de cada una de las partes en el proceso y no se observa, en consecuencia, violación alguna del derecho de defensa en juicio (art. 18 de la Constitución Nacional) (Disidencia parcial de la Dra. Carmen M. Argibay).

*** Corte Suprema de Justicia de la Nación • 06/07/2004 • Fariña Duarte, Santiago y otros s/ recurso de casación • Fallos, 327:2790**

- La acusación formal que describa el hecho delictuoso que se atribuye resulta un requisito ineludible del principio de contradicción que -en tanto enfrentamiento dialéctico entre las partes- coloca a la defensa en posición de resistir la acusación y controlar la prueba de cargo. Lo que debe evaluarse en cada caso es que el imputado haya tenido la posibilidad de colocarse en una situación tal capaz de resistir la acusación. Para ello es necesario verificar si la sentencia contuvo alguna precisión que hubiera podido significar una "sorpresa" para quien se encuentra sometido a proceso, es decir algo que no haya podido rebatir (Voto de los Dres. Carlos S. Fayt y Adolfo Roberto Vázquez).

*** Corte Suprema de Justicia de la Nación • 08/03/2005 • Arancibia Clavel, Enrique Lautaro s/ homicidio y asociación ilícita -causa n° 259 • Fallos, 328:341**

- Las garantías constitucionales del debido proceso y de 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 a ser oído y producir prueba en su descargo, así como también el de hacer valer todos los medios conducentes a su defensa, que prevén las leyes de procedimientos (Disidencia del Dr. Carlos S. Fayt).

DERECHO A SER OIDO

*** Corte Suprema de Justicia de la Nación • 12/06/2007 Amodio, Héctor Luis s/causa N° 5530• A. 2098. XLI**

- El principio de correlación entre la acusación y el fallo resulta ser una manifestación de la garantía de defensa en juicio; pues el derecho a ser oído reclama del órgano jurisdiccional un pronunciamiento que debe expedirse sobre el hecho y las circunstancias contenidas o delimitadas en la acusación, fijando entonces aquella regla el ámbito máximo de decisión del fallo penal (Disidencia de los Dres. Ricardo Luis Lorenzetti y E. Raúl Zaffaroni).

*** Corte Suprema de Justicia de la Nación • 06/03/2007 Garrone, Ángel Bernardo s/causa N° 22.355 • Fallos, 330:393**

- Es descalificable la condena impuesta sin cumplir con la exigencia prevista por el art. 41, inc. 2º, in fine, del Código Penal, regla claramente destinada a garantizar el derecho del condenado a ser oído antes de que se lo condene, así como a asegurar que una decisión de esta trascendencia no sea tomada por los tribunales sin un mínimo de intermediación. Desde el punto de vista de la ley penal de fondo, una pena dictada sin escuchar lo que tiene que decir al respecto el condenado no puede considerarse bien determinada. -Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema-

*** Corte Suprema de Justicia de la Nación • 31/10/2006 Báez, Manuel c/Asea Brown Boveri S.A. y/o quien resulte responsable s/ordinario • Fallos, 329:4531**

- La garantía de la defensa en juicio requiere que se confiera al litigante la oportunidad de ser oído, considerado y de ejercer sus derecho en la forma y con las solemnidades que establecen las leyes procesales aplicables al caso. -Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema-

*** Corte Suprema de Justicia de la Nación • 31/10/2006 Mujeres por la Vida - Asociación Civil sin Fines de Lucro —filial Córdoba— c/E.N. —P.E.N.— Mº de Salud y Acción Social de la Nación s/amparo • Fallos, 329:4593**

- Los intereses individuales de las personas respecto de un determinado acto o hecho pueden no coincidir: no todos son dañados por ese acto e incluso algunos pueden verse favorecidos; por lo tanto, no siempre se justifica tomar respecto de todos esos intereses divergentes una decisión común. Un fallo judicial que afecte a todo un universo de individuos en sus derechos personales y que no haya oído a cada uno de esos afectados, habrá vulnerado el derecho de todos ellos al debido proceso de ley, es decir, a la defensa en juicio de sus derechos (artículo 18 de la Constitución Nacional) (Disidencia de la Dra. Carmen M. Argibay).

*** Corte Suprema de Justicia de la Nación • 08/11/2005 • Redondo de Negri, Irma Haydée c/ ANSeS s/ reajustes varios • Fallos, 328:3985**

- El derecho de que se dé la oportunidad de ser oído y de hacer valer las defensas durante todo el trámite del proceso, es una garantía constitucional otorgada a ambas partes en la causa.

*** Corte Suprema de Justicia de la Nación • 30/09/2003 Alvarez, Santiago Aníbal s/ lesiones culposas • Fallos, 326:3842**

- La Convención Americana de Derechos Humanos - art. 8.1 y el art. XXVI de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, y el art. 10 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, no establecen en forma expresa que la investigación y el juicio deban llevarse a cabo por órganos distintos, sólo

establecen el derecho a ser oído por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial (Disidencia del Dr. Antonio Boggiano).

*** Corte Suprema de Justicia de la Nación • 27/06/2002 • Gieco, Guillermo Jorge y otros s/ tenencia de estupefacientes con fines de comercialización -dos hechos- en concurso real -causa n° 179/99- • Fallos, 325:1530**

- La garantía del debido proceso y defensa en juicio exigen que la acusación, considerada como una etapa sustancial en la integración de todo proceso penal por medio del cual se delimita el objeto procesal, describa con precisión la conducta imputada, a los efectos que el procesado pueda ejercer con plenitud su derecho a ser oído y producir la prueba en su descargo así como también el de hacer valer todos los medios conducentes a su defensa, que prevén las leyes de procedimientos.

*** Corte Suprema de Justicia de la Nación • 21/11/2000 • Fabbrocino, Mario s/ pedido de extradición • Fallos, 323:3699**

- El orden público internacional argentino, enriquecido a la luz de los principios contenidos en los tratados de derechos humanos que gozan de jerarquía constitucional, continúa reaccionando frente a una condena criminal extranjera dictada "in absentia" cuando resulta que el condenado no gozó de la posibilidad de tener efectivo conocimiento del proceso en forma oportuna con el fin de poder ejercer su derecho a estar y ser oído.

*** Corte Suprema de Justicia de la Nación • 05/09/2000 • Neder Ramón Alexis y otro s/ p.s. inf. art. 44 del Código de Faltas • Fallos, 323:2374**

- Si bien los actos procesales pueden quedar legítimamente sujetos al cumplimiento de ciertos requisitos, tal la observancia de un plazo para la interposición de los recursos, esas condiciones no pueden estar atadas a fórmulas de tal rigor que conviertan en apenas un buen consejo al derecho constitucional a ser oído con las formas previstas por la ley (Disidencia del Dr. Enrique Santiago Petracchi).

*** Corte Suprema de Justicia de la Nación • 04/05/2000 • Meli, José Osvaldo s/ infracción ley 1612 • Fallos, 323:892**

- El orden público internacional argentino, enriquecido a la luz de los principios contenidos en los tratados de derechos humanos que gozan de jerarquía constitucional, continúa reaccionando frente a una condena criminal extranjera dictada in absentia, cuando resulta que el condenado no gozó de la posibilidad de tener efectivo conocimiento del proceso en forma oportuna a fin de poder ejercer su derecho a estar presente y ser oído.

*** Corte Suprema de Justicia de la Nación • 15/07/1997 • Benito, José c/ Caja Nacional de Previsión de la Industria, Comercio y Actividades Civiles • Fallos, 320:1611**

- Si el defecto de procedimiento que motivó el planteo de nulidad quedó debidamente subsanado en las actuaciones que ponen en evidencia que el actor tuvo suficiente oportunidad de ser oído y de ejercitar las defensas que hacían a su derecho, no procede invalidar lo actuado ya que tal criterio iría en contra del principio de trascendencia e importaría declarar la nulidad por la nulidad misma, solución inaceptable en el ámbito del derecho procesal.

*** Corte Suprema de Justicia de la Nación • 10/10/1996 • Hussar, Otto c/ ANSeS s/ reajustes por movilidad • Fallos, 319:2215**

- La administración y defensa de los intereses del organismo previsional en la controversia judicial - que son los de los afiliados en su conjunto - no deriva de su calidad de parte demandada, ni depende de que una norma le confiera el derecho a ser oído antes de la sentencia, sino de la conveniencia de su intervención en el debate, que se justifica por el carácter de las funciones públicas que desarrolla y procura una mejor aplicación por los jueces de la ley o doctrina legal.

*** Corte Suprema de Justicia de la Nación • 30/04/1996 • Martinelli, José Antonio s/ denuncia - causa n° 54.222 - • Fallos, 319:687**

- Si se advierte que el derecho a ser oído con anterioridad a la suspensión derivaría de la exigencia de la "acusación" previa que el recurrente entiende consagrada por el art. 178 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires, es claro que la garantía del art. 18 de la Constitución Nacional, no guarda relación directa e inmediata con el problema.

SENTENCIA DEBIDAMENTE FUNDADA

*** Corte Suprema de Justicia de la Nación • 23/08/2001 • Grondona, Marta Noemí c/ Colegio Público de Abogados de la Capital Federal • Fallos, 324:2449**

- Corresponde dejar sin efecto la sentencia que sancionó la falta de cuidado que se endilga a un profesional en el cumplimiento de su deber de control sobre la autenticidad de las firmas de los escritos judiciales que presenta, al no estar debidamente fundada, en la normativa procesal ni en el Código de Ética, ni tampoco sustentada en otros elementos de juicio, más allá de la admitida delegación en otros profesionales de su estudio jurídico que, tal como fue expresado por los jueces de la causa, no puede tener otro carácter que el de una afirmación meramente dogmática.

*** Corte Suprema de Justicia de la Nación • 16/12/1997 • Warroquiers, Juan Pedro y otros c/ Quintanilla de Madanes y otros s/ medida cautelar • Fallos, 320:2833**

- Procede el recurso extraordinario contra la sentencia que, contradictoria en sus fundamentos, revocó la prohibición de innovar, desinterpretando el pronunciamiento anterior de la Corte y excediendo su jurisdicción; atento que la misma no se encuentra debidamente fundada ni es una derivación razonada del derecho vigente,

con aplicación a las circunstancias probadas de la causa (Disidencia del Dr. Guillermo A. F. López).

*** Corte Suprema de Justicia de la Nación • 19/03/1996 • Montanstruc, Carlos Alejandro s/ homicidio culposo a Morello, Julio Alberto, en: Dolores • Fallos, 319:265**

- Si la concesión del recurso extraordinario no resulta debidamente fundada, por lo que debería, en principio, ser declarada su nulidad al no satisfacer los requisitos idóneos para la obtención de la finalidad a la que se hallaba destinada, el cumplimiento de un adecuado servicio de justicia impone a la Corte atender razones de economía procesal para evitar el inútil dispendio jurisdiccional que importaría el dictado de un nuevo pronunciamiento, ya que el que dictó la sentencia recurrida no es el tribunal superior según el art. 14 de la ley 48.

*** Corte Suprema de Justicia de la Nación • 27/09/1988 • Cerruda, Enrique Omar c/ Varela, Roberto s/ indemnización por antigüedad, por despido, etc. • Fallos.,311:1988**

- Si la concesión del remedio federal no aparece debidamente fundada con arreglo a los principios que emergen de la jurisprudencia de la Corte referida al tribunal del cual deba provenir la sentencia definitiva susceptible de recurso extraordinario, corresponde declarar la nulidad de aquél acto procesal al no dar satisfacción a los requisitos idóneos para la obtención de la finalidad a la que se halla destinada (Voto del Dr. José Severo Caballero).

*** Corte Suprema de Justicia de la Nación • 15/04/1993 • Rodríguez, Juan Ramón c/ Compañía Embotelladora Argentina S.A. y otro • Fallos, 316:713**

- Debe descalificarse como acto judicial válido, la sentencia que hizo extensiva a la codemandada la condena al pago de salarios e indemnizaciones motivada por la ruptura de la relación laboral habida entre el actor y la demandada principal, con fundamento en el art. 30 de la Ley de Contrato de Trabajo, omitiendo una apreciación crítica de los elementos relevantes de la litis en los puntos discutidos y basándose en pautas de excesiva latitud, con grave lesión del derecho de defensa en juicio de la impugnante (Disidencia del Dr. Augusto César Belluscio).

DOBLE INSTANCIA

*** Corte Suprema de Justicia de la Nación • 23/03/2004 • Garipe, Omar Osvaldo s/ p.s.a. administración fraudulenta • Fallos, 327:608**

- Si bien el derecho a la doble instancia no reviste jerarquía constitucional y el adecuado respeto a la garantía del debido proceso sólo exige que el litigante sea oído con las formalidades legales y no depende del número de instancias establecidas por las leyes procesales, cabe hacer excepción a esa regla cuando la ley procesal

aplicable confiere ese derecho, supuesto en el cual le ha reconocido aquella jerarquía, pues en tales casos no puede suprimirse arbitrariamente. -Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema-

*** Corte Suprema de Justicia de la Nación • 26/06/2007 • Oyarse, Gladis Mabel y otros s/robo calificado por el uso de armas -causa N° 777/02- O. 462. XLI**

- Para la adecuada satisfacción de la garantía de la doble instancia que aseguran los artículos 8.2.h de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la regulación del recurso de casación debe entenderse en el sentido de que habilita a una revisión amplia de la sentencia, todo lo extensa que sea posible al máximo esfuerzo de revisión de los jueces de casación, conforme a las posibilidades y constancias de cada caso particular y sin magnificar las cuestiones reservadas a la inmediación, sólo inevitables por imperio de la oralidad conforme a la naturaleza de las cosas. -Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema-

*** Corte Suprema de Justicia de la Nación • 10/04/2007 • Alonso, Paulino Ricardo y otro s/causa N° 5387 • A. 2155. XLI**

- La garantía a un tribunal insospechado de parcialidad es manifestación concreta del debido proceso y la defensa en juicio, y resulta imprescindible su afianzamiento como puente de acceso a la doble instancia judicial. -Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema-

*** Corte Suprema de Justicia de la Nación • 10/04/2007 • Recalde, Carlos s/homicidio -causa n° 1229 • R. 1109. XL**

- La revisión del caso hecha por los mismos jueces no garantiza la vigencia plena de la garantía de la doble instancia que exige que magistrados que no conocieron anteriormente el hecho revisen las decisiones del inferior, pues, si no, doble instancia significaría, tan solo, doble revisión por las mismas personas. -Del precedente “Dieser” (Fallos: 329:3034), al que remitió la Corte Suprema-

*** Corte Suprema de Justicia de la Nación • 12/12/2006 • Benítez, Aníbal Leonel s/lesiones graves • Fallos, 329:5556**

- Para la adecuada satisfacción de la garantía de la doble instancia (arts. 8.2.h de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos), corresponde al tribunal intermedio examinar los planteos respecto de la valoración de los testimonios incorporados por lectura ante la alegada ausencia de prueba de cargo, a fin de controlar si el razonamiento a través del cual se arribó a la sentencia de condena afectó o no los principios de defensa en juicio y debido proceso (Voto de la Dra. Elena I. Highton de Nolasco). -Del dictamen de la Procuración General, al que remitió el voto-

*** Corte Suprema de Justicia de la Nación • 08/08/2006 • Dieser, María Graciela y Fraticelli, Carlos Andrés s/ homicidio calificado por el vínculo y por alevosía - causa N° 120/02- • Fallos, 329:3034**

- La revisión del caso hecha por los mismos jueces tampoco garantiza la vigencia plena de la garantía de la doble instancia que exige que magistrados que no conocieron anteriormente el hecho revisen las decisiones del inferior, pues, si no, doble instancia significaría, tan solo, doble revisión por las mismas personas. -Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema-

*** Corte Suprema de Justicia de la Nación • 04/07/2006 • Díaz, Juan Carlos y Verón, Sergio David s/ robo agravado, etc. -causa N° 982- • Fallos, 329:2433**

- Para la adecuada satisfacción de la garantía de la doble instancia que aseguran los arts. 8.2.h de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Cámara Nacional de Casación Penal -con los autos principales a la vista- debe examinar los agravios respecto de la falta de prueba de la culpabilidad de los condenados que -a criterio de la defensa- imponía la aplicación del beneficio de la duda. -Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema-
- Si los dichos de los testigos, el informe de autopsia y las actas de las diligencias de secuestro fueron incorporados al expediente, el tribunal intermedio se encuentra habilitado para examinar tales extremos y así brindar plena vigencia a la garantía de la doble instancia, pues la valoración de esos agravios no se ve afectada por la inmediatez propia de la oralidad, por lo que puede controlar si el razonamiento empleado por el tribunal de juicio se ajustó a la regla de la sana crítica. -Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema-

*** Corte Suprema de Justicia de la Nación • 11/04/2006 • Hojman, Rubén Evar s/ concurso preventivo s/ incidente de revisión promovido por Giannella, María Cristina • Fallos, 329:1180**

- La aplicación del art. 8°, inc. 2°, ap. h de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que consagra la garantía de la doble instancia, se halla supeditada a la existencia de un fallo final dictado contra una persona "inculpada de delito" o "declarada culpable de un delito", por lo que dicha garantía no tiene jerarquía constitucional en juicios civiles (Voto de los Dres. Carlos S. Fayt, Ricardo Luis Lorenzetti y Carmen M. Argibay).

*** Corte Suprema de Justicia de la Nación • 14/02/2006 • Salas, Ariel David s/ ley 23.737 -causa N° 39.363 • Fallos, 329:149**

- La garantía de doble instancia exige, como regla, que el imputado tenga la posibilidad de someter la totalidad del contenido de la sentencia de condena al escrutinio del tribunal del recurso, quedando fuera del examen en segunda instancia aquellas cuestiones que, en razón de encontrarse directamente vinculadas con la intermediación propia del debate oral, resultan de imposible reedición ante el tribunal

del recurso, y sin que ese examen pueda ir más allá de los agravios planteados por el recurrente, en tanto se trata de un derecho en cabeza del imputado, que éste ejerce en la medida en que la decisión de condena le causa agravio (Voto de la Dra. Carmen M. Argibay).

*** Corte Suprema de Justicia de la Nación • 01/11/2005 • Fiscal c/ Zingaretti, Trubiano y otros s/ defraudación • Fallos, 328:3869**

- La sola mención a la garantía a la doble instancia no es suficiente para habilitar la intervención de la Corte, pues tal agravio no ha sido conectado siquiera mínimamente con la decisión cuestionada, que no es de aquellas expresamente mencionadas en la cláusula invocada en su apoyo (art. 8.2.h de la Convención Americana sobre Derechos Humanos) (Disidencia de los Dres. Ricardo Luis Lorenzetti y Carmen M. Argibay).

*** Corte Suprema de Justicia de la Nación • 20/09/2005 • Casal, Matías Eugenio y otro s/ robo simple en grado de tentativa -causa N° 1681 • Fallos, 328:3399**

- Corresponde dejar sin efecto la sentencia que rechazó el recurso de casación sustentándose en una particular interpretación y aplicación del art. 456 del Código Procesal Penal de la Nación derivando una regla que no está contenida expresamente en la norma y que no puede admitirse constitucionalmente ya que, mientras la garantía de doble instancia exige que se traten todos los agravios propuestos por la defensa, cualquiera sea su contenido (hecho o derecho), la Cámara de Casación entendió que dicha norma contiene una prohibición de examinar los aspectos fácticos de la sentencia (Voto de la Dra. Carmen M. Argibay).

*** Corte Suprema de Justicia de la Nación • 09/03/2004 • Carro Evangelista, Delia y otros s/ falso testimonio • Fallos, 327:352**

- La garantía de la doble instancia judicial reconocida en la Convención sobre los Derechos Humanos como un derecho fundamental de las personas, no se encuentra dirigida exclusivamente a quien resulta imputado del delito, sino también a otras partes legalmente constituidas en un proceso penal determinado, como es el caso de la presunta víctima de un delito devenida en querellante (Disidencia del Dr. Adolfo Roberto Vázquez).
- La forma más adecuada para asegurar la garantía de la doble instancia en materia penal prevista en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 8, inc. 2°, ap. h), es declarar la invalidez constitucional de la limitación establecida en los arts. 458, inc. 1° y 460 -por remisión de esta disposición- del Código Procesal Penal de la Nación, en cuanto veda al querellante la admisibilidad del recurso de casación contra las sentencias absolutorias en razón del monto de la pena que se hubiera solicitado (Disidencia del Dr. Adolfo Roberto Vázquez).

*** Corte Suprema de Justicia de la Nación • 30/09/2003 • Barile, Héctor Claudio s/ corrupción de menores -causa n° 631- • Fallos, 326:3856**

- 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", fundamentalmente porque a partir de la reforma introducida en el año 1990 por la ley 23.774, se 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 (Voto de los Dres. Adolfo Roberto Vázquez y Juan Carlos Maqueda).

*** Corte Suprema de Justicia de la Nación • 14/06/2001 • Ministerio de Trabajo c/ Estex S.A. s/ sumarios Min. de Trabajo • Fallos, 324:1878**

- Corresponde que la Corte Suprema intervenga por la vía del recurso extraordinario en el caso en que se impugna una sanción -conversión de multa en arresto por infracción a diversas leyes laborales- por vulnerar la garantía de la doble instancia que contempla el Pacto de San José de Costa Rica, en tanto éste reviste jerarquía constitucional.

*** Corte Suprema de Justicia de la Nación • 20/12/2000 • Felicetti, Roberto y otros (La Tablada) • Fallos, 323:4130**

- La pretensión del Procurador del Tesoro no persigue otro interés que el de hacer plenamente efectiva la garantía judicial de recurrir del fallo ante un juez o tribunal superior e intenta provocar el pronunciamiento de la Corte que obligue a la Cámara de Casación a aplicar en el caso concreto un procedimiento que asegure el cumplimiento de la garantía de la doble instancia. Su pretensión no se identifica ni mucho menos sustituye a la de las personas condenadas, en la medida en que el interés del recurrente se circunscribe a hacer efectiva la revisión de la decisión (Disidencia del Dr. Carlos S. Fayt).
- La pretensión del Procurador del Tesoro no persigue otro interés que el de hacer plenamente efectiva la garantía judicial de recurrir del fallo ante un juez o tribunal superior e intenta provocar el pronunciamiento de la Corte que obligue a la Cámara de Casación a aplicar en el caso concreto un procedimiento que asegure el cumplimiento de la garantía de la doble instancia. Su pretensión no se identifica ni mucho menos sustituye a la de las personas condenadas, en la medida en que el interés del recurrente se circunscribe a hacer efectiva la revisión de la decisión (Disidencia del Dr. Carlos S. Fayt).
- El art. 8.2 del Pacto de San José de Costa Rica complementa el art. 18 de la Constitución Nacional y la garantía de la doble instancia en materia penal, por su rango constitucional, debe juzgarse incurra en el ámbito del principio de la aplicación de la ley penal más benigna, pues sería una irrazonable contradicción que una norma material penal quede sujeta a tal principio y no una garantía constitucional (Disidencia del Dr. Antonio Boggiano).
- El art. 8.2 del Pacto de San José de Costa Rica complementa el art. 18 de la Constitución Nacional y la garantía de la doble instancia en materia penal, por su

rango constitucional, debe juzgarse incurso en el ámbito del principio de la aplicación de la ley penal más benigna, pues sería una irrazonable contradicción que una norma material penal quede sujeta a tal principio y no una garantía constitucional (Disidencia del Dr. Antonio Boggiano).

- 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 (Disidencia del Dr. Gustavo A. Bossert).

*** Corte Suprema de Justicia de la Nación • 19/10/1999 • Gorriarán Merlo, Enrique Haroldo y Sívori, Ana María s/ casación e inconstitucionalidad. (La Tablada) • Fallos, 322:2488**

- 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.

CAPÍTULO V

LA INDEPENDENCIA JUDICIAL

1. Introducción

La independencia como garantía tiene dos facetas. Una le corresponde a la *organización política e institucional* del Estado, que no trata de una cuestión esencial para este capítulo; la otra se refiere a la *autonomía orgánica*, es decir, a la libertad que tienen los jueces para actuar en la protección de los derechos y resolver los casos que se someten a su consideración.

El primer aspecto es producto del constitucionalismo liberal que incorporó a la independencia judicial como uno de sus grandes principios, pero tomándolo en su aspecto objetivo; vale decir, como independencia “externa” de la institución, ajena y libre de toda influencia y jerarquía que la subordine.

No se refirió en esta etapa a la posición del juez en su dimensión individual (¹²⁴), sino al rol funcional de ellos dentro de un esquema institucional.

Claro está que la independencia política no es un tema procesal en sentido adjetivo, pero se puede vincular al derecho procesal constitucional como un principio estable del debido proceso.

¹²⁴ . Por eso, afirma González Granda que: [...] “Como principio político, ha sido fundamentalmente estudiado a partir de sus antecedentes históricos, si bien se ha señalado a menudo que se ha abusado de su aspecto político y de su tratamiento teórico, tratándose como se trata de un principio que es en la práctica donde tiene que manifestar su virtualidad. En definitiva, desde este punto de vista, la independencia de la justicia es uno de los muchos postulados antimonárquicos de la época del establecimiento del Estado burgués de Derecho”.

“La historia de la independencia de la justicia empieza a formularse, en efecto, como una reserva a los jueces y tribunales de la función de juzgar, y la pretensión de Montesquieu al formular el esquema de la división de poderes va manifiestamente en este sentido” (González Granda, Piedad, *Independencia del juez y control de su actividad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1993, p.18).

Con esta perspectiva, la autonomía para obrar piensa en una suerte de aislamiento que debe tener el juez para resolver ajeno a presiones o ascendientes; como para evitar que ellas sucedan (causales de excusación y recusación); o para ejercer el cargo que ostenta (intangibilidad de la remuneración y estabilidad en el cargo).

En suma, se trata de garantizar la idoneidad del juez de la causa, con lo cual se promete una actividad justa, igualitaria y equitativa.

Sin embargo, 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 (¹²⁵).

Hay, además, un matiz adicional que se fija en la independencia como una cuestión de autonomía en la decisión. Se trata de considerar la eficacia de la sentencia que se pronuncia sin influjos 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.

La cuestión se posiciona en la lectura del significado y alcance que tiene el recaudo de la independencia; formulado 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, las posiciones primitivas han mudado.

¹²⁵ . Gozaíni, Osvaldo Alfredo, *Derecho Procesal Constitucional – Debido Proceso*, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires / Santa Fe, 2004, p. 234.

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).

Igual sucede con la independencia entendida como abstracción, que ha suscitado una gran producción literaria a través de la teoría de la 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, como dijimos en los capítulos iniciales de este libro.

2. Tipos de independencia

En materia estrictamente procesal, la garantía funciona como una herramienta o instrumento que afianza el derecho del justiciable a que su causa sea resuelta sin interferencias.

Obsérvese que no hablamos de la imparcialidad del juzgador, porque ésta es una garantía procesal que tienen los litigantes para que el juez sea un tercero en el conflicto, con la potestad de resolver la controversia sin darle a uno lo que a otro le priva arbitrariamente. La relación se enlaza con distintas acepciones que tiene la independencia judicial.

La más elemental es el sometimiento del juez a la ley; sumisión que significa tener exclusividad en la función sin que sus pares en el ejercicio del poder puedan actuar u ocupar sus roles (¹²⁶).

¹²⁶ . El *principio de sumisión a la Ley* es un concepto que responde al texto constitucional por los que se entiende que la garantía primera de la independencia radica en la exclusividad, en la reserva de la función al Cuerpo de los Jueces, en la eliminación de cualquier residuo de poder jurisdiccional en manos de los otros dos Poderes, significación excluyente que se logra implantar sin excesivas dificultades por lo que se refiere al Legislativo, siendo más costosa la exclusión del Ejecutivo respecto de la función de juzgar (sobre todo porque en relación a la Administración se alza el extraordinario problema de resolver quien debe juzgar a la Administración)

Esta es una independencia funcional que depende de la estructura jurídico política del Estado; de allí se desprende, si puede o no existir una jurisdicción administrativa de iguales alcances y efectos que la judicial; si el Tribunal Constitucional tiene verdaderas funciones jurisdiccionales; o si los árbitros ejercen o no la potestad de juzgar definitivamente.

En suma, es un tipo de independencia que no se analiza en el concierto de garantías particulares del proceso. En todo caso, [...] “no se trata de la independencia entendida como imparcialidad o apoliticidad (protección al juez de la influencia del poder político la una, y de aquellos condicionamientos políticos que provienen de la sociedad civil la otra), sino de independencia del propio juez dentro del poder judicial estructurado burocráticamente y con un elevado índice de jerarquización”⁽¹²⁷⁾.

Las que sí refieren a este modelo, son las relacionadas con el juzgamiento propiamente dicho. Independencia representa libertad de criterio con el único límite de la ley. El abuso de esa libertad es la arbitrariedad o el exceso discrecional, los que se corrigen en el marco de las cuestiones constitucionales o las nulidades en el proceso por errores evidentes de juzgamiento⁽¹²⁸⁾.

Despojemos del tema la cuestión que se vincula con la organización institucional donde la independencia puede quedar frustrada por el peso evidente que tiene dentro de ella, los poderes ejecutivo y legislativo.

Aquí la injerencia se puede manifestar con registros diversos, como el estado de sitio y el condicionamiento de garantías; la amenaza directa sobre el magistrado; la perturbación de sus funciones mediante acciones directas; la participación en la magistratura de siniestros políticos de paso por la función judicial; entre muchas más que inciden no solo en la

(Cfr. Muñoz Machado, Santiago, *La reserva de jurisdicción*, La Ley, 1989, Madrid, p. 12).

¹²⁷ . González Granda, ob. cit., p. 21.

¹²⁸ . Una de las proyecciones que tiene el tema de la independencia de juzgar lo constituye resolver si las sentencias son o no Fuentes de Derecho. Si la idea es tolerar que la jurisprudencia interpretativa orienta al legislador, no cabría dudas en afirmarlo; pero si el concepto piensa que la misma sentencia es creadora del Derecho, la rotunda aseveración puede resultar apresurada. Además, la diferencia constitucional del modelo político es vital para ello, pues un Tribunal Constitucional tiene más efecto e incidencia para influir en los demás poderes; que la sentencia de un juez del sistema difuso que solo resuelve para el caso concreto. Asimismo, si la jurisprudencia vincula o no a los jueces jerárquicamente inferiores es también una suerte de pérdida de libertades en la independencia para juzgar.

independencia funcional sino que impactan en la imparcialidad necesaria del enjuiciamiento (¹²⁹).

Son figuras que, con mayor precisión, refieren a aspectos de la independencia de orden interno, las que [...] “amparan a los miembros de la Carrera Judicial frente a las perturbaciones o intentos de dependencia de los demás órganos jurisdiccionales y de sus propios órganos de gobierno” (¹³⁰).

Las manifestaciones se pueden dar en una causa concreta o actuar genéricamente sobre el ánimo del juez o tribunal; si es del primer orden, seguramente la imparcialidad quedará afectada; si lo es en el segundo nivel, la restricción debe encontrar respuestas o soluciones en un plano diferente al proceso. Pues bien cierto es que no se debe confundir independencia con imparcialidad pues la sentencia, que es el medio donde se concreta el resultado, puede exponer un acto de absoluta imparcialidad en un contexto de ausencia de independencia y viceversa (¹³¹).

Ahora bien, ¿cuáles son esas influencias que pueden impedir la independencia funcional que se reclama como un *prius* de la garantía?

¹²⁹ . La Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina acompañó muchas veces la política económica del Estado, pese a la manifiesta restricción a las garantías individuales como el derecho de propiedad. Para ello supo decir que las facultades del Poder Legislativo ante situaciones de emergencia pueden ejercerse para lograr una avenencia razonable entre los derechos y garantías individuales y el bienestar público (Fallos: 172:21); de manera de impedir que los derechos amparados por aquellas garantías, además de correr el riesgo de tornarse ilusorios por un proceso de desarticulación de la economía estatal, puedan alcanzar un grado de perturbación social acumulada, con capacidad suficiente para dañar a la comunidad nacional. Así, corresponde a los poderes del Estado proveer todo lo indispensable para salvaguardar el orden público o bienestar general, lo que significa atender a la conservación del sistema político y del orden económico, sin los cuales no podría subsistir la organización jurídica sobre la cual reposan las libertades individuales (Fallos: 171:79; 172:21; 243:449).

¹³⁰ . Pico I Junoy, Joan, *La imparcialidad judicial y sus garantías: la abstención y la recusación*, Bosch, Barcelona, 1998, p. 31.

¹³¹ . Pico I Junoy, ob. cit., p. 32. Sostiene Guarnieri 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 punto de referencia inexcusable. Por eso, agrega González Granda, 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 (ob. cit., p. 29).

Es en esta área donde anidan las dimensiones de la independencia judicial en el proceso. Hay valores subjetivos que pertenecen a la formación cultural y social del magistrado; pueden existir incidencias directas como la jurisprudencia vinculante que le impide formar criterio con libertad; y también perturbaciones externas como la influencia de los medios de comunicación o el reclamo social exigiendo ante un hecho singular de interés o trascendencia. Cada una expone un problema particular.

Inclusive, no se descarta en ellas la pregunta que algún jurista de relieve ha hecho: ¿pueden las malas personas ser buenos jueces? ⁽¹³²⁾.

2.1 La independencia como abstracción

A veces al juez se lo piensa con demasiadas fantasías. Se lo quiere ajeno a toda influencia externa como presupuesto esencial para resguardar la eficacia del servicio que presta.

Esta idea cavila en un magistrado con una función inocua: 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.

Decía Calamandrei que [...] “tan elevada es en nuestra estimación la misión del juez y tan necesaria la confianza en él, que las debilidades humanas que no se notan o se perdonan en cualquier otro orden de funcionarios públicos, parecen inconcebibles en un magistrado... Los jueces son como los que pertenecen a una orden religiosa. Cada uno de ellos tiene que ser un ejemplo de virtud, si no quieren que los creyentes pierdan la fe” ⁽¹³³⁾

En este camino de claras reminiscencias romanas, el juez (en el imperio 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 precepto 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.

¹³² . Malem Peña, Jorge F., *¿Pueden las malas personas ser buenos jueces?*, en “Jueces y Derecho”. Compiladores: Miguel Carbonell, Héctor Fix Fierro y Rodolfo Vázquez, Porrúa – UNAM, México, 2004, ps. 31 y ss.

¹³³ . Calamandrei, Piero, *Elogio de los jueces escrito por abogados*, trad. Santiago Sentís Melendo, Ejea, Buenos Aires, 1989, p. 261.

Esta ilación del pensamiento es producto de la desconfianza, a la que tanto apego tiene 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.

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.

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 de la garantía, hace jugar valores y entendimientos que no son propios de este trabajo. Con ello se quiere decir que la independencia como la imparcialidad no son valores neutros que se reduzcan o simplifiquen en beneficiar a uno u otro.

En realidad, la independencia (también 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.

De todos modos, la independencia es un valor reclamado para eludir el compro-miso con sucesos ajenos o extraños a la función jurisdiccional. Aunque pueda señalarse como una cuestión abstracta, lo cierto es que en el juicio de ponderación se pondrán en claro una diversidad de sucesos que los romanos llamaban “gravitas”, no en el sentido del desprecio olímpico, sino del adagio por el cual “nada humano me es ajeno” (¹³⁴).

2.2 La independencia y los valores

Los valores son condicionantes de la independencia cuando actúan influyendo el ejercicio de racionalidad que implica el acto de juzgar. Una afirmación como ésta solamente es posible para quienes asignan al juez la única misión de aplicar el derecho que las partes afirman como propio en una lucha bilateral y ausente de toda influencia externa.

¹³⁴ . Cfr. Atienza, Manuel, *Virtudes Judiciales. Sobre la selección y formación de los jueces en el Estado de Derecho* en “Jueces y Derecho”, cit. p. 23.

Por ejemplo, un juez puede decretar la excarcelación con el sólo informe de la situación procesal y haciendo mérito del derecho a la libertad mientras dure el estado de inocencia; pero otro, ante la igualdad del caso, puede mantener la prisión preventiva por razones de seguridad pública. ¿Quién obró con independencia?

También un juez puede pedir una prueba biológica que las partes omitieron, para determinar una relación posible de estado; en cambio, en un entorno idéntico, un magistrado similar solo se conforma con determinar la verdad que surge del expediente. ¿Cuál de ambos acierta?

En una obra relativamente reciente, la dimensión del problema se acusa desde una lectura menos ambivalente. Se sostiene que la tesis de la racionalidad judicial no implica únicamente el manejo del razonamiento abstracto, sino también una capacidad para comprender la singularidad del caso concreto, lo cual exige cierto tipo de experiencia del mundo, de empatía, etc., que la literatura puede ayudar a poseer. Desde la mirada que realiza Marta Nussbaum, las emociones (o cierto tipo de emociones) no sólo no enturbian la razón, sino que la potencian (¹³⁵).

¿Es posible sostener que la aplicación de valores personales en el acto de juzgar empaña o confronta con la independencia judicial?

Evidentemente no, y menos aun se puede afirmar que la sentencia despojada sea mejor para el interés de las partes que litigan, aunque no lo sea para los demás, si es que éstos no ejercieron el derecho de estar en el proceso.

Los valores entendidos en la formación social y cultural del juez son causas que impactan en el razonamiento, de forma tal que es inevitable que ello ocurra. Pero argumentar que el uso de esos órdenes de vida llevados a quienes se juzga constituye un abuso que obnubila la libertad de enjuiciar, puede ser nefasto. No solo porque la falta de independencia es una cuestión constitucional, que como tal, se convierte en un caso de arbitrariedad; sino mejor, para entender que la aplicación de valores propios a conductas ajenas, no siempre es positivo, y en todo caso, no es un problema de afectación a la independencia, sino de razonabilidad de la sentencia que se resuelve por la vía de los recursos procesales (¹³⁶).

¹³⁵ . Nussbaum, Marta, *Justicia poética*, trad. de Carlos Gardini, Andrés Bello, Barcelona, 1997; Atienza, ob. cit., p. 25.

¹³⁶ . Un ejemplo de estas influencias se da cuando se debe resolver si la extracción de sangre puede o no ser compulsiva. También cuando se trata de profesiones religiosas que lo impiden. Así se ha dicho que no puede considerarse reprochable, y menos aún generador de responsabilidad, el acudir a la justicia en procura de,

Es inmensa la cantidad de ejemplos que se pueden ofrecer para advertir la recurrencia, inclusive del propio ordenamiento jurídico, para que el juez utilice criterios valorativos propios sin que ello implique subjetivismo. La simple elección de la pena y su gradualidad; o los estándares que tienen las normas materiales para interpretar el bien común, el orden, las buenas costumbres, quién es buen padre de familia, etc., etc.

A veces es imprescindible echar mano a esa formación, como cuando se juzgan tratamientos inhumanos o degradantes; o para resolver las necesidades que surgen de la justicia social.

mediante su pronunciamiento obtener certeza sobre el punto debatido y de contornos difusos, para asegurarse un accionar conforme a derecho. No desconozco por cierto la existencia de posturas que ante problemas de índole bioético como el que sirve de sustrato fáctico a una causa, pregonan la innecesariedad o inconveniencia de acudir a la autorización judicial (voces en este sentido se alzaron, por ejemplo, en ocasión de fallar la CS la causa "*T.S. c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ amparo*" del 11.01.01 (ED, 191-425) en la que una madre solicitó autorización- cuya concesión fue confirmada por el Alto Tribunal- a fin de lograr la inducción de un parto de un feto anencefálico). Hay quienes arguyen, en efecto, que son los médicos, y sólo ellos y en su ámbito de incumbencia profesional, quienes deben tomar decisiones de ésta naturaleza prescindiendo de toda judicialización de la cuestión; no existiendo norma legal que imponga requerir autorización judicial cualquier decisión del juez al respecto devendría carente de sustento legal. En este sentido se pronunció Alberto Rodríguez Varela en nota al fallo citado (ED, 191-425); también el emérito rector de la Universidad Católica Argentina Domingo Basso, " un caso que no debió ir a la Corte", en la Nación del 12.01.01). Pero éstas posturas, distan ciertamente de ser unánimes: para el caso, dice el maestro Morello en alusión a estos sinuosos problemas de medicina y derecho, que "...constituyen genuinos casos adversariales, causas de intereses fundamentales- que recaban tutela judicial afectiva; no son cuestiones académicas rotulables de consulta o de índole abstracta o general. Son típicamente justificables y, por ende, definibles por los jueces. Porque aun en el alero de la autorización no mudan su esencia" (ED, 194-259, comentario al fallo de la SCBs.As. "*B.A. s/ autorización judicial*" del 22.6.01). En este caso, que también obedeció al planteo de un conflicto bioético de similares características al presente, aunque al igual que el anterior versó sobre la autorización a una madre para la inducción de un parto, varios ministros exhibieron categóricas reservas con respecto a que el requerimiento jurisdiccional no tenía cabida, que lo rotulado como una "autorización" a ser otorgada por los jueces no suscitaba un debate cabal y propio que demandara tal deber por el lado de la función judicial: así, por ejemplo, el Dr. Hitters se pronunció con énfasis por la judiciabilidad del caso, ya que el pedido de autorización judicial apunta a resolver un conflicto; en igual sentido el Dr. De Lázari sostuvo la existencia de un "caso concreto", al tiempo del Dr. Ghione sostuvo que no era indispensable la autorización judicial. Tales opiniones en modo alguno quitan legitimidad a la petición...(in re: "*Zarrillo Osvaldo Pablo c/Prestaciones Medico Asistenciales SA s/sumario*" – CNCom., Sala A, 17 de marzo de 2003).

Podemos compartir entonces que [...] “Si la función del juez es juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, aplicando la Constitución, el sistema de fuentes y valores contenidos en ellas que sean compatibles con la ética crítica, resultaría que para ser un buen juez, desde el punto de vista técnico, debe resolver los conflictos que potencialmente conoce imbuyendo sus decisiones precisamente de esos valores en todos aquellos casos que fuera menester. Las valoraciones personales ajenas a dicho orden serían entonces inaceptables, y de ninguna manera podrían ser invocadas o utilizadas en ningún caso”⁽¹³⁷⁾.

2.3 *La independencia y la sumisión a la jurisprudencia*

La jurisprudencia tiene un enorme interés práctico al dar certidumbre y previsibilidad al justiciable. Sin embargo, cuando el precedente es de seguimiento obligatorio tiene el contrapeso de impedir al juez la libertad de interpretación.

¿Conspira ello con su independencia funcional?

A veces la decisión judicial está liberada de ataduras y cualquiera sea la jurisdicción que intervenga, puede realizar una lectura singular del derecho que al caso corresponde aplicar. De suyo, el sistema no impide que exista un fallo final de los superiores tribunales que fije un criterio definitivo que puede o no ser obligatorio. En cambio, en algunos regímenes esa confianza no existe con tanta libertad, y se condiciona al magistrado a través de las propias leyes y reglamentos procesales.

Con la revolución francesa y los códigos que se dieron en el siglo XIX, especialmente el código Napoleón de 1804, la ley era una declaración soberana que no podía cambiarse; solamente el legislador tenía facultades de interpretar la voluntad popular. Inclusive, la costumbre no constituía un verdadero derecho sino en los casos en que las normas se remitieran a ella (cfr. art. 17 del Código Civil argentino); obviamente, en este contexto, la fuerza obligatoria de la sentencia no avanzaba los límites objetivos y subjetivos de la cosa juzgada.

Pero contra esta corriente propia del legalismo francés reaccionó el resto de Europa, sin contar con manifestaciones de los tribunales franceses que reclamaron por una “jurisprudencia constante”⁽¹³⁸⁾. Es el tiempo de la

¹³⁷ . Malen Peña, ob. cit., p. 56.

¹³⁸ . López Medina, Diego Eduardo, *El derecho de los jueces*, Legis, Colombia, 2006 (2ª ed.), p. 9.

“doctrina legal”, que permitió, a partir de la reiteración de supuestos analizados sobre puntos idénticos o similares, una guía u orientación de los tribunales superiores hacia los jueces inferiores.

“No se trataba de que los jueces tuvieran la obligación de decidir el caso de la misma manera como se habían decidido casos anteriores. La doctrina legal no era, en ese sentido, el mismo *stare decisis* de la tradición anglosajona. Se trataba, más bien, de obligar a los jueces inferiores a respetar el sentido o significado abstracto (esto es, sin relación a hechos concretos) que la Corte de Casación había dado a una disposición legal de manera constante. Se refería, pues, a un respeto conceptual al sentido fijado para la norma en varias sentencias. En el *stare decisis* anglosajón, en cambio, el énfasis se daba a la idea (más mecánica) de que casos iguales se fallaran de manera igual a los casos ya fallados. En el *stare decisis*, por tanto, había menos necesidad de respetar la tradición interpretativa del caso anterior, pero mayor apremio a decidirlo de igual manera si sus hechos eran análogos. Esto hacía, por ejemplo, que una única sentencia reciente de un tribunal anglosajón estuviera cubierta por la fuerza analógica del *stare decisis*” (¹³⁹).

Con la casación francesa hasta la elaboración del modelo puro inspirado por Calamandrei, la idea fue que el control de legalidad debía asegurar una exacta observancia y la uniforme aplicación de la ley, entendidos, precisamente, no como valores diversos o divergentes, sino como aspectos complementarios e integrados de la misma función (¹⁴⁰).

Por su lado, los Tribunales Constitucionales se ocuparon de la interpretación constitucional provocando una fisura en el poder de

¹³⁹ . López Medina, ob. cit., p. 10.

¹⁴⁰ . Así explica Michele Taruffo, quien agrega [...] “Como ha sido considerado recientemente, la Casación entiende la nomofilaquia más que como una actuación del *ius litigatoris* que del *ius constitutionis*, privilegiando precisamente las exigencias de justicia del caso concreto sobre aquellas de la uniforme interpretación de la ley. En esta dirección operan diversos factores concomitantes y conexos, que van desde la tendencia de las partes a buscar en la Casación una victoria no conseguida en los grados de mérito antes que la exacta interpretación de la ley, hasta la incapacidad de la misma Corte de dar a la propia función un ordinario desarrollo, privilegiando cuestiones de mayor importancia y elaborando <<políticas de la interpretación>> de las normas de significado muy dudoso. En sustancia, no pudiendo elaborar líneas interpretativas generales, coherentes y orgánicas, la Casación transforma su propio rol en el de un tercer juez de la justicia del caso concreto” (Taruffo, Michele, *El vértice ambiguo. Ensayos sobre la Casación Civil*, Biblioteca de Derecho Procesal n° 2, colección dirigida por Juan Monroy Gálvez y Juan José Monroy Palacios, Palestra, Lima, 2005, ps. 156/157).

interpretación judicial que aun persiste, pues a pesar de la potestad que mantiene la magistratura ordinaria para continuar siendo custodios de la Constitución, no está en las posibilidades del juez europeo la declaración de inconstitucionalidad.

Por su lado, América ha conservado el criterio de mantener en la jurisdicción pura (sedes judiciales) tanto el juicio ordinario como el constitucional, aunque en estos últimos, el peso de las sentencias de los Tribunales o Salas Constitucionales influye notoriamente en el seguimiento posterior.

En consecuencia, la existencia de diversos sistemas, en los cuales, las fuentes del derecho, la relación entre las diferentes ramas y órganos del poder y el papel mismo de la teoría jurídica son diferentes, hace necesario replantear la clasificación tradicional (¹⁴¹), que recoge de los códigos sustanciales las reglas de la interpretación y aplicación normativa.

Si antes fue lógico esperar del legislador la creación normativa, y dejar sólo en él la potestad de alteración, cambio y, también, la misma interpretación, en la actualidad el protagonismo judicial trabaja sobre bases distintas a las recibidas.

El control de constitucionalidad en materia de normas fundamentales y derechos humanos; como la fiscalización del principio de legalidad, no admiten hoy distinciones ni sutilezas porque el esquema de fuentes ya no es sumiso a la voluntad del legislador ni al imperio de las normas; todo lo contrario, ellas serán legitimadas con el control de aplicación libre y sin condicionamientos que el juez pueda realizar en cada caso concreto.

Esto no se obstaculiza por la existencia de una interpretación vinculante. Vale decir, no se altera ni afecta la independencia judicial cuando ha sido un superior jerárquico el que ha desenvuelto una sentencia orientativa u obligatoria.

En ambas situaciones, es decir, tanto en la jurisdicción ordinaria como para la Constitucional, y aun entre ellas, es un precedente que deberá aplicarse, teniendo en cuenta que la producción de fuentes puede llegar, inclusive, del derecho transnacional (¹⁴²).

¹⁴¹ . Monroy Cabra, Marco Gerardo, *Introducción al Derecho*, Temis, Bogotá, 1994, p.252 y ss.

¹⁴² . Dicha esta conclusión en el marco que vincula la independencia judicial con la influencia en ella de jurisprudencia vinculante; pues nos hemos pronunciado, antes de ahora, sobre lo pernicioso que significa el modelo en el sistema de control de constitucionalidad difuso que caracteriza nuestro país. Si obligamos a los jueces a

2.4 La independencia y los grupos de presión

Con énfasis singular ha dicho Berizonce que [...] “El necesario fortalecimiento de la independencia judicial exige el frontal rechazo de todas las formas de presión provenientes de grupos sectoriales (políticos, económicos, nacionales y multinacionales, organizaciones ilegales), cuando de modo agresivo interfieren la función judicial”.

“Al mismo tiempo la explosión de los *mass media* desafía igualmente la independencia judicial, especialmente cuando obstaculizan y perjudican la labor de los jueces. El ejercicio legítimo de la misión

respetar y seguir los fallos de los tribunales superiores estaríamos privando al mecanismo difuso de su “quintaesencia”, porque ya no habría interpretación alguna; más bien, existiría una actividad mecánica de adecuación que nos parece impropia en la tarea jurisdiccional. Asimismo, el principio jurídico que postula el *iura novit curia*, según el cual el juez conoce del derecho y lo aplica sin necesidad de seguir las pretensiones de las partes, también quedaría sin respaldo suficiente, por cuanto tampoco el juez aplicaría el derecho que “le corresponde a su saber y entender”, sino el que otros le indican debe utilizar. Si aquel estuviese errado, o su interpretación fuese fugitiva del ordenamiento jurídico, las instancias de apelación solucionarían el equívoco o la arbitrariedad, dando una vez más seguridad e igualdad al sistema. El proceso mismo en su sistemática de llevar garantía a los justiciables, se enfrentaría con un sustancial perjuicio en los derechos que son actuales y presentes, al tener que aplicar situaciones distintas con sus soluciones. La misma norma considerada en abstracto, tendría idéntica aplicación aun cuando los casos no fuesen absolutamente idénticos. Y bien sabemos que en cuestiones de derecho, cada problema es un mundillo de alternas posibilidades de pacificación.

Un nuevo interrogante: ¿no estaría el juez que aplica el precedente dando efectos retroactivos a la ley individual que aplica al presente?

En la pirámide ideal que kelsen imaginara, las sentencias individuales son las leyes del caso concreto, no las que se crean y proyectan con alcances generales. Es evidente que el *stare decisis* obraría en contra de los términos anteriores, dando permanente actualidad a una situación que, en los hechos, devino abstracta. De igual modo, un contingente procesal también se pone en cuestión cuando se lo extiende incausadamente. La cosa juzgada, con sus efectos y alcances no puede alcanzar a terceros que no fueron parte en los hechos, de manera que resolver extensivo a ellos la situación de derecho creada para otro caso, violenta y sacrifica esta forma de dar seguridad y justicia. De todos modos, el problema de la uniformidad de la jurisprudencia, que es en definitiva el problema a resolver y que inspira la sistemática del “precedente obligatorio”, no se resuelve –entendemos- prohibiendo a los jueces interpretar como el sistema difuso los autoriza; en todo caso será hora de abordar la temática a partir de la necesidad de verdaderos tribunales de casación e interpretación constitucional (Gozaíni, Osvaldo Alfredo, *Respuestas Procesales*, Segunda Parte, Ediar, Buenos Aires, 1999, p. 341 y ss.).

informativa, para el fiel conocimiento por la opinión pública de la actuación de la magistratura, apuntala la función judicial, lo que requiere la instauración de relaciones formales e institucionalizadas con los medios masivos de comunicación”.

“La constatación de la presencia de estos fenómenos y su interferencia en la misión de los jueces ha puesto en evidencia, también, las diversas reacciones tendientes a salvaguardar la libre convicción judicial que es garantía insustituible para los ciudadanos” (¹⁴³).

Estas afirmaciones se nutren de una meditada reflexión crítica sobre el impacto negativo que tienen los grupos de presión sobre la magistratura. No se trata de impedir que ellos formen una opinión sobre el aspecto que los convoca, sino de imposibilitar que el juicio pretenda incidir en la calificación de los hechos y la subsunción del derecho que es una tarea pura y estrictamente técnica, despojada de animosidades.

Pero también se propicia lograr que el juez consiga apartarse de esa perturbación a su independencia; de aislar el juicio de los medios de comunicación del que corresponde a una situación objetiva concreta.

El silencio forzado tampoco es una solución, pues el derecho de todos a formar una opinión sobre el caso, puede y debe orientar para la toma de decisiones sensatas y prudentes. Esto es, sin actuar reactivamente y bajo el impulso de la presión que la influencia provoca.

Ahora bien, el dilema a resolver está, una vez más, entre consentir que las sentencias judiciales se apoyen en los sentimientos sociales que transmiten los grupos de presión o los medios de comunicación; o resistirse a ellos exigiendo que la decisión sea la aplicación de las normas sin más reporte de situación del que llega del caso.

De algún modo es el péndulo que va desde los sentimientos (abstracciones) a la legalidad (concreciones), sin encontrar un punto de equilibrio al estar siempre en el vaivén de las especulaciones.

Se ha hecho evidente que entre el periodismo y la justicia hay visiones distintas. España, entre tantos países con el mismo conflicto, ha querido resolver con leyes este marasmo que oscila entre abusos informativos y derechos emergentes.

¹⁴³ . Berizonce, Roberto Omar, *Recientes tendencias en la posición del juez*, en “El juez y la Magistratura” (Tendencias en los albores del siglo XXI), AAVV – Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires / Santa Fe, 1999, p. 54.

El derecho a la información en sus tres dimensiones de investigar, conocer y difundir, con el límite de los derechos a la intimidad, el honor y la imagen, se ha constituido en un estándar. De este modo, la protección individual se asegura una cobertura mínima que el juez no tiene. Otra vez el espejismo del cuarto poder aparece en los pasillos de los tribunales poniendo zonas claras y oscuras que el magistrado difícilmente puede eludir.

El tema de fondo, entonces, considera si la independencia se obnubila para dejar paso a lo que se ha llamado “justicia mediática”. Las respuestas son esquivas y posiblemente intolerantes. Algunos reclaman controlar la situación con regulaciones que establezcan una censura; otros piensan que las autocontenciones son mejores.

Cualquiera sea la opción hay una realidad incontrastable: hoy las cosas de la justicia son públicas pese a lo privado de las controversias. Aquella frontera entre derecho público y privado no resiste el impacto de los medios de comunicación.

Ello se advierte con extrema facilidad al comprobar que los debates de la Cámara de Senadores se difunden en el canal del Senado; que algunos juicios orales se transmiten “en vivo y en directo”; y que hasta los reclamos judiciales o las denuncias pueden ser interpuestas *on line*.

Por eso, la independencia judicial no se puede leer con el cartabón habitual del constitucionalismo. 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.

3. La independencia personal del juez

Otro aspecto a considerar es cuanto refiere a la “independencia personal” del juez para el ejercicio de su función.

Para relacionarlo con los principios procesales, vale decir, para que se vinculen con la función jurisdiccional propiamente dicha, es preciso desagregar algunos temas que, también, se encuentran dentro de la autonomía exigida por mandato constitucional.

Una de ellas es la forma como se designan jueces y otra, la remoción de magistrados que, solo de manera indirecta o refleja, impactan en las garantías de la independencia funcional del magistrado, aunque correspondan a la autonomía necesaria del Poder Judicial. Lo primero tiene variadas expresiones donde se debate sobre la democratización del sistema

electivo dando participación a cada uno de los poderes del Estado, hasta aquellos que no quieren ninguna intervención, propiciando la elección de magistrados con un Consejo de la Magistratura (¹⁴⁴).

El problema restante puede ser producto de un mal desempeño sistemático, o individual pero de tamaño importancia como para actuar la remoción (¹⁴⁵).

Los demás aspectos, señalados en la estabilidad del cargo y la intangibilidad de la remuneración, también son extensiones de la independencia del Poder Judicial, pero pueden afectar la serenidad imprescindible que se requiere para juzgar.

Solo con esta perspectiva, pueden residir entre las garantías procesales.

3.1 La estabilidad en el cargo

Dice la Constitución Nacional Argentina en su art. 110 que: “*Los jueces de la Corte Suprema y de los tribunales inferiores de la Nación conservarán sus empleos mientras dure su buena conducta, y recibirán por sus servicios una compensación que determinará la ley, y que no podrá ser disminuida en manera alguna, mientras permaneciesen en sus funciones*”.

La primera parte concreta la garantía de estabilidad; la segunda, la intangibilidad de la remuneración.

Ambas son opciones constitucionales que la jurisprudencia de la Corte avaló en todo tiempo y circunstancias, pero no significa que sean baluartes de la independencia, sino reaseguros de ella.

La estabilidad, en nuestro país, depende de la buena conducta; como tal, es un estándar carente de parámetros claros y precisos. Por eso, una misma conducta puede teñirse de subjetivismos que la envuelvan o admitan al conjuro de las circunstancias donde se produce.

Suele ocurrir que una decisión judicial se considere incurso en la causal de mal desempeño, cuando otras iguales no tengan esa valoración, sencillamente porque no han sufrido el devenir de la justicia mediática, tal como se entiende al sometimiento que tiene el Poder Judicial al enjuiciamiento sumario de quienes se presentan como representantes de la

¹⁴⁴ . Díaz, *Instituciones de Derecho Procesal*, Tomo I, cit., p. 196.

¹⁴⁵ . Para ver estos temas se recomienda la obra de: Ventura, Adrián, *Consejo de la Magistratura. Jurado de Enjuiciamiento*, Depalma, Buenos Aires, 1998.

sociedad, devenidos en defensores de una moral que confunden o desconocen.

Hay dos tipos de causales de destitución que se deben diferenciar: por un lado, las vinculadas al *mal desempeño* o *mala conducta*; por otro, la comisión de delitos, ya sea en el ejercicio de funciones o se trate de crímenes comunes.

En el mal desempeño en sus funciones hay demasiada generalización, ello condiciona la actuación del órgano de control, llevándolo a la necesidad de requerir pautas más objetivas o precisas.

Observemos que esta simplificación se puede reducir en breves expresiones jurisprudenciales. La Corte dice, por ejemplo, que: "La remoción por mal desempeño procede cuando se acreditan graves actos de inconducta o que afecten seriamente el ejercicio de la función, dado que, la buena conducta se presume como garantía" (¹⁴⁶).

Reconociendo también que, cuando se pretende actuar como causal de destitución de un magistrado, no es un concepto que pueda ser aprehendido bajo fórmulas sacramentales o inflexibles, porque su configuración depende de una conducta grave, que trascienda el desempeño de la función y que, como tal, debe ser prudentemente ponderada por el juzgador, al punto de poder quedar claramente de relieve, la ineptitud del magistrado para continuar ejerciendo el cargo con que fue investido (¹⁴⁷).

Dicha imposibilidad de reconocer objetivamente cuando hay o no una conducta ejemplar, deriva en esa consigna residual, como la entiende la lectura judicial del problema.

Asimismo, la carrera judicial complica el principio de conservación del empleo con el de estabilidad en la función alcanzada; por ejemplo, si un magistrado llega por vía electiva o a través de concursos a un cargo superior, considera de inmediato que la permanencia en el sitio solo

¹⁴⁶ . CS, 29/12/1987, *Fiscal del Estado Dr. Luis Magín Suárez s/formula denuncia. Solicita jurado de enjuiciamiento y sus acumulados /Juicio Político a los Miembros de la Corte de Justicia de San Juan*, Fallos, 310:2845.

¹⁴⁷ . CS, 16/08/2006, "*Boggiano, Antonio*", Fallos, 329:3221.

depende de su buena conducta; en cambio, no hay que ir muy lejos para mostrar diferencias significativas. V.gr.: en Uruguay, la estabilidad es propia de la jerarquía que se tiene (juez), pero no para mantenerse perpetuado en la función lograda, pues si era un muy buen juez de primera instancia puede no ser tan bueno en la Cámara de apelaciones, de manera que, más allá del problema remunerativo, la instalación en el lugar donde mejor se desempeña, es la garantía que tiene el justiciable para reconocer la eficacia del servicio.

Con ello se quiere demostrar que la independencia no se altera cuando al juez se lo reubica en un cargo de menor jerarquía, si es que no ha sabido demostrar idoneidad y aptitud para desempeñarse en esa función. Lo que no se puede afectar es el empleo.

De este modo, el principio de la independencia personal se concreta en los sistemas de nominación y designación; pero dejan fuera las cuestiones relacionadas con la promoción, ascensos, reubicaciones funcionales, etc., que solamente son reglamentaciones del trabajo a cumplir.

Sabemos que no es ésta la opinión más generalizada. Por ejemplo, María Angélica Gelli sostiene que [...] “La inamovilidad comprende tanto la permanencia del magistrado en la función judicial, como el grado y la sede de su juzgado y está protegida frente a los poderes Ejecutivo y Legislativo quienes no pueden ordenar el cese de los magistrados, excepto el Congreso en caso de que decida la remoción de algún integrante de la Corte Suprema”⁽¹⁴⁸⁾.

Por su lado, Alvarado Velloso afirma que [...] la inamovilidad protege a los jueces no sólo contra la remoción, sino que resguarda también la sede y el grado que ocupan estos magistrados. Ello significa que no pueden ser trasladados de un lugar a otro, como tampoco pueden ser "ascendidos" o "retrogradados" en sus cargos, excepto que obtengan un nuevo nombramiento siguiendo los mecanismos o procedimientos descriptos en la Constitución⁽¹⁴⁹⁾.

También Prieto Castro ha señalado que, con la garantía de inamovilidad se intenta asegurar la permanencia en el cargo y en el puesto concreto, evitando que el gobierno pueda destituir de sus cargos, trasladar

¹⁴⁸ . Gelli, María Angélica, *Constitución de la Nación Argentina, comentada y concordada*, La Ley, Buenos Aires, 2003 (2ª ed.), p. 761.

¹⁴⁹ . Alvarado Velloso, Adolfo, *Introducción al Estudio del Derecho Procesal*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2000, ps. 19 y ss.

de sus puestos o jubilar de sus funciones a los jueces y magistrados, de modo arbitrario y en caso alguno, el suspenderlos en el ejercicio de aquéllas (¹⁵⁰).

3.2 Intangibilidad de la remuneración

La compensación que recibe el juez por el desempeño de su tarea es intangible; ello significa que no puede disminuirse por ninguna causa.

¿Es éste un principio que garantice la independencia?

Seguramente lo que se pretendió con la imposición constitucional fue que el juez pudiera “vivir de su trabajo”, atendiendo que resignaba muchas otras posibilidades laborales, a excepción del ejercicio de la docencia. Pero ampliar la dimensión del precepto a límites inasibles, a traído muchas complicaciones e interpretaciones disímiles que se exponen en la propia consideración jurisprudencial.

Para un sector de la doctrina, la intangibilidad de los salarios no es un valor absoluto, pese a la expresión del art. 110 constitucional que señala la imposibilidad de disminución en manera alguna.

Se argumenta que la norma debe armonizarse con el resto de las disposiciones fundamentales para evitar que puedan crearse situaciones de privilegio o de indebida preferencia, ofreciendo a algunos lo que a otros se le niega. De este modo, se autoriza a cada estado provincial para que reglamente con modalidades propias.

Pero este criterio se enfrenta al que la Corte tradicionalmente sostiene, y que se apoya en un amplio sector de analistas.

En efecto, la opinión contraria estima como “valor absoluto” lo dispuesto en el art. 110 de la Constitución Nacional, de modo tal que, entre múltiples causas, apuntala la prohibición de disminuir la remuneración cuando se afecta la asignación del cargo, o los rubros que integran la remuneración, inclusive el adicional por antigüedad, o cuando se pone término por edad a la función.

El principal fundamento está en que los haberes o sueldos de los jueces están formados por la sumatoria de los rubros que por toda clase de conceptos integran la remuneración. La solución contraria consagraría la violación de la garantía aludida y permitiría abrir el camino de la dependencia del Poder Judicial, porque la irreductibilidad del estipendio de

¹⁵⁰ . Prieto Castro, Leonardo, *Tratado de Derecho Procesal. 1ª parte: Derecho Procesal Civil*, tomo I, Madrid, 1952, p.315.

los magistrados no está solamente encaminada a un beneficio personal o patrimonial, sino al resguardo de la institución del Poder Judicial, de cuya esencia es la independencia.

La importancia que se asigna al salario judicial quedó reflejado en la causa "*Bonorino Perú*", cuando el Alto Tribunal dijo que tenía igual jerarquía que el Poder Ejecutivo y el Congreso, por lo cual estaba obligada como cabeza y titular del Poder Judicial, e inclusive en ejercicio de sus poderes implícitos, a conferir operatividad, en causa judicial, a la garantía de intangibilidad de los sueldos de los jueces.

Se trató de un expediente donde varios magistrados, por la vía del amparo, denunciaron la alteración de sus percepciones como consecuencia de la inflación reinante y la pérdida del valor adquisitivo de la remuneración.

La pretensión se resolvió favorablemente, aduciendo que el restablecimiento del valor económico de prestaciones afectadas por la inflación, no agraviaba ninguna garantía de funcionamiento de los poderes del Estado, de manera que, con mayor razón, debía repararse el detrimento a la garantía constitucional ⁽¹⁵¹⁾. Para así resolver se recordó que en el precedente "*Medina*" se había señalado que la Constitución Argentina es más enfática que la de los Estados Unidos en cuanto a la prohibición de que se disminuya la compensación de los jueces, porque en ella se agregó que tal disminución no puede realizarse "en manera alguna", especificación que no está en la cláusula análoga de la Constitución de aquel país, y que "significa la prohibición absoluta de hacerlo, cualquiera sea la forma que se busque, directa o indirecta, por rebajas o por impuestos" ⁽¹⁵²⁾.

¹⁵¹ . CS, 15/11/1985, "*Bonorino Perú, Abel y otros c/ Estado Nacional*", Fallos, 307:274, La Ley, 1986-A, 3. También se dijo que: "La intangibilidad de los sueldos de los jueces es garantía de independencia del Poder Judicial, de forma que cabe considerarla, juntamente con la inamovilidad, como garantía de funcionamiento de un poder del Estado, de modo similar a las que preservan a las Cámaras del Congreso, a sus miembros y a los funcionarios incluidos en el art. 45 (antes de 1994) de la Constitución; tal garantía está conferida en común al "órgano-institución" y al "órgano-individuo", no para exclusivo beneficio personal o patrimonial de los magistrados, sino para resguardar su función en el equilibrio tripartito de los poderes del Estado, de forma que la vía abierta en la causa no tiende sólo a defender un derecho de propiedad de los actores como particulares y a título privado, sino a la ya referida garantía de funcionamiento independiente del Poder Judicial, cuya perturbación la Constitución ha querido evitar al consagrar rotundamente la incolumidad absoluta de las remuneraciones judiciales".

¹⁵² . Fallos, 176:3

Concluye así diciendo, [...] “Si el salario del juez no está amparado como su permanencia en el cargo, desaparece la seguridad de su inflexibilidad, de su rectitud; su libertad de juicio puede vacilar ante el temor, muy humano, de que la retribución se reduzca por el legislador hasta extremos que no le permitan cubrir su subsistencia y la de los suyos”.

“Inglaterra como Estados Unidos, demuestran con la independencia absoluta del Poder Judicial que existe en ambos países, cuánto es verdad en ellos la libertad política y el derecho personal y entre nosotros mismos ha podido apreciarse desde 1853 hasta la fecha, el propósito firme de ratificar con los hechos, el enunciado del art. 96 de la Constitución Nacional”.

“Por eso ahora, cuando por primera vez surge la posibilidad de que una ley especial afecte aquel principio (*se refería a la aplicación de la Ley 11.682 de Impuesto a las Ganancias*), es deber ineludible, ratificar conceptos y decir con el eminente *Chief Justice Taney*: “El Poder Judicial es uno de los tres grandes departamentos del Gobierno creados y establecidos por la Constitución. Sus deberes y atribuciones, están especialmente determinados y por su naturaleza exigen que este departamento goce de la más absoluta independencia de los otros departamentos y a fin de colocarlo fuera del alcance y aun de la sospecha de cualquier influencia, la atribución de reducir sus compensaciones es apartada del Congreso excluyéndose de sus poderes de legislación” (¹⁵³).

¹⁵³ . Fallos, 176:3

JURISPRUDENCIA

INDEPENDENCIA

*** Corte Suprema de Justicia de la Nación • 05/03/1997 • Villegas, Angel Ariel y otros s/ infracción ley 27.737 – Causa n° 9160 • Fallos, 320:277**

- Es misión de los jueces resolver con sana reflexión las cuestiones que les son sometidas, aplicando concienzudamente el derecho vigente y ejerciendo su ciencia con independencia de presiones de cualquier índole, aunque se trate de las meramente psicológicas que ejercen los criterios imperantes en el medio social.

*** Corte Suprema de Justicia de la Nación • 23/05/2007 • Rosza, Carlos Alberto y otro s/ recurso de casación • Fallos, 320:277**

- Resulta indispensable para la designación de los magistrados y el ejercicio de la función judicial, en sintonía con los principios de independencia e inamovilidad de los jueces, la intervención obligatoria del Poder Ejecutivo -después de 1994, debe añadirse, precedida de la selección y emisión de propuestas en ternas vinculantes formuladas por el Consejo de la Magistratura-, con acuerdo del Senado, de conformidad con los preceptos de la Constitución Nacional y la forma representativa de gobierno.

INTANGIBILIDAD DE LAS REMUNERACIONES

*** Corte Suprema de Justicia de la Nación (con jueces) • 07/08/1996 • Ojea Quintana, Julio María y otro c. Estado Nacional – Secretaría de Educación y Justicia s/ juicio de conocimiento • Fallos, 319:1331**

- La intangibilidad de las remuneraciones de los jueces ha sido establecida no por razón de la persona de los magistrados, sino en mira de la institución del Poder Judicial de la Nación, a la que los constituyentes han querido liberar de toda presión de parte de otros poderes, para preservar su absoluta independencia, por lo que sólo comprende a quienes están investidos del poder de impartir justicia.
- La intangibilidad de la remuneración de los jueces establecida en el art. 96 de la Constitución Nacional, no es estrictamente una garantía en favor de tales magistrados, sino un seguro de su independencia efectiva que beneficia a la misma sociedad en tanto tiende a preservar la estricta vigencia del estado de derecho y el sistema republicano de gobierno.
- Los efectos generales causados por la inflación no son ajenos a los jueces, que tienen el deber de asumirlos solidariamente mientras su independencia, asegurada por el art. 96 de la Constitución Nacional, no se vea menoscabada; será la magnitud notable y el ostensible deterioro sufrido por las remuneraciones de los magistrados

que en cada caso acontezca, en su proyección en la relación de desempeño de la función judicial, la que justificará la procedencia del amparo.

- La garantía del art. 96 de la Constitución Nacional, dada su finalidad que consiste en proteger la independencia del Poder Judicial, no implica desligar a los jueces del deber solidario de sufrir los embates de la inflación, en tanto la erosión salarial no sea tan significativa que pueda impedir el logro de la finalidad perseguida por la norma.
- La irreductibilidad de los sueldos de los jueces, reconocida por el art. 110 de la Constitución, es garantía de la independencia del Poder Judicial, frente al Legislativo (Disidencia parcial del Dr. Diómedes Guillermo Rojas).

*** Corte Suprema de Justicia de la Nación (conjueces) • 23/08/1991 • Carbone, Edmundo José c. Estado Nacional (Ministerio de Educación y Justicia) s/ cobro de australes • Fallos, 314:881**

- La garantía de los sueldos de los jueces es garantía de la independencia del Poder Judicial, de forma que cabe considerarla, juntamente con la inamovilidad, como garantía de funcionamiento de un poder del Estado.

*** Corte Suprema de Justicia de la Nación • 28/03/1990 • Almeida Hansen, Jorge A. c. Estado Nacional (Ministerio de Educación y Justicia) s/ amparo • Fallos, 313:344**

- Uno de los aspectos esenciales de la independencia del Poder Judicial consiste en el mantenimiento de una retribución inalterable de los jueces. En los tiempos actuales, ante la creciente inflación de los últimos años, ello significa que la remuneración debe mantener el mismo poder adquisitivo, el cual se mide en la actualidad por los índices que proporciona el Instituto Nacional de Estadística y Censos (INDEC), referentes al costo de la vida o precios al consumidor.
- La intangibilidad de los sueldos de los jueces, es garantía de la independencia del Poder Judicial que, junto con la inamovilidad, constituye garantía del funcionamiento de aquél.
- Más allá de resolver si la antigüedad integra o no la remuneración de los jueces y en qué forma incide en condiciones normales, es necesario tener presente que el art. 96 de la Constitución Nacional impide en definitiva deterioros significativos del poder adquisitivo de dicha remuneración, en forma tal que no se vea comprometida su independencia, razón por la cual resulta indiferente cuál es el título por el que se paga la remuneración siempre que sea otorgado en condiciones de generalidad.

*** Corte Suprema de Justicia de la Nación • 06/08/1991 • Bergna, César E. y otros c. Estado Nacional (Ministerio de Educación y Justicia) s/ amparo • Fallos, 314:749**

- Los constituyentes, que han tenido en mira al Poder Judicial de la Nación, lo han querido liberar de toda presión por parte de los otros poderes, para preservar su absoluta independencia.

- La intangibilidad de los sueldos de los jueces es garantía de la independencia del Poder Judicial, de forma que cabe considerarla, juntamente con la inamovilidad, como garantía de funcionamiento de un poder del Estado.

*** Corte Suprema de Justicia de la Nación • 06/12/1993 • Scarpati, María Cristina y otros c. Provincia de Buenos Aires s/ acción de amparo • Fallos, 316:2747**

- Si se aplican en forma matemática los índices del costo de vida, deberá efectuarse una quita sobre los montos que resulten de tal procedimiento, la que reflejará de algún modo el deber de solidaridad de los jueces y la necesidad de compartir con el respeto de la comunidad los embates de la inflación, pero sin que ello ponga en peligro la independencia del Poder Judicial.

*** Corte Suprema de Justicia de la Nación • 11/07/2007 • Brandi, Eduardo A. y otros c. Provincia de Mendoza • LA LEY 25/07/2007, 11 - IMP 2007-17 (Septiembre), 1688 - DJ 2007-II, 537**

- Ante la rigurosa doctrina sentada por el Tribunal sobre la indemnidad de la garantía constitucional de intangibilidad de las remuneraciones judiciales frente a la derogación de las normas provinciales que preveían un mecanismo de actualización, quienes pretenden obtener la declaración de inconstitucionalidad de una norma que establece que la garantía no comprende dicha actualización -en el caso, art. 151, Constitución de Mendoza- debieron demostrar en qué modo el texto cuestionado es repugnante a la prerrogativa federal de que se trata a pesar de que, por un lado, expresamente reconoce la intangibilidad y, por el otro, mediante un enunciado descriptivo de inequívoco alcance niega a dicha prerrogativa un alcance lineal y unívoco que lo amalgame con cualquier procedimiento por índice de precios o cualquier otro mecanismo de ajuste.
- La omisión de acreditar de qué modo el art. 151 de la Constitución de la Provincia de Mendoza, desde su entrada en vigencia y hasta el inicio de la acción declarativa de inconstitucionalidad, compromete la garantía de intangibilidad de las remuneraciones de los magistrados y funcionarios judiciales al no permitir la actualización monetaria, y lleva a concluir que la pretensión carece de uno de los recaudos que condicionan su procedencia, en la medida en que no se observa, con mínimo grado de concreción, un perjuicio o lesión suficientemente inmediata o directa a la mencionada garantía, cuya vulneración -por el contrario- aparece como hipotética, remota o conjetural.
- La impugnación constitucional del art. 151 de la Constitución de la Provincia de Mendoza por violar la garantía de intangibilidad de las remuneraciones de magistrados y funcionarios, más allá del acierto o error con el cual los actores interpretan dicho texto, no puede ser asimilada al supuesto de "casos contenciosos" previstos en el art. 2º de la ley 27, como los únicos en los que pueden ejercer su jurisdicción los tribunales federales de todas las instancias, si el examen de las diversas argumentaciones que sostienen la pretensión permite concluir que no se verifica la presencia de un interés jurídico inmediato o directo que dé lugar a una controversia actual y concreta.

- Es procedente rechazar *in limine* la acción declarativa de inconstitucionalidad del art. 151 de la Constitución de la Provincia de Mendoza en cuanto establece que la garantía de la intangibilidad de las remuneraciones de magistrados y funcionarios en ningún caso comprenderá la exención de los aportes que con fines de previsión u obra social se establezcan con carácter general, ya que los actores no logran acreditar en forma fehaciente cuáles son los derechos o garantías de raigambre constitucional vulnerados ni en qué modo lo serían frente a la singular y excepcional circunstancia de tratarse de descuentos salariales que tienen por causa obligaciones relativas a un sistema de seguridad social, cuyo parejo anclaje constitucional no ha sido abordado en la presentación.

*** Corte Suprema de Justicia de la Nación • 30/06/1993 • Argüello Varela, Jorge Marcelo c/ Estado Nacional - C.S.J.N. s/ amparo" • Fallos, 320:1931**

- El sentido y alcance de la protección que el régimen de jubilaciones dispensa a los magistrados en situación de retiro aparece inspirada en propósitos últimos de garantía e independencia funcional análogos a los que sustentan el principio de intangibilidad de la remuneración de los jueces durante el ejercicio de la judicatura.

*** Corte Suprema de Justicia de la Nación • 18/07/2006 • D. C., M. G. y otros c. Ministerio de Justicia • DJ 27/09/2006, 252**

- Los pagos ordenados por el decreto 1770/91 del Poder Ejecutivo Nacional integraron una política de recomposición salarial para el Poder Judicial de la Nación que abordaba globalmente dicha problemática — tanto en la dimensión retroactiva como la de futuro—, razón por la cual no cabe constreñir el reconocimiento de la deuda con los jueces en actividad al limitado marco civilista de las transacciones habidas con cada interesado, toda vez que aquellos actos sólo fueron medios instrumentales para la efectivización de los pagos y no podían ser óbice para el reclamo de quienes están en situación de retiro. (De la sentencia de la Corte según la doctrina sentada en "Benítez Cruz", 28/03/2006,

*** Corte Suprema de Justicia de la Nación • 18/07/2006 • D. C., M. G. y otros c. Ministerio de Justicia • DJ 27/09/2006, 252**

- El decreto 1770/91 del Poder Ejecutivo Nacional, modificado por el decreto 2024/91, extendió el beneficio económico allí especificado a todos aquellos funcionarios judiciales que cumplieran con un doble recaudo alternativo, cual era la equiparación, sea por nivel remuneratorio o por categoría jerárquica, con los jueces nacionales, principio general que no cabía ceñir, acto seguido, por vía de enumeración casuística, en tanto ello importaría una arbitraria distinción en el marco de situaciones semejantes.

*** Corte Suprema de Justicia de la Nación • 18/07/2006 • D. C., M. G. y otros c. Ministerio de Justicia • DJ 27/09/2006, 252**

- Corresponde revocar la sentencia que rechazó la demanda mediante la cual ciertos

defensores oficiales ante juzgados y cámaras federales que percibieron una remuneración equivalente a la de un juez nacional de primera instancia, solicitaron la extensión del beneficio establecido en el decreto 1770/91 del Poder Ejecutivo Nacional -modificado por el decreto 2024/91-, ya que la inteligencia de dichas normas que mejor se ajusta a la presumible intención del legislador, es la que extiende el beneficio no sólo a los comprendidos en la enumeración legal, sino también a quienes ostenten un status equivalente, cualquiera haya sido la índole del acto por el que se hubiera consagrado tal asimilación.

- El decreto 1770/91 y su modificatorio 2024/91 del Poder Ejecutivo Nacional - integrados en su inteligencia- confirieron el beneficio económico que se especifica no sólo a los magistrados judiciales -destinatarios directos de la garantía constitucional de intangibilidad salarial-, sino también a cierta categoría genérica de funcionarios judiciales, cuales son todos aquellos que por su remuneración o jerarquía están equiparados a los jueces nacionales, concepto que a todas luces excede la enunciación de los supuestos individualizados por la mención de los preceptos legales o reglamentarios dónde se los contempla.

*** Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, integrada por conjuces • 21/04/2006 • N. H. O. c. Provincia de Buenos Aires y sus acumuladas • LLBA 2006 , 907 - LDT 2006 (setiembre), 1392**

- La garantía de intangibilidad de las remuneraciones de los jueces debe interpretarse en consonancia con la proporcionalidad que debe existir entre el haber previsional y el de actividad, ello en razón de la naturaleza sustitutiva que tiene el primero respecto del segundo, y ese equilibrio sólo se alcanza cuando el jubilado conserva una situación patrimonial proporcionada a la que le correspondería de haber seguido en actividad (Del voto de la conjuenza Dra. Messina)
- Los haberes previsionales de los magistrados que han cesado en sus funciones no se encuentran amparados por la garantía de intangibilidad de las remuneraciones prevista en el art. 110 de la Constitución Nacional (Del voto del conjuenza Tedesco)
- Si la garantía de intangibilidad de las remuneraciones de los magistrados se asentara en un derecho del "sujeto juez", esa garantía trasmutaría en un privilegio contrario al art. 32 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires (Del voto en disidencia de la conjuenza Aramburú)

*** Corte Suprema de Justicia de la Nación • 11/04/2006 • Gutiérrez, Oscar E. c. Administración Nac. de la Seguridad Social • LA LEY 31/05/2006, 10, con nota de Juan Cianciardo -**

- Resulta improcedente asignar a la garantía de intangibilidad de las remuneraciones de los magistrados, una extensión tal que desconozca las facultades que los arts. 4, 17 y 75 inc. 2 de la Constitución Nacional confieren al Congreso de la Nación, para hacer imponer con carácter general y no discriminatorio contribuciones equitativas y proporcionales a la población. (Del voto en disidencia del doctor Méndez).
- Desde el punto de vista constitucional, hacer prevalecer el principio de igualdad por sobre el de intangibilidad de las remuneraciones de los jueces y así establecer que

los magistrados se encuentran obligados a pagar el Impuesto a las Ganancias, supone reconocer que es tan injusto imponer la misma contribución a quienes están en desigual situación, como gravar en distinta forma a quienes tienen iguales medios (del voto en disidencia del doctor Rosatti).

- Debe confirmarse la sentencia de primera instancia que admitió la acción de amparo promovida por un juez provincial jubilado con el fin de que se ordene el cese de los descuentos en concepto del impuesto a las ganancias efectuados en sus haberes previsionales y se le reintegren los importes retenidos en tal concepto, pues la intangibilidad de las remuneraciones de los magistrados, contemplada en el art. 110 de la Constitución Nacional, impide admitir que se aplique un gravamen que recaiga directamente sobre sus sueldos, ya que dicha imposición implicaría en los hechos disminuir la retribución que tienen fijada, condición que se traslada a los haberes de los jueces jubilados (Del voto del doctor García Lema).
- La garantía establecida en el art. 110 de la Constitución Nacional resulta perfectamente compatible con el principio de igualdad, pues mediante la intangibilidad de la remuneración de los jueces – y su necesaria proyección a los haberes de pasividad-, se procura preservar uno de los principios básicos del sistema republicano, cual es el de la independencia del Poder Judicial, ya que no se trata de una garantía establecida para la protección de las personas que ejercen — o ejercieron— la judicatura, sino del órgano-institución Poder Judicial (del voto de los doctores Poclava Lafuente y Ferro).
- Desde el punto de vista político, el deber de los magistrados de pagar el Impuesto a las Ganancias, en base a la prevalencia de la igualdad por sobre el postulado de intangibilidad de las remuneraciones de los jueces, supone afirmar el principio de ciudadanía y reconocer la comunión de esfuerzos que todos los estamentos de la sociedad deben realizar para solventar, cada uno en función de su situación económica, el mantenimiento del Estado (del voto en disidencia del doctor Rosatti).

*** Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires • 13/06/2003 • Pettigiani, Juan M. c. Provincia de Buenos Aires • LLBA 2003, 1209, con nota de Daniel A. Prieri Belmonte**

- El pago parcial de la retribución de los funcionarios judiciales de la provincia de Buenos Aires -en el caso, un fiscal general adjunto- con títulos de la deuda pública -letras de Tesorería denominadas "patacones"- no atenta contra la garantía constitucional de intangibilidad de las remuneraciones, si dicha medida comprende a todos los agentes estatales, no importa un ataque contra la independencia del Poder Judicial, reviste carácter temporario, es dispuesta por ley en un contexto de emergencia económica general y resulta razonable -entre otros motivos, por su circulación irrestricta- (Del voto del doctor Cappello).

*** Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y Minería de San Juan, sala II • 16/05/2002 • Galvez Atienza, A. y otros c. Provincia de San Juan • LLGran Cuyo 2005 (junio), 621**

- Debe declararse la inconstitucionalidad del dec. 1512/98 de San Juan y, en

consecuencia, autorizarse a ex magistrados y funcionarios jubilados del Poder Judicial a desafiliarse de la Obra Social provincial, pues la negativa en tal sentido resulta violatoria de la prerrogativa constitucional de intangibilidad salarial - inspirada en propósitos de garantía e independencia funcional análogos a los que sustentan la intangibilidad de la remuneración de los magistrados en actividad-, al provocarse un menoscabo en el haber jubilatorio de aquéllos, así como también una desigualdad entre los haberes que perciben los magistrados en actividad y el monto jubilatorio de los retirados (Del voto del doctor Sánchez).

*** Corte Suprema de Justicia de la Nación • 30/04/2002 • Acevedo, Oscar D. c. Provincia de Buenos Aires • LA LEY 2002-F, 1 - DJ 2002-3, 164**

- No es de la competencia originaria de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, la acción de amparo tendiente a obtener protección respecto de actos y omisiones del Poder Ejecutivo y del Poder Judicial de un Estado local, que impiden al amparista - agente fiscal- percibir su sueldo en pesos -por aplicación de la ley 12.727 de la Provincia de Buenos Aires que dispone su pago en patacones-, toda vez que la cuestión requiere para ser resuelta la interpretación del accionar de autoridades locales, el cual fue ejecutado dentro de las facultades otorgadas por los arts. 121 y sgtes. de la Constitución Nacional (del dictamen del Procurador General que la Corte hace suyo).
- Es ajena a la competencia originaria de la Corte Suprema de Justicia de la Nación la acción de amparo tendiente a cuestionar actos administrativos, legislativos o judiciales que impiden al actor -agente fiscal- la percepción de su sueldo en pesos - en el caso, por aplicación de la ley 12.727, de la Provincia de Buenos Aires que dispone su pago en patacones-, pues la relación jurídica que lo vincula con la demandada y que da sustento a su pretensión es de naturaleza administrativa provincial, por tratarse de una relación de empleo público local (del dictamen del Procurador General que la Corte hace suyo).

*** Corte Suprema de Justicia de la Nación • 27/09/2001 • Mill de Pereyra, Rita A. y otros c. Provincia de Corrientes • Fallos, 324:3219.**

- La ley de convertibilidad 23.928 constituye una decisión clara y terminante del Congreso de la Nación de ejercer las facultades para hacer sellar la moneda y fijar su valor según el art. 75 inc. 11 de la Constitución Nacional -en el caso, la Corte revocó la inconstitucionalidad declarada de oficio por el inferior en el marco de una acción para actualizar haberes judiciales-, habiendo sido derogadas no sólo las disposiciones legales que permitían actualizar créditos, sino también las de orden pretoriano (del voto de los doctores López y Bossert).
- La ley de convertibilidad 23.928, en cuanto prohíbe todo mecanismo de indexación con posterioridad al 1º de abril de 1991, no deviene inconstitucional en su aplicación a los sueldos de los jueces -en el caso, la Corte revocó la inconstitucionalidad declarada de oficio por el inferior un juicio para actualizar haberes judiciales-, aún frente al deterioro producido por la inflación, pues la intangibilidad de tales sueldos -art. 110, Constitución Nacional- debe conciliarse con la facultad que tiene el Congreso para hacer sellar la moneda, fijar su valor y el

de las extranjeras -art. 75 inc. 11-.

- La ley de convertibilidad 23.928, en cuanto prohíbe todo mecanismo de indexación con posterioridad al 1º de abril de 1991, no vulnera sino que procura resguardar la intangibilidad de las retribuciones judiciales prevista en el art. 110 de la Constitución Nacional -en el caso, la Corte revocó la inconstitucionalidad declarada de oficio por el inferior en un juicio para actualizar tales haberes-, ya que las preserva del proceso inflacionario mediante el establecimiento de un equilibrio monetario que se quebraría si se conservaran los criterios indexatorios (del voto del doctor Vázquez).

*** Corte Suprema de Justicia de la Nación • 28/03/2000 • V, N.W. y otros c. Provincia de Buenos Aires. • LA LEY 2000-D, 445 - DJ 2000-2, 1108**

- Aun cuando el principio de intangibilidad de la remuneración de los jueces no puede ser desconocido en el ámbito provincial, ello no implica que sus alcances en ese ámbito deban ser necesariamente iguales a los trazados para la esfera nacional.
- Establecida en el ámbito local la intangibilidad de las remuneraciones de los jueces, los alcances con los cuales aquélla sea consagrada constituye materia propia de la zona de reserva provincial e inmune a la actividad de la Corte Suprema.

*** Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires • 15/12/1999 • G. Z, A. G. c. Provincia de Buenos Aires -Ac. 61.650- • LLBA 2001, 187**

- La aplicación al crédito de un juez provincial por diferencias salariales de la ley 11.192 de Buenos Aires, 971), en cuanto instituye el pago forzoso a largo plazo y con títulos públicos de las deudas contraídas por el Estado provincial, lesiona la garantía de intangibilidad de la remuneración de los magistrados -arts. 1º, 31 y 110, Constitución Nacional-, de estrecha vinculación con la independencia del Poder Judicial, la vida democrática y la directiva de afianzar la justicia contenida en el Preámbulo.

*** Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba, sala contenciosoadministrativa • 14/10/1998 • Carranza, Raúl E. c. Caja de Jubilaciones, Pensiones y Retiros de Córdoba • LLC 1999, 543**

- La intangibilidad de las remuneraciones de los jueces ha sido establecida no por razón de la persona de los magistrados, sino en miras de la institución del Poder Judicial de la Nación, a que los contribuyentes han querido liberar de toda presión de parte de los otros poderes para preservar su absoluta independencia.
- La intangibilidad de las remuneraciones o compensaciones, así como la inmunidad de arresto y la inamovilidad, comportan garantías jurídicas de los jueces en actividad y su interpretación es restrictiva y limitada a quienes se encuentran en ejercicio de sus funciones.

*** Corte Suprema de Justicia de la Nación • 28/03/2006 • Benítez Cruz, Luis C. y otros c. Ministerio de Justicia • DJ 02/08/2006, 972**

- El reconocimiento de haber mediado una injustificada e ilegítima disminución de los sueldos de los jueces, lleva a aceptar el derecho de reclamar de quienes tienen una prestación derivada que fue fijada en un porcentaje por la ley respectiva.
- Las sumas de dinero otorgadas por el decreto 1770/91 del Poder Ejecutivo Nacional a quienes se hubiesen desempeñado como magistrados nacionales entre el 1° de abril de 1987 y el 31 de octubre de 1990, debe ser abonada, en el porcentaje de ley, a los magistrados pasivos, pues ese pago adicional integró la remuneración intangible garantizada por la Constitución Nacional.
- Al estar involucrada la inteligencia de normas previsionales, debe tenerse presente la finalidad que con ellas se persigue, lo que obsta a una exégesis restrictiva que pudiera conducir a la pérdida de algún derecho, máxime cuando de lo que se trata es de preservar la necesaria proporcionalidad que debe existir entre el haber de pasividad y el de actividad, en razón de la naturaleza sustitutiva que cabe reconocer al primero respecto del segundo.
- El hecho de que el decreto 1770/91 del Poder Ejecutivo Nacional sólo establezca el pago de ciertas sumas de dinero respecto de quienes se hubieren desempeñado como magistrados y funcionarios nacionales entre el 1° de abril de 1987 y el 31 de octubre de 1990, no debe llevar a la conclusión de que ese pago deba ser excluido a los fines jubilatorios, pues de ser así se alteraría de modo sustancial y por vía reglamentaria los términos de la movilidad de los haberes jubilatorios previstos en los arts. 7 y 14 de la ley 18.464.
- La independencia del Poder Judicial obliga a concluir que la intangibilidad de los emolumentos de los jueces es extensible al haber de los jubilados, desde que la posible disminución de los derechos previsionales generaría intranquilidad en el ejercicio funcional, o presión para motivar el abandono de sus cargos de quienes, con ese grado de incertidumbre, tuvieran que administrar justicia.
- Los pagos ordenados por el decreto 1770/91 del Poder Ejecutivo Nacional integraron una política de recomposición salarial para el Poder Judicial de la Nación que abordaba globalmente dicha problemática - tanto en la dimensión retroactiva como la de futuro-, razón por la cual no cabe constreñir el reconocimiento de la deuda con los jueces en actividad al limitado marco civilista de las transacciones habidas con cada interesado, toda vez que aquellos actos sólo fueron medios instrumentales para la efectivización de los pagos y no podían ser óbice para el reclamo de quienes están en situación de retiro.
- La suma establecida en el decreto 1770/91 del Poder Ejecutivo Nacional para quienes se hubieren desempeñado como jueces entre el 1° de abril de 1987 y el 31 de octubre de 1990, procuró compensar el deterioro de las remuneraciones judiciales, por lo que significó el reconocimiento de una diferencia salarial acorde con los niveles exigidos por el art. 110 de la Constitución Nacional.
- Para determinar si las sumas abonadas en virtud del decreto 1770/91 del Poder Ejecutivo Nacional deben formar la base determinativa del haber jubilatorio ordinario de los jueces, corresponde partir del principio sentado en el art. 110 de la Constitución Nacional que dispone, en lo pertinente, que los jueces de la Nación

recibirán una compensación que determinará la ley y que no podrá ser disminuida en manera alguna, mientras permanecieren en sus funciones.

- La suma establecida en el decreto 1770/91 del Poder Ejecutivo Nacional para quienes se hubieren desempeñado como jueces entre el 1° de abril de 1987 y el 31 de octubre de 1990 tiene naturaleza remunerativa, y debe conceptuarse como contraprestación por los servicios prestados en la función jurisdiccional.
- La circunstancia de que el beneficio previsto en el decreto 1770/91 del Poder Ejecutivo Nacional, se extendiera a la totalidad de los jueces nacionales que se hubieren desempeñado como tales entre el 1° de abril de 1987 y el 31 de octubre de 1990, sin que hubiere mediado solicitud o reclamo -judicial o extrajudicial- ni invocación de un perjuicio personal por los destinatarios, permite concluir que se trata de sumas que tienen carácter remuneratorio, pues de excluirse dicha finalidad se habría consagrado una gracia o liberalidad por parte del Estado, incompatible con los principios que rigen la administración del erario público.
- El carácter remuneratorio de las diferencias salariales ofrecidas por medio del decreto 1770/91 del Poder Ejecutivo Nacional, a quienes se hubieren desempeñado como jueces entre el 1° de abril de 1987 y el 31 de octubre de 1990, no se altera por la mera circunstancia de que hayan sido pagadas por única vez y sin incorporarse a la remuneración habitual, ya que ese resultado acontece cuando se cancelan tardíamente y en una sola oportunidad haberes adeudados por más de un período.

*** Corte Suprema de Justicia de la Nación • 27/09/2005 • B., E. A. c. Provincia de Mendoza • DJ 2005-3, 568 - JA 2005-IV, 540**

- El diseño adoptado por la Constitución de la Provincia de Mendoza para la enmienda o reforma constitucional determina que se trata de un acto complejo para el que deben concurrir dos voluntades, y no existe reforma constitucional hasta tanto se dé cumplimiento a la segunda etapa del procedimiento, lo cual impide declarar la inconstitucionalidad de la ley 7405 de la Provincia de Mendoza por la que se pretende una modificación -en el caso, del art. 151 en lo relativo a la intangibilidad de las remuneraciones de magistrados y funcionarios-, en tanto ello significaría una intromisión en facultades reservadas a los poderes políticos del Estado provincial.
- No existe un "caso" que permita la intervención de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, si se solicita la declaración de inconstitucionalidad de la ley 7405 de la Provincia de Mendoza por la que se pretende modificar la Carta Magna local -en el caso, art. 151 relativo a la intangibilidad de las remuneraciones de magistrados y funcionarios-, pues tal acto configura una iniciativa que no fija en forma definitiva la existencia y modalidad de una relación jurídica, ni genera un genuino estado de incertidumbre que sea apto para justificar que se de curso a dicha acción (del voto de la doctora Argibay).
- Es procedente rechazar "in limine" el amparo que procura la declaración de inconstitucionalidad de la ley 7405 de la Provincia de Mendoza relativa a la modificación de la Constitución provincial -en el caso, art. 151 relativo a la intangibilidad de las remuneraciones de magistrados y funcionarios- y que se ordene a la demandada abstenerse de convocar a un referéndum popular, pues, la apertura del procedimiento de reforma no requiere examinar si se configura una afectación

constitucional en cabeza de los peticionarios debido a que los actos correspondientes importan iniciativas que no fijan en forma definitiva la existencia y modalidad de una relación jurídica ni causan incertidumbre.

*** Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Corrientes • 13/06/2005 • Basualdo de Echeverría, Sheyla N. N. c. Provincia de Corrientes y otro • LLLitoral 2005 (noviembre), 1101**

- La merma en la retribución de los magistrados presume su repercusión perniciosa, sea que se funde en el carácter alimentario del salario o que se considere el carácter irrenunciable de la garantía de intangibilidad de las remuneraciones.

*** Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza, sala I • 24/09/2004 • Staib, Alberto y otros c. Provincia de Mendoza • LLGran Cuyo 2004 (noviembre), 958**

- La garantía de intangibilidad de los salarios de los magistrados reconocida en el art. 151 de la Constitución de Mendoza, no tiene valor absoluto que imponga como una obligación legal el que sus sueldos se actualicen permanentemente en función de la pérdida del valor adquisitivo del dinero como consecuencia de la inflación existente, siendo posible tal adecuación en la medida en que un proceso inflacionario sea de tal magnitud que haya envilecido el salario del magistrado, con grave consecuencia en orden a la pérdida de su independencia. (Del voto en disidencia del doctor Vázquez Viera).

*** Corte de Justicia de la Provincia de Salta • 12/08/2003 • Orellana, Rosa V. c. Provincia de Salta • LLNOA 2004 (marzo), 842**

- La garantía constitucional de intangibilidad de las remuneraciones de los jueces, extendida a los defensores oficiales por el art. 165 de la Constitución de la Provincia de Salta, ha sido establecida no por razón de la persona de los magistrados sino a favor de las instituciones del Poder Judicial y del Ministerio Público, a las que los constituyentes han querido liberar de toda presión de parte de los otros poderes, para preservar su absoluta independencia.

*** Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contenciosoadministrativo Federal, sala II • 03/07/2003 • Lamberti, Liliana N. c. Ministerio de Justicia • DJ 2003-3, 1113**

- Es improcedente el reclamo de diferencias de haberes que según la actora resultarían de la aplicación del régimen del art.1 de la ley 22.969, respecto de las sumas fijadas por el decreto 1770/91 del Poder Ejecutivo Nacional -mod. por el dec. 2024/91- como indemnización en reconocimiento de la garantía de intangibilidad de las remuneraciones de los magistrados nacionales, toda vez que el citado decreto no fijó una remuneración general para la categoría base de aplicación de los porcentuales de la referida ley 22.969.
- El dec. 1770/91 del Poder Ejecutivo Nacional hizo aplicación de la garantía constitucional de intangibilidad de las remuneraciones de los jueces ofreciendo

reconocer diferencias adeudadas, en forma económicamente parcial y jurídicamente cancelatoria, a quienes -estando comprendidos en la norma- aceptaron la oferta, lo que implica que no se trató de una modificación de la asignación atribuida a la categoría presupuestaria correspondiente al juez de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, base de la escala porcentual de remuneraciones fijada por la ley 22.969.

INAMOVILIDAD EN EL CARGO

*** Corte Suprema de Justicia de la Nación • 18/12/2002 • Amerisse, Alfredo Ricardo c/ Salta, Provincia de s/ amparo • Fallos, 325:3514**

- Todo lo concerniente a la inamovilidad de los jueces es inherente a la naturaleza del Poder Judicial y configura uno de los principios estructurales del sistema político establecido por los constituyentes de 1853, al punto que es uno de los dos contenidos sobre los que se asienta la independencia de dicho departamento y que ha sido calificada por la Corte Suprema como una garantía en favor de la totalidad de los habitantes.

*** Corte Suprema de Justicia de la Nación • 14/07/1999 • Fayt, Carlos Santiago c/ Estado Nacional s/ proceso de conocimiento • Fallos, 322:1408**

- Todo lo concerniente a la inamovilidad de los jueces es inherente a la naturaleza del Poder Judicial de la Nación y configura uno de los principios estructurales del sistema político establecido por los constituyentes de 1853.
- Lo concerniente a la inamovilidad de los jueces, es uno de los dos contenidos sobre los que se asienta la independencia del Poder Judicial y antes que un privilegio en favor de quienes ejercen la magistratura, es una garantía en favor de la totalidad de los habitantes.
- El principio general de la inamovilidad de los jueces establecido en el art. 110 de la Constitución Nacional, esencial para la preservación de su independencia de criterio, ha sido limitado por el art. 99, inc. 4º (Disidencia parcial del Dr. Gustavo A. Bossert).
- La limitación al principio básico de la inamovilidad de los jueces, por su naturaleza, como toda excepción o límite a principios generales, debe ser interpretada estrictamente y no extendiendo lo que surge del texto de la norma (Disidencia parcial del Dr. Gustavo A. Bossert).
- Las disposiciones constitucionales que permiten la separación del cargo de aquellos magistrados nombrados de conformidad con las leyes, deben ser interpretadas restrictivamente, pues el principio de inamovilidad de los jueces es requisito esencial para la debida preservación de las instituciones republicanas (Disidencia parcial del Dr. Gustavo A. Bossert).

*** Corte Suprema de Justicia de la Nación • 25/09/1997 • Trovato, Francisco Miguel Angel s/ enjuiciamiento • Fallos, 320:1931**

- El Poder Judicial, por sus funciones específicas, debe ser preservado orgánica y funcionalmente, asegurando su independencia. Para ello se debe respetar como condición esencial la inamovilidad de los magistrados, que comprende el grado y la sede, no pudiendo ser trasladados ni ascendidos sin su consentimiento, ni suspendidos en el ejercicio del cargo (Voto del Dr. Carlos S. Fayt).
- La magistratura se desempeña en el interés general y sus garantías explícitas tienen fundamento en el principio de soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno, de modo que todo avance sobre la independencia del Poder Judicial - como sería la abducción de la garantía de la inamovilidad o de la intangibilidad de las remuneraciones importaría una agresión a la Constitución Nacional pasible de ser repelida por la vía de su art. 43 (Voto del Dr. Carlos S. Fayt).
- Se viola la garantía de inamovilidad y con ella la independencia del Poder Judicial y se disminuye la seguridad jurídica, si se admite que el Senado exorbite el art. 52 de la Constitución Nacional y suspenda en sus funciones al juez encausado políticamente (Disidencia del Dr. Carlos S. Fayt).

*** Corte Suprema de Justicia de la Nación • 22/06/1999 • Iribarren Casiano Rafael c. provincia de Santa Fe s/ acción declarativa • Fallos, 322:1253**

- Nuestro sistema constitucional ha sido inspirado en móviles superiores de elevada política institucional con el objeto de impedir el predominio de intereses subalternos sobre el interés supremo de la justicia y de la ley, y se ha estructurado sobre un pilar fundamental: la independencia propia del Poder Judicial, requisito necesario para el control que deben ejercer los jueces sobre los restantes poderes del Estado.

*** Corte Suprema de Justicia de la Nación • 31/03/1993 • Balaguer, Luis Armando c. Estado Nacional (H.S. de la Nación Argentina) s/ amparo • Fallos, 316:451**

- Se viola la garantía de la inamovilidad y con ella la independencia del Poder Judicial y se disminuye la seguridad jurídica, si se admite que el Senado exorbite el art. 52 de la Constitución Nacional y suspenda en sus funciones al juez encausado políticamente (Disidencia del Dr. Carlos S. Fayt).

INDEPENDENCIA Y MORAL

*** Corte Suprema de Justicia de la Nación • 13/07/2007 • Bussi, Antonio Domingo c/Estado Nacional (Congreso de la Nación - Cámara de Diputados) s/incorporación a la Cámara de Diputados •**

- Si es preciso predicar la necesidad de condiciones éticas a la hora de evaluar la aptitud para asumir competencias públicas frente a la generalidad de los funcionarios públicos, a fortiori, este recaudo asume mayor protagonismo frente a aquellas funciones que implican, per se, la adopción de decisiones políticas de

interés nacional que, frecuentemente, conllevan la adopción o remisión a un sistema de valores morales o éticos

*** Corte Suprema de Justicia de la Nación • 08/09/1992 • Servini de Cubría, María Romilda s/ amparo • Fallos, 315:1943**

- La intrusión de lo audiovisual pareciera que deprime a la reflexión y la sustituye por la observación pasiva de las apariencias, modifica los mecanismos de transmisión de la cultura y la significación de los valores morales, sacralizando la omnipotencia de la imagen sobre el discurso y con ello, la declinación de la civilización del libro y la palabra impresa (Voto del Dr. Carlos S. Fayt).

CAPÍTULO VI

LA IMPARCIALIDAD DEL JUEZ

1. La garantía de imparcialidad

La imparcialidad que se presenta como garantía del proceso, no se resume en la ecuanimidad del juzgador, sino en el significado que tiene para todo el proceso ser imparcial.

Es un presupuesto que posee distintas connotaciones y alcances. Comienza con la promesa de imparcialidad que debe garantizar cualquier sistema judicial de enjuiciamiento, estableciendo la necesidad del “juez natural”; continúa con la penalización de quienes pretendan afectar la integridad del principio por cualquier medio; sigue con el deber de jueces y tribunales de apartarse (inhibirse) de la causa cuando encuentra afectada su neutralidad; como extiende a las partes el mismo deber de denuncia si existe ese eventual compromiso (causales de recusación); y también, puede ser el argumento de resistencia de quien analiza la decisión del tribunal.

En este último aspecto, con matices sociológicos, incide sobre las sentencias un nutrido conjunto de subjetivismos, donde anidan la formación cultural, el peso de las costumbres, la justificación de las acciones, y el propio mecanismo previsto para la actuación de la función jurisdiccional (¹⁵⁴).

¹⁵⁴ . Afirma Igartúa que [...] “los jueces tampoco son inmunes a las afecciones ideológicas...No mejora las cosas ni ayuda a objetivar una interpretación la directiva tocante a la <<realidad social del tiempo>>. De fórmulas parejas a ésta se ha dicho que sólo sirven para <<introducir de modo subrepticio los valores subjetivos y los perjuicios del intérprete sin que se exija a los juristas una demostración fundada en el análisis de la sociedad>> [Barcellona, Pietro, *La formación del jurista*, Cívitas, Madrid, 1977, p. 28]. Pero incluso si se estudiara en serio la realidad social y se lograra dar cuenta de lo que hay de una manera concordante, sólo se habría cubierto la primera etapa. El recorrido no acaba ahí sino en la *valoración* de la realidad social que ha de prevalecer en la interpretación de las normas” (Igartúa, Juan, *La moral en la justificación de las decisiones judiciales*, en “Jueces y Derecho”, cit., p. 93).

Con estos parámetros el problema de la garantía de imparcialidad tiene dos visiones posibles. Como recaudo preliminar del enjuiciamiento, ordenando que el juez de la causa sea quien, objetivamente, corresponde intervenir; y como análisis de las decisiones, donde la imparcialidad puede haberse afectado por el mal uso de los poderes que al juez le otorga el poder jurisdiccional.

En el primer caso, la imparcialidad se respalda con directivas claras y precisas de la organización judicial y procesal, propiamente dicha (v.gr.: art. 18, CN; abstención reglada para la inhibición judicial; causales de recusación); en el restante, solo la revisión jerárquica o institucional (v.gr.: Corte Interamericana de Derechos Humanos) de los actos judiciales admite controlar la garantía.

2. La garantía del juez natural

La garantía del juez natural exige que el tribunal sea establecido por ley anterior a los hechos que se deben resolver en una causa determinada.

La denominación de “juez natural” es una expresión que designa al magistrado que debe conocer en una actuación establecida; no es que haya jueces innaturales, sino que para ocuparse de los procedimientos, es requisito ineludible que la institución de jueces y magistrados competentes lo sea con anterioridad a los hechos que deben juzgar.

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.

También suele referirse al juez legal o predeterminado, que no solamente involucra la garantía constitucional de la designación previa del órgano jurídico sino, además, la imposibilidad de que sean otros, no ordinarios, quienes obtengan indirectamente la asignación del problema, pues si fuera de este modo, quedaría agraviada la mentada confianza ante la hipótesis probable del oportunismo intencionado.

Por tanto, juez natural es el juez de la Constitución; aquél que ejerce su jurisdicción de manera *ab origine* y no por delegación o subterfugios ilegítimos.

La garantía se vincula con la prohibición de juzgar por medio de “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 (¹⁵⁵).

De este modo, dice Gimeno Sendra, el principio encierra 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 (¹⁵⁶).

2.1 Aspectos prácticos de la garantía

Sostener que las partes deben resolver sus conflictos ante el “juez natural”, no es tan fácil de concretar. Hay varias situaciones que torna permeable a la garantía (v.gr.: consentir la formación de un tribunal incompetente), o la vuelve rígida originando nulidades absolutas (v.gr.: cuando la jurisdicción asignada es de orden público). Algunas veces, depende de la revisión judicial que permita controlar la legalidad de la actuación cumplida; y en otras directamente se anula el procedimiento por no sustanciarse ante el juez legal y competente.

En efecto, si bien es cierto la asignación y distribución de la competencia judicial es una regla del proceso, antes que una garantía;

¹⁵⁵ . 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 (Cfr. Gozaíni, *Derecho Procesal Constitucional – Debido Proceso*, cit., p. 248).

¹⁵⁶ . Gimeno Sendra, Vicente, *Constitución y Proceso*, Tecnos, Madrid, 1988, ps. 56 y ss.

también lo es que no se puede sucumbir con actuaciones inoficiosas e improcedentes. Por ejemplo, al acusado en la persecución penal le corresponde una competencia determinada por la naturaleza del delito, de modo tal que la actuación del juez incompetente no significa que se lo deba someter a un nuevo enjuiciamiento.

Tampoco se viola la garantía del juez natural cuando, a raíz de la renuncia, jubilación o muerte de un magistrado, otro nuevo asume la función que a él correspondía y continúa conociendo de la causa iniciada con anterioridad ya que lo inadmisibles, lo que la Constitución repudia, es el intento de privar a un juez de su jurisdicción en un caso concreto y determinado para conferírsela a otro juez que no la tiene, en forma tal que por esta vía indirecta se llegue a constituir una verdadera comisión especial disimulada bajo la calidad de juez permanente investido por ese magistrado de ocasión (¹⁵⁷).

Hay casos donde el esclarecimiento es más difícil. Los llamados “juicios de la verdad” generaron un procedimiento especial de investigación sobre un período de nuestra historia donde la desaparición forzada de personas fue una práctica del Estado. En ellos se distinguió la obligación del Estado Nacional “*de investigar y dar a conocer los hechos que se puedan establecer fehacientemente*” (verdad), de “*castigar y procesar a los responsables*” (justicia) y de “*reparar integralmente los daños morales y materiales ocasionados*” (reparación). La pregunta corriente fue ¿son tribunales o comisiones especiales de juzgamiento?

La Cámara Federal de La Plata (con voto de Pacilio y Nogueira, del 22.11.07) sostuvo que [...] “si en el procedimiento con intervención de los jueces delegados, establecido por la Cámara, surgiera “la existencia de cualquier delito perseguible de oficio, el tema debía ser girado por los canales procesales adecuados al definitivo conocimiento del juez competente” ...Mal puede hablarse, entonces, de “tribunal especial” cuando la vía, a la que se atribuye esa naturaleza, no implica enjuiciamiento de las personas presuntamente involucradas en los hechos durante el período 1976-1983. Repárese que un presupuesto de los “tribunales especiales” es el juzgamiento de las personas individuales implicadas en casos especiales, potestad inexistente en quienes dirigen las aludidas actuaciones de averiguación de la verdad. Este último no se ocupa de casos concretos -

¹⁵⁷ . Ver referencias jurisprudenciales al final del capítulo.

responsabilidades penales individuales- sino, ampliamente, de los abusos a los derechos humanos perpetrados durante un período determinado” (158).

La jurisdicción originaria y exclusiva de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en las causas que la Constitución Nacional le asigna, es de orden público, de modo tal que el trámite cumplido, y aún resuelto, ante un juez diferente, provoca la nulidad absoluta del pleito, obligando a su repetición.

Este es el otro extremo de la garantía, que se funda en lo dispuesto por los arts. 116 y 117 de la Constitución Nacional, que privilegia al fuero federal en los juicios en que intervienen el Estado Nacional o una entidad de igual carácter, en tanto las provincias, en el ámbito de los Tribunales de la Nación, no pueden ser sometidas sino a la jurisdicción originaria de la Corte.

Finalmente, hay situaciones ocasionales que provienen del desplazamiento de la competencia por fuero de atracción, o cuestiones conexas, pero que no significan alterar la máxima del “juez natural” al constituir meras reglas de distribución del trabajo.

2.2 El juez natural en situaciones de emergencia o excepción

Constituye un 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.

El Estado no debe crear “tribunales que no apliquen normas procesales debidamente establecidas para sustituir la jurisdicción que corresponda normalmente a los tribunales ordinarios” (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 septiembre 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).

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.

¹⁵⁸ . CFed. La Plata, 22/11/2007, incidentes N° 2549/S.U. caratulado "G. M. O. s/ Nulidad" y N° 2550/S.U. caratulado "Welsh, Enrique Francisco s/ Nulidad".

La Corte Interamericana, 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. Por ello, aseguró que alteraba considerablemente la imparcialidad que debe tener el juzgador (¹⁵⁹).

En la opinión consultiva que estudió los procesos constitucionales que no se podrían suspender ni en situaciones de emergencia (Cfr. *El hábeas corpus bajo suspensión de garantías -arts. 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana sobre Derechos Humanos-*, supra nota 86, párr. 30 y *Garantías judiciales en estados de emergencia -arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos*), supra nota 86, párr. 20), el Tribunal había señalado que las garantías a que tiene derecho toda persona sometida a proceso, además de ser indispensables deben ser judiciales, “lo cual implica la intervención de un órgano judicial independiente e imparcial, apto para determinar la legalidad de las actuaciones que se cumplan dentro del estado de excepción” (¹⁶⁰).

3. La abstención judicial como garantía

La imparcialidad como garantía procesal actúa con parámetros algo difusos, porque con el derecho constitucional (art. 18, CN) pretende afianzar el precepto, pero no lo sanciona con la firmeza que debiera tener el no cumplir con un mandato proveniente de la Norma Básica del Estado.

¹⁵⁹ . La Corte Suprema de Justicia, con voto del ex juez Boggiano sostuvo que la aplicación de la *Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas*, según la cual los responsables de los hechos constitutivos del delito sólo podrán ser juzgados por las jurisdicciones de derecho común competentes de cada Estado, con exclusión de toda jurisdicción especial, en particular la militar, no configura un supuesto de vulneración al principio constitucional del juez natural (21/08/2003, “*Videla, Jorge Rafael s/ incidente de excepción de cosa juzgada y falta de jurisdicción*”. Fallos, 326:2805).

¹⁶⁰ . La Comisión Interamericana de Derechos Humanos en varios informes nacionales ha criticado las siguientes prácticas que considera violatorias de la imparcialidad e independencia judicial: el empleo d traslados o destituciones de jueces como sanción por sentencias contrarias a los intereses del gobierno; el nombramiento por el Presidente de la República de los integrantes del Poder Judicial; las designaciones políticas de magistrados; la falta de garantía sobre la inamovilidad de los jueces; la autolimitación del Poder Judicial a través de la negación de su propia competencia para examinar los fundamentos de medidas del Poder Ejecutivo (cfr. Albanese, Susana, *Garantías Judiciales*, Ediar, Buenos Aires, 2000, p. 84).

Ello es así, como bien lo explica Pico i Junoy, porque [...] “nuestro ordenamiento ha optado por proteger la imparcialidad judicial mediante la figura del juez *suspectus* y no la del juez *inhabilis*. La diferencia entre uno y otro es evidente: mientras que en el primer caso los actos judiciales son plenamente válidos hasta tanto no se denuncie la sospecha de parcialidad del juzgador; en el segundo, se establecen determinadas causas que operan automáticamente y de forma absoluta, inhabilitando al juez para conocer de un determinado asunto, por lo que de hacerlo sus resoluciones serán nulas”⁽¹⁶¹⁾.

Los motivos originan la exclusión jurisdiccional por *impedimentos*, y las causales provocan la *recusación* o la *abstención* del juez o tribunal. Ellas se caracterizan por cuestiones *objetivas* como resultan los casos de parentesco por consanguinidad o afinidad; pleito pendiente con alguna de las partes; haber sido el juez defensor de alguno de los litigantes o emitido opinión o dictamen, o dado recomendaciones acerca del pleito antes o después de comenzado. Y por consideraciones de orden *subjetivo* como las que resultan de la enemistad o resentimiento con el o los contendientes; o con obligaciones morales como las que importa tener interés en el resultado del conflicto; amistad con alguna de las partes (no con sus abogados) o frecuencia en el trato con ellas.

Es decir, el juez se aparta por hechos que le impiden objetivamente asumir la resolución de la causa; acepta o cuestiona las causales de recusación subjetiva; y se abstiene de actuar cuando el caso le produce una violencia moral en orden a la tramitación y resolución del conflicto.

Obsérvese que el art. 30 del Código Procesal Civil y Comercial de la nación, establece que [...] “*Todo juez que se hallare comprendido en alguna de las causales de recusación... deberá excusarse...*”. Vale decir que no faculta al tribunal a continuar actuando por el consentimiento de las partes, porque claramente señala un deber. No obstante, un sector de la

¹⁶¹ . Pico i Junoy, Joan, *La imparcialidad judicial y sus garantías: la abstención y la recusación*, Bosch, Barcelona, 1998, p. 17. No obstante, afirma Guasp que [...] “la identidad de causas de abstención y recusación demuestra que el fundamento de ambas instituciones es el mismo y que no sólo se diferencian en ser medios de naturaleza jurídica distinta al servicio de una misma necesidad; en particular, es pues, inaplicable la antigua distinción entre *iudex inhabilis* y *iudex suspectus* que en otras legislaciones sirve todavía para regular la institución” (Guasp, Jaime, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Tomo I, Aguilar, Madrid, 1943, p. 596).

doctrina dice que configura una abstención moral que no produce consecuencias negativas ni responsabilidad disciplinaria alguna ⁽¹⁶²⁾.

Arazi – Rojas aclaran que [...] “se trata de una situación sumamente sutil, que cae dentro de la esfera íntima del juez, quien debe evaluar si se ve compelido moralmente desde el punto de vista de la imparcialidad que debe mantener en la causa como para sustraerse de su conocimiento” ⁽¹⁶³⁾.

La simple lectura de la norma, que reproduce con la misma técnica lo que otros reglamentos procesales expresan de manera idéntica, muestra un formulismo genérico y flexible que permite al magistrado inhibirse de asumir el conocimiento en la causa cuando analiza las causales o motivos de recusación; y al mismo tiempo, abstenerse por razones de “*decoro o delicadeza*”, extremos que lo ponen en una situación de alternancia.

Por eso, los casos de excusación deben ser apreciados con mayor amplitud de criterio que los relativos a la recusación con causa, a fin de hacer honor al escrúpulo siempre respetable y presuntamente sincero de los magistrados.

De todos modos, con mayor severidad, algunos autores argumentan que la abstención es un deber propio del oficio, y en caso de quebrantamiento, corresponde una sanción disciplinaria al juez o magistrado ⁽¹⁶⁴⁾. Recuérdese que en nuestro régimen federal el art. 32 dispone que:

Incurrirá en la causal de “mal desempeño”, en los términos de la ley de enjuiciamiento de magistrados, el juez a quien se probare estaba impedido de entender en el asunto y a sabiendas haya dictado en él resolución que no sea de mero trámite.

En suma, como resume Guasp, [...] es dudoso que la naturaleza jurídica de las abstenciones constituya una verdadera obligación y no una facultad; pues cuando concurre una causal de recusación el juez debe (carácter imperativo) apartarse de la causa, “pero no existe sanción alguna de la pretendida obligación de abstenerse; ni son nulos los actos en que haya intervenido un juez que hubiera debido abstenerse si la parte no

¹⁶² . Cfr. Andrioli, Virgilio, *Commento al Codice di Procedure Civile*, vol. I (3ª ed.), Jovene, Napoli, 1954, p. 177.

¹⁶³ . Arazi, Roland – Rojas, Jorge A., *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*, tomo I, Buenos Aires, 2007 (2ª ed.), p. 102.

¹⁶⁴ . Ver, por todos, Pico i Junoy, ob. cit., p. 39 nota 47.

ejercita el derecho de recusación, ni es aplicable al caso ninguna corrección disciplinaria” (¹⁶⁵).

Desde una perspectiva aun mas grave, Cappelletti instala el incumplimiento de mandatos constitucionales (la obligación de mantenerse imparcial es una garantía constitucional) entre las “responsabilidades políticas” del juez (¹⁶⁶).

4. La recusación como reaseguro de la imparcialidad

A un juez no se le debe pedir, por principio, que se excuse, pues si hay razones para que adopte esa decisión, no es necesario que alguien le suscite el cumplimiento de su deber; y si no lo hace pese a existir razones objetivamente suficientes, el camino que impone la responsabilidad profesional es recusarlo con causa.

Aun así, si el letrado no se atreve a invocar las razones, tiene a su disposición otra herramienta similar que lo faculta a pedir la inhibición del juez sin expresar los motivos.

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 el sistema procesal le acuerda para recusar indicando la causa, pues es excepcional la recusación sin causa (¹⁶⁷).

¹⁶⁵ . Guasp, ob. cit., p. 584.

¹⁶⁶ . Un subtipo de la responsabilidad política es la denominada por Cappelletti: “constitucional” [...] “Contiene los dos rasgos distintivos del tipo político, pero con una importante diferencia: esta responsabilidad se da sólo por específicas violaciones a la Constitución. En principio, la responsabilidad constitucional parecería ser una especie de la “legal”, más bien que la responsabilidad política, si no fuera porque las violaciones a la Constitución son por su naturaleza eminentemente políticas, y porque aquélla, definida vagamente como “ley suprema, está librada a las interpretaciones creativas de los órganos políticos o cuasi-políticos que, al hacerlo, pueden contrariar disposiciones constitucionales. Por eso, el carácter “legal” de esas violaciones es muy borroso. Las conductas que sean condenables antes política que legalmente, pueden ser incluidas con facilidad entre las que merecen sanciones por violar la Constitución...” (Cappelletti, Mauro, *La responsabilidad de los jueces*, Jus Fundación para la Investigación de las Ciencias Jurídicas, La Plata, 1988, ps. 47/48).

¹⁶⁷ . En suma, esta facultad le permite al litigante excluir a un juez del conocimiento de la causa y no se refiere al juzgado, sino a la persona del juez. En consecuencia, si antes de ser decidida, el magistrado cesa en sus funciones, no cabe pronunciarse sobre aquélla por carecer de finalidad fáctica (CNCiv., Sala C, 1980/06/18, "*Kring, Edmundo c. Domene, Teresa*", La Ley, 1980-D, 289 - ED, 89-482). Inclusive, es

Claro está que el ejercicio de esta facultad procesal debe ser adecuado evitando el abuso o la utilización como mecanismo dilatorio. Cuando ello se puede corroborar, objetivamente, juega el principio de moralidad castigando la conducta procesal de la parte.

En tal sentido dice el art. 29 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación que:

Desestimada una recusación con causa, se aplicarán las costas y una multa de hasta pesos ... por cada recusación, si ésta fuera calificada de maliciosa por la resolución desestimatoria.

La recusación argumentada es el remedio legal del que los litigantes pueden valerse para separar al juez del conocimiento del juicio, si las relaciones o actitudes de aquél con alguna de las partes, o con la materia del proceso, son susceptibles de poner en duda la imparcialidad de sus decisiones.

Cuando se alega una causal es imprescindible señalar concretamente los hechos que ponen en peligro la imparcialidad del juez. La invocación de cada motivo constituye un acto relevante, por lo que se requiere un razonamiento serio y fundado.

La causa por la que se solicita el apartamiento, no se puede suplantar con otra, pues ello implica un evidente carácter obstructivo y un manifiesto desprecio por las decisiones de la autoridad jurisdiccional. En una palabra, los jueces y los letrados deben actuar conforme a derecho, lo que supone alegar, fundar y probar la causal o causales que interponga.

A diferencia de otras legislaciones, la nuestra no enumera los motivos sino que los indica con carácter taxativo. El número *clausus* delimita el derecho de oposición que reclama la parte, por lo cual éstas no pueden crear ningún motivo que no esté reglado (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.).

Ha sostenido la Corte Nacional que, 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

nulo el pacto de renuncia anticipada a recusar con expresión de causa al juez que haya de intervenir en el eventual litigio, en atención al interés público que se procura preservar (Cfr. Gozaíni, Osvaldo Alfredo, *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*, Tomo I, La Ley, Buenos Aires, 2006 [2ª ed.], p. 58).

para apartar a los jueces del conocimiento de la causa que por la norma legal le ha sido atribuido (¹⁶⁸).

4.1 Impedimentos objetivos para actuar

La sospecha de parcialidad que se denuncia por impedimentos objetivos tiene cuestiones discutibles. Una surge del hecho mismo que la origina, pues atendiendo el deber judicial de abstención, su omisión podría ser, al menos, una falta ética. El juez que no se aparta de la causa conociendo el vínculo con la parte, no procede responsablemente.

La siguiente, porque al ser una causal objetiva, la prueba de ella se basta con la simple verosimilitud (¹⁶⁹).

Inclusive, un simple análisis de la cuestión no puede omitir que, en definitiva, toda causal de recusación es siempre subjetiva, porque se trata de advertir o señalar un motivo por el cual el juez puede alterar el equilibrio entre las partes y resolver en beneficio de una de ellas.

Las causales suceden en dos supuestos: *a)* las que constituyen un deber para el magistrado, y *b)* las llamadas "causas íntimas" que se refieren a algún impedimento moral para juzgar con imparcialidad. La invocación de estas últimas es un derecho del juez, privativo de su fuero interno por prevalecer, estrictamente, motivaciones subjetivas. Pero en las primeras, la omisión deliberada y probada por el recusante, provoca la causal de "mal desempeño" que puede derivar en el juicio de destitución. Circunstancia que nunca ocurrió en la historia judicial argentina.

¹⁶⁸ . CS, 1996/04/30, La Ley, 1998-A, 711.

¹⁶⁹ . "En los textos jurídicos de inspiración canónica, como el Espéculo y el Fuero Real, se exigió la obligación de citar alguna causa legal de sospecha de parcialidad del juez... En los textos jurídicos que siguen la tradición romano-justiniana, especialmente las Partidas y el Ordenamiento de Alcalá de Henares de 1348 no se exigió la concurrencia de una causa establecida en la ley. A los litigantes, para lograr la sustitución del *iudex suspectus*, les era suficiente prestar juramento sobre las circunstancias, no preestablecidas o numeradas legalmente, que ponían en entredicho a la imparcialidad judicial. Sólo a partir de la Novísima Recopilación, y en los supuestos de recusación de la alta magistratura, empieza a exigirse la concurrencia de una causa legal al objeto de evitar recusaciones maliciosas [...]" (Cfr. Pico i Junoy, ob. cit., p. 47).

a) *El parentesco de consanguinidad o afinidad*

La causal de recusación referida al parentesco por consanguinidad dentro del cuarto grado y segundo de afinidad, encuentra fundamento en la posibilidad de que el afecto que normalmente provoca la relación familiar comprometa la imparcialidad del magistrado.

El motivo describe exclusivamente a la relación del juez con alguna de las partes, sus mandatarios o letrados, con alguna diferencia de grado entre ellas (¹⁷⁰). La fórmula es la misma que tenía la derogada Ley de Enjuiciamiento civil española (art. 189 incisos 1 y 2), por lo que pueda aplicarse la interpretación de Guasp cuando explica que [...] “Tanto la consanguinidad como la afinidad como el matrimonio quedan incluidas en este motivo aunque el texto de la ley no lo diga expresamente porque se emplea en él la fórmula del mismo parentesco que alude a una y otra clase”.

“El parentesco con el defensor que impide la intervención del juez en el proceso se extiende únicamente al segundo grado y no al cuarto como en el supuesto anterior: la ley ha creído, en efecto, que un parentesco de tercero o cuarto grado, peligroso si se da entre el juez y las partes, no lo es cuando media entre el juez y el defensor” (¹⁷¹)

La proximidad del vínculo se cuenta con las reglas del Código Civil (arts. 345 a 364), y comprende también las relaciones emergentes de la tutela.

¹⁷⁰ . Por ejemplo, la expresa manifestación del recusado sobre el parentesco que lo vincula con uno de los mandatarios de la actora -de quien admite ser su hermano-, genera la aplicación de la consecuencia prevista legalmente para el supuesto de reconocimiento de los hechos en que la recusación se funda, provocando el inmediato apartamiento de la causa (CS,1993/05/04, "*Albariño S. A., Pedro y otro c. Inchauspe de Ferrari, María I.*", La Ley, 1993-E, 58). Para analizar la procedencia de la recusación con causa, corresponde distinguir la amistad que se manifiesta por la gran familiaridad o la frecuencia de trato, de la familiaridad o frecuencia de trato que no es amistad porque, o se trata de actos de vecindad, de simple cortesía, aproximación o conocimiento, o de actos realizados por individuos confianzudos, o personas que desean mostrarse frente a otros como integrantes de un círculo en el que no se les ha dado cabida (CNCiv., Sala A, 1997/08/11, "*Taboada, Oscar M. c. Bullorini, Héctor R.*", La Ley, 1997-F, 930 [39.936-S]) (Cfr. Gozaíni, *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*, tomo I, cit., p. 60).

¹⁷¹ . Guasp, ob. cit., p. 590.

b) Interés en el pleito o sociedad con alguna de las partes

Para que resulte procedente la recusación basada en la causal de interés en el pleito, el juez se debe encontrar en situación de aprovechar o sufrir las consecuencias del fallo, debiéndose indicar o acompañar prueba que abone dicho interés, el que puede ser directo o indirecto, material o moral y susceptible de beneficiar o de perjudicar al juez o a sus parientes. Las presunciones no pueden ser la única fuente de prueba.

El interés que representa la norma se relaciona con los beneficios que una sentencia favorable le traería al magistrado que actúa en la causa. No son únicamente de contenido patrimonial, pues alcanza a bienes inmateriales.

La Corte, en cambio, sostiene que la causal de recusación de interés en el pleito se refiere a intereses económicos o pecuniarios ⁽¹⁷²⁾. Decisión que de extenderse a todo supuesto puede complicar la interpretación del “interés en el pleito o en *otro semejante*”. Porque la semejanza solo puede referir a conexidad, es decir, cuando ambos procesos se relacionan por tener elementos en común: partes, bienes, hechos que sirven de fundamento, etc. O, en su caso, pensar en que la semejanza tiene fronteras más expandidas que superan la identidad de cuestiones (de hecho y de derecho).

Por eso se ha dicho que [...] “el interés directo o indirecto en el pleito ha de entenderse en el sentido de que su fallo favorable o desfavorable repercuta directa o indirectamente en un interés del que el juez es titular; lo que ha de tenerse en cuenta no es, por tanto, que al juez le interese que el pleito sea fallado sin más sino que sea fallado en un determinado sentido, prescindiendo de la justicia de la resolución; dándose esta circunstancia es indiferente que se trate de un interés patrimonial o no” ⁽¹⁷³⁾.

Coincide así con la lectura que hacen Alvarado Velloso – Palacio sobre la noción de “pleito semejante”, caracterizado como aquél en el cual se discuten las mismas cuestiones que en el proceso donde se recusa, de modo que la solución acordada a éste puede influir, como precedente, en la del otro, resultando indiferente que éste último se haya iniciado con

¹⁷² . CS, 23/09/1994, “*Pandolfi, Oscar R. c. Rajneri, Julio R.*”, La Ley, 1995-B, 517. Cfr. Fallos, 317:993.

¹⁷³ . Guasp, ob. cit., p. 593.

antelación o posteriormente con respecto al que se sustancia ante el juez recusable (¹⁷⁴).

Al final, la norma indica como razón para inhibirse, cuando el juez tiene una relación de parentesco o afinidad con la parte o sus letrados, salvo que la sociedad fuese anónima.

En estos casos, debe considerarse que la palabra "sociedad" está empleada en su aceptación amplia, es decir genérica "extensiva a toda reunión de personas que establezcan relaciones particulares entre ellas" y aplicando el conocido aforismo "*ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debermus*", vale decir que no importa que se trate de una sociedad con fines civiles, comerciales, sociales etc., por cuanto es el "*affectio societatis*", el fundamento principal de la recusación, como lo corrobora la excepción expresa de la sociedad anónima, en donde, dado su carácter impersonal, no hay fijeza de socios y sus acciones son al portador (¹⁷⁵).

De todos modos es una redacción poco clara, que deja dudas acerca de si relaciona solamente a los parientes del juez (teniendo en cuenta que él no puede tener ni ser parte de sociedad comercial alguna) que forman parte de una empresa constituida por acciones; o si también alcanza al interés que el magistrado tiene en el resultado que puede lograr de sentenciar sobre el destino patrimonial de una sociedad de tal naturaleza (¹⁷⁶).

¹⁷⁴ . Alvarado Velloso, Adolfo – Palacio, Lino E., *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*, Tomo I, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires / Santa Fe, 1988, p. 436

¹⁷⁵ . CNCom., Sala B, 27/04/1984, "*Greco Hnos., S. A. y otros s/quiebra*", La Ley, 1984-C, 32. En esta línea se agrega que la causal no está limitada a las sociedades o comunidades que persiguen propósitos lucrativos, sino que debe considerarse extensiva a las simples asociaciones (clubes, entidades deportivas, intelectuales, sociales, etc.), en este último caso el criterio de apreciación debe ser más estricto y tener en cuenta, fundamentalmente, la naturaleza de la composición numérica del ente colectivo (cfr. Alvarado Velloso, Adolfo – Palacio, Lino E., *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*, cit, p. 435).

¹⁷⁶ . El plenario "*Waitzel, Rodolfo P. y otra*" del 19 de febrero de 2002, de la Cámara Nacional Federal en lo contenciosoadministrativo, señaló que *no procede aceptar la excusación de un magistrado con fundamento en el inciso 2° del art. 17 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, en los procesos deducidos con motivo del Decreto 1570/01, de la ley 25.561, de los decretos de necesidad y urgencia 214/02 y 230/02 y de las demás normas complementarias o modificatorias, toda vez que es más importante evitar la privación de justicia que surgiría de no actuar el juez que se excusa.*

El plenario recuerda que para conjurar una situación esencialmente similar a la que motivó el caso presente, la Corte Suprema sostuvo (31/10/1995) en la causa

En conjunto, la disposición debiera distinguir el interés denunciado. Cuando la proximidad del beneficio especulado es muy próxima, el interés trasciende la presunción pues se ocupa de considerar la situación como parte del mismo juez. Este es un interés directo (no indirecto) porque es el propio magistrado quien puede ser demandado (v.gr.: supuesto de acción patrimonial dirigida contra la cónyuge divorciada que mantiene vigente sin dividir la sociedad conyugal; o en los casos de fianza, responsabilidad subsidiaria; solidaridad de las obligaciones; copropietario, etc.) como un litisconsorte más.

Es el caso del juez que pierde imparcialidad porque del resultado depende una ventaja o utilidad propia, con tal incidencia que afecta su persona o bienes.

En cambio, el interés indirecto tiene variables que no lo definen con precisión porque se funda en subjetivismos que para ser admisibles requieren de varias cosas: fundarse en hechos extraprocesales, ser actuales y tener un carácter personal (¹⁷⁷). Lo primero, porque no se puede especular sobre actuaciones jurisdiccionales que gozan del control recursivo que facilita la revisión de un eventual compromiso de la parcialidad judicial; en segundo término, la actualidad refiere a la oportunidad del planteo (principio de preclusión de los actos procesales); y en último orden, la incidencia directa en la persona del juez, sin ocupar otros espacios como el interés ideológico, político o social (¹⁷⁸).

"Wechsler" (Fallos, 318:2125) que *la imposibilidad de resolver la integración de un tribunal por la insuficiencia de las normas que prevén el reemplazo de aquéllos alcanzados por las causales de excusación de que se trate, no debe prevalecer sobre la necesidad de superar la situación de privación de justicia que de otro modo se produciría. Un marco procesal impreciso, se dijo, no puede suprimir la garantía constitucional de la defensa en juicio de la persona y de los derechos que -en el caso- consiste en obtener una decisión judicial acerca de las cuestiones controvertidas; y por eso, con apoyo constitucional, procede encontrar una solución que atienda a esa exigencia y -en la medida de lo posible- considere los valores que procuran preservarse mediante las normas que rigen la excusación de los magistrados.*

¹⁷⁷ . Pico i Junoy, ob. cit., p. 79.

¹⁷⁸ . Este criterio tiene posturas diferentes que aceptan la posibilidad de recusar al juez por motivos ideológicos o políticos tal como se propicia desde la doctrina italiana más reciente. Sin embargo, como apunta Calvo Sánchez, el peligro no está en que el juez tenga o pueda tener una ideología, sino en que ponga la función jurisdiccional que ejerce al servicio de la ideología que profesa, por lo que cabe preguntarse sobre si el actual sistema de acceso a la judicatura está o no politizado (*"Reflexiones sobre la causa novena del art. 219 de la Ley Orgánica del Poder*

Con relación a los miembros de nuestros tribunales superiores, el criterio es que no es procedente la recusación de ministros de la Corte Suprema con invocación de las causales de interés en el pleito y enemistad, si la misma se fundamenta, por ejemplo, “...en una eventual animosidad originada en hipotéticos acontecimientos futuros sobre la base de un artículo periodístico” (179).

c) Controversias de distinta fuente

La confrontación directa entre el juez y la parte suscita distintos modos (causas) de provocar la abstención del magistrado. Las razones surgen del distanciamiento objetivo que provoca la animosidad entre ellos, los que por su importancia y entidad, no permiten actuar con la imparcialidad intangible que todo proceso debe preservar.

Una de estas causales es el *pleito pendiente* entre recusante y recusado, que debe ser necesariamente anterior al que origina la abstención o la denuncia, en su caso; pues de otro modo, estaría en manos de cualquiera de las partes crear la fuente mediante el simple arbitrio de entablar una demanda contra el juez.

La litis pendiente supone que la controversia está en trámite, sin importar que el juez o el denunciante se encuentren en litisconsorcio con otros; o que se trate de una persona ideal, porque el foco de atención está en la vigencia del conflicto.

También se puede alegar como motivo el *haber sido denunciante o denunciado*. Carácter que se refiere tanto a juicios penales, como correccionales o contravencionales y alcanza, por excepción, no sólo a las partes sino también a los abogados y procuradores.

Igual que en lo anterior, no basta con indicar la existencia de una querrela o denuncia para generar el apartamiento, pues de otro modo a cualquiera le sería suficiente provocar la causa de separación. El requisito es que la denuncia tenga curso favorable y que sea anterior al proceso que motiva su interposición.

Mayor complejidad tiene resolver la procedencia cuando la denuncia es del juez contra la parte o el abogado o viceversa, pero en líneas

Judicial: <<Tener interés directo o indirecto en el pleito o causa>>”, Revista Poder Judicial, nº 13, 1989, p. 20.

¹⁷⁹ . CS, 24/04/2003, “*Barbeito, Juan C. y otros c. Provincia de San Luis*”, La Ley, Sup. Const, 2003 [agosto], 57.

generales, siguen iguales principios, aunque siempre se dispone de la causal de “decoro o delicadeza” para apartarse.

En el régimen procesal federal se incluye como causa, que el *juez haya sido denunciado ante el Consejo de la Magistratura*. En este supuesto, la recusación debe ser formulada en forma clara y requiere una fundamentación seria y precisa; acorde con la entidad de la cuestión que se plantea, debiendo señalar concretamente los hechos demostrativos de las causales que pongan en peligro la imparcialidad del juez.

Cuando se trata de denuncias efectuadas por la causal de mal desempeño, que deriven en sumarios ante el Consejo de la Magistratura, se siguen iguales principios explicados en parágrafos precedentes, vale decir, que no es suficiente la sola denuncia. Por ello, no basta el pedido de juicio político o la queja respectiva ante el tribunal pertinente, para que se configure la causal de recusación prevista, sino que resulta necesario que la comisión respectiva se haya pronunciado afirmativamente en cuanto a la procedencia del mismo.

En este grupo no se afilia la causal de enemistad manifiesta porque su configuración, a veces, no encuentra claramente demostrada la razón objetiva de la abstención o la recusación.

d) Vinculaciones personales

Este es otro conjunto de causales donde podemos enumerar como motivo el *ser acreedor, deudor o fiador de alguna de las partes*.

El precepto tiene antecedentes muy lejanos que se remontan a las Leyes de Partidas (Título IV. Ley X, Partida III) aunque más relacionado con la obligación judicial de excusarse cuando se tiene interés en el pleito (*ningun judgador, nó puede, nin deue oyr ní librar pleyto fobre cofa fuya: o q'a el pertenezca*) o se encuentra con acciones pendientes contra quien es parte en el proceso que debe entender.

La causal se llevó a la Ley de Enjuiciamiento Civil española de 1855 y tras sucesivas adecuaciones, el modelo que siguió nuestro derecho patrio adoptó los incisos 7º y 8º del art. 189 que refieren como causas legítimas de recusación el tener pleito pendiente o tener interés directo o indirecto en el juicio o en otro semejante.

La condición de ser acreedor, deudor o fiador de alguna de las partes, se puede colegir dentro de este campo de aplicación jurisprudencial, porque en la normativa española no fue referida; de modo tal que el motivo agregado en nuestro código tiene connotaciones singulares.

En este apartado la causal pretende eludir la probable parcialidad del juez cuando está en alguna situación patrimonial que lo relaciona con la parte que litiga ante sí. Sin embargo, el alcance no es tan preciso como se puede presumir.

En efecto, el temperamento corriente sostiene que, corresponde rechazar la excusación presentada por un Ministro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación para entender en un amparo interpuesto contra el decreto 1570/2001 y sus modificatorias y/o reglamentaciones, si objetivamente, no se configura ninguna causal de recusación, ya que el art. 17 inc. 4° del Código Procesal de la Nación exceptúa expresamente la circunstancia de ser el juez -como en el caso- acreedor de un banco oficial y al no tener el magistrado pleito pendiente con un objeto semejante al deducido tampoco concurre la causal prevista en el inc. 2° de la norma citada (del voto de la mayoría) ⁽¹⁸⁰⁾.

La norma que aludimos agrega una salvedad particular cuando indica que no procede la causal cuando la calidad se tiene respecto a “bancos oficiales”; excepción propia de nuestra legislación que tiene las siguientes razones.

Originariamente el art. 368 inciso 6° del Código de Procedimientos contenía esta causal aclarando que no era procedente respecto de los bancos del Estado o de sociedades anónimas. La jurisprudencia fue conteste y reiterada en sostener que la enumeración de causales era taxativa y que se debía interpretar restrictivamente ⁽¹⁸¹⁾.

Inclusive se había dicho que el ser acreedor o deudor del Banco de la Nación en juicio en que éste sea parte, no es causal de recusación ⁽¹⁸²⁾. Fallo que si bien data de 1892 y aplica su inteligencia sobre el Código de Procedimientos en lo Criminal y la extiende al inciso 3° del art. 43 de la Ley de Procedimientos para los Tribunales Federales, no se puede descartar en la medida que igual limitación existía en otros códigos de la época, que lo habían establecido expresamente como el de San Luis (art. 581 inciso 7°), y San Juan (art. 1075 inciso 5°).

La doctrina más calificada de entonces, extendía la indicación de bancos estatales a los nacionales, provinciales y municipales.

¹⁸⁰ . CS, 18/12/2002, “*Beratz, Mirta E. c. Poder Ejecutivo Nacional*”, La Ley, 2003-B, 7.

¹⁸¹ . Fallos, 32:127; 42:106, etc.

¹⁸² . Fallos, 49:41; 72:199.

Ahora bien, la eliminación posterior de la causal que hacía inaplicable la recusación cuando el juez tenía vinculaciones con sociedades anónimas fue producto del régimen establecido para la designación de funcionarios y magistrados de la justicia nacional (Decreto 1285/58, en particular art. 9º) y de la remisión de la causal al inciso 2º del art. 17; y el mantenimiento de la exclusión respecto a los bancos oficiales, fue una derivación lógica de las circunstancias, pues cualquier juez de la Nación tenía o podría tener relaciones como deudor o acreedor de la banca oficial.

Aquél precedente de Fallos, 49:41 lo advertía afirmando que, no son las simples relaciones de acreedor o deudor con un banco nacional, el que permite la causal de recusación, porque sería imposible o por lo menos muy difícil, encontrar en ciertas localidades de la República persona que estuviera en aptitud legal para juzgar los asuntos en que el Banco fuese parte [...].

Desde entonces, la aplicación jurisprudencial ha sido pacífica en el sentido que se acuerda a dicho precepto. En definitiva, la exclusión de la banca oficial es manifiesta, y si tenemos en cuenta que las causales de recusación son de interpretación restrictiva, no se podría elastizar el criterio allí donde imperativamente está indicado su inaplicación.

También se agrega en este numeral, la causal de haber sido el juez *abogado de alguna de las partes*, calidad que tiene una amplia asignación de razones, que se singularizan en otros motivos como haber *emitido opinión o dictamen o dado recomendaciones acerca del pleito, antes o después de comenzado*.

Para que se considere el prejuzgamiento como causal de recusación con causa, es necesario que el acto sea expreso, y objetivamente relacionado con la cuestión de fondo a decidir en el litigio.

Incluye en los motivos el rol de perito o testigo, u otras actividades análogas que pudo haber tenido, donde quede de manifiesto que ha proporcionado pruebas en apoyo de las alegaciones de alguna de las partes⁽¹⁸³⁾.

Según Pico i Junoy, la cuestión más controvertida proviene del ámbito objetivo sobre el que debe haberse producido la relación de servicios jurídicos, esto es, sobre si dicha relación debe incidir en el proceso pendiente o puede afectar a pleitos o causas anteriores al mismo.

¹⁸³ . Guasp, ob. cit., tomo I, p. 594.

Sostiene así que [...] “dicha relación alcanza sólo al caso de haber prestado el juzgador una relación de servicios jurídicos en el proceso en que pretende hacerse valer la abstención y/o recusación, y ello básicamente por dos razones: en primer lugar, porque este supuesto inicia un listado de hipótesis que se refieren a la intervención del juez en el pleito; y en segundo lugar, porque una interpretación extensiva de esta causa nos llevaría a tener que admitir la posibilidad de abstenerse, o ser recusado continuamente, aquellos jueces o magistrados que han accedido a la Judicatura desde la abogacía o la procuraduría. Si tenemos en cuenta que se les exige un ejercicio profesional de más de seis, diez o quince años, según los casos, es fácil comprender los muchísimos supuestos en los que no podrán intervenir debido a que habrán podido tener algún tipo de relación jurídica con alguna de las partes durante el largo período de tiempo que habrán actuado como juristas. Ello no es óbice para que si dicha relación jurídica ha dado origen a lazos de amistad o de enemistad, puedan hacerse valer otros motivos...”⁽¹⁸⁴⁾.

La opinión anterior suscita lecturas contrapuestas cuando se la quiere hacer valer como prejuzgamiento. Pero ello no es así porque los dictámenes emitidos por los jueces en las sentencias, necesarias para dilucidar los casos sometidos a su decisión, no constituyen tal motivo sino el razonamiento expuesto como motivación suficiente cuando se resuelve una cuestión previa.

En efecto, las opiniones emitidas por los jueces del tribunal en sus sentencias, necesarias para resolver los casos sometidos a su decisión, no constituyen el prejuzgamiento que autoriza la recusación con causa, debiendo rechazarse de plano la que sobre tal base se articula⁽¹⁸⁵⁾.

La Corte insiste con el criterio al sostener que es inadmisibles la recusación que se funda en la intervención de los jueces del tribunal en un anterior pronunciamiento propio de sus funciones legales, toda vez que las opiniones dadas como fundamentos de la atribución específica de dictar sentencia importa juzgamiento y no prejuzgamiento, máxime cuando - como en el caso- la causa sólo fue agregada por cuerda sin acumular con aquella en que se dictó sentencia, por lo que no se ha violado el art. 194 del Código Procesal⁽¹⁸⁶⁾.

¹⁸⁴ . Pico i Junoy, ob. cit., p. 65.

¹⁸⁵ . CS, 1994/06/09, "*Carrmat Materiales de Construcción S. R. L. c. Cartellone, José Construcciones Civiles S. A.*", La Ley, 1995-A, 263

¹⁸⁶ . CS, 1999/05/07, "*Duhalde, Eduardo A.*", La Ley, 1999-E, 48 - DJ, 1999-3-622.

El prejuzgamiento, como causal de recusación con causa, solamente se configura por la emisión de opiniones intempestivas respecto de cuestiones pendientes que aún no se encuentran en estado de ser resueltas, de modo que no existe si los jueces limitaron su actuación a la resolución de una recusación cuyos sujetos pasivos, objeto y causa son bien distintos de los que originaron el presente incidente.

4.2 Impedimentos subjetivos

En este campo el impedimento para obrar no es tan evidente o manifiesto, al punto que eventualmente solamente pueden conocerlo aquellos que se vinculan.

Los ponderables se examinan con la vara que mide el riesgo de quebrar la imparcialidad cuando el motivo puede resentir la distancia que exige la jurisdicción respecto a las partes.

Una causa es el *beneficio recibido*, entendiéndose por tal a las atenciones y obsequios que recibe el juez o sus familiares directos, los que por su importancia le impidan ejercer su función con plena independencia e imparcialidad frente a quien realiza la dádiva y se encuentra en el proceso en calidad de parte.

El beneficio se reporta como un objeto material o inmaterial que llega al juez antes o después de iniciado el proceso; puede o no ser escaso valor, porque en esta causal no se estudia la dependencia que genera el hecho con la actitud del magistrado, sino el impacto que tiene como hecho subordinante.

Por eso, no se encuentran en esta categoría las designaciones para cargos judiciales o de otra índole, hechas por el gobierno en ejercicio de su actividad específica; ni las adhesiones que se pueden haber realizado como avales a la candidatura para el cargo; ni otras similares que no sean de tal importancia y trascendencia como para magnificar la abstención o la causa de recusación.

En tal sentido, se afirma que debe rechazarse la recusación de un juez de la Corte Suprema que se sustenta en la militancia política que dicho ministro tenía antes de incorporarse al tribunal, porque los beneficios - también políticos- que habría obtenido a partir de la misma y la amistad

que mantendría con personajes políticos no son tales, desde que con ellos el recusante se "enfrenta" asiduamente (¹⁸⁷).

Entre las causales de recusación por motivos sociales aparece la *amistad* y su antónimo, la *enemistad*.

Es menester distinguir la amistad que se manifiesta por la gran familiaridad o la frecuencia en el trato, de la familiaridad o frecuencia en el trato que no es amistad, porque, o se trata de actos de vecindad, de simple cortesía aproximación o conocimiento, o bien de actos realizados por individuos confanzudos.

Procede respecto a la parte y no con el letrado, pues de otro modo, éste perdería la posibilidad de litigar ante cierta jurisdicción, lo que originaría graves problemas, cuando no, una odiosa discriminación. En todo caso, la incomodidad que le cause al juez litigar con quien tiene una amistad o enemistad manifiesta, tiene salida por el lado de los motivos de "decoro o delicadeza".

Para Calvo Sánchez tanto la amistad como su opuesto, la enemistad, son conceptos difíciles de plasmar en su proyección jurídica, de ahí que el legislador, con buen criterio –afirma-, antes de efectuar una relación casuística, haya preferido calificarlos con los tradicionales adjetivos de "íntima" y "manifiesta", respectivamente, para apreciar o no, en función del caso concreto, la concurrencia de esta causa (¹⁸⁸).

Por eso, las reglas son genéricas y responden al tipo subjetivo de las abstenciones y motivos de inhibición. De este modo, la amistad referida es la de intimidad o trato frecuente, y no la ocasional o fruto de la simpatía (¹⁸⁹).

¹⁸⁷ . Del voto de los doctores Belluscio y Petracchi. CS, 07/03/2003, "*Partido de la Recuperación*", La Ley, 2003-F, 635 - DJ, 2004-1, 1 - Con nota de Palacio de Caeiro, Silvia B., publicado en La Ley, 2003-F, 630.

¹⁸⁸ . Calvo Sánchez, María del Carmen, *La recusación de los jueces y magistrados (I)*, en Revista Universitaria de Derecho Procesal, nº 2, 1988, p. 88. Cfr. Pico i Junoy, ob. cit., p. 72.

¹⁸⁹ . Se ha dicho que, es improcedente la recusación fundada en la causal prevista en el art. 17, inc. 9 -amistad del juez con alguno de los litigantes que se manifieste por gran familiaridad o frecuencia en el trato- si el recusante no ha explicitado a cuál litigante se refiere ni cuáles serían las circunstancias o hechos que le dan fundamento (CNCiv., Sala I, 06/08/2002, "*Chenlo Castro, José M. y otro c. Bonelli, Miguel A. y otro*", DJ, 2002-3, 618).

Por su parte, cuando se trata de enemistad, odio o resentimiento, la interpretación ha de ser restricta, pues por vía de principio, el ejercicio de la actividad jurisdiccional, dentro de los marcos legales pertinentes, no puede, por sí, ser expresivo de enemistad u odio.

La causal de resentimiento alude a un estado de apasionamiento adverso del juez hacia la parte, que se manifieste a través de actos directos y externos, los cuales han de haberse puesto de resalto en forma pública.

Pero no se configura cuando en el ejercicio de la actividad jurisdiccional aquél realiza actos que son calificables de arbitrarios, ya que la arbitrariedad no es causal de recusación, ni exterioriza de por sí enemistad, odio o resentimiento.

Por ejemplo, la aplicación de sanciones al litigante por parte del magistrado, los calificativos a los que éste acuda para juzgar su conducta o las decisiones que adopte en las causas, aun cuando el recusante califique de arbitrario su proceder, no configuran la causal prevista.

La Corte Nacional aclara que, si bien 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 su poder de decisión libre e independiente, que en el caso de los jueces atiende a la naturaleza de las funciones que les corresponden, 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 (¹⁹⁰).

5. Revisión judicial de sentencias viciadas de parcialidad

¹⁹⁰ . CS, 30/04/1996, "*Industrias Mecánicas del Estado c. Borgward Argentina S. A. y otros*", La Ley, 1996-C, 691. Asimismo se agrega que, la enemistad, odio o resentimiento son causa de recusación cuando ese estado de espíritu lo tiene el juez para con el litigante, manifestado por actos extremos que le dan estado público (CNCiv., Sala F, 20/12/1995, "*Debeney, Enrique E. V. M. c. Opala S. A.*", La Ley, 1996-B, 737). En tal sentido para que proceda la recusación con causa prevista en el art. 17, inc. 10 del Código Procesal, es preciso que los hechos que la originan reflejen inequívocamente un estado de efectivo resentimiento del juez hacia el recusante (CNCom., Sala A, 16/04/1999, "*Piccolo, Osvaldo A. c. Fornasari, Luis R.*", La Ley, 1999-E, 417). Por eso, los hechos que trasuntan indiferencia o descortesía, no bastan por sí solos para evidenciar enemistad, odio o resentimiento, a los efectos de la recusación con expresión de causa (CNCom., Sala B, 10/08/1991, "*Noel y Cía. S. A.*", La Ley, 1992-D, 639, J. Agrup., caso 8160).

La última faceta de la imparcialidad aventura revisarla como un supuesto diferente, donde el motivo sea impugnar la incidencia en el fallo de los factores que condicionan al juez como hombre. Por eso, al ser un presupuesto claramente teñido de subjetivismo y poca objetividad, la posibilidad requiere de precisiones.

En efecto, una sentencia expresa siempre un temperamento donde anidan cuestiones de hecho y de derecho que se han valorado con el estándar de la apreciación judicial, y con las pautas singulares de una formación social y cultural.

De algún modo refleja lo que en la teoría de la argumentación se denomina el “contexto de descubrimiento” y el “contexto de justificación”; uno para distinguir lo que pueden ser las causas ideológicas que llevan a sostener una posición jurídica determinada; un medio social; la influencia psicológica, y demás valores que se encuadran en la fundamentación de la sentencia; y otro para dar razones y motivos de la justicia del caso resuelto.

Aguiló propone trabajar el tema con el siguiente ejemplo ofrecido desde la visión de una decisión judicial con dos opciones de afirmación [...] “La primera, muestra la tendencia a la benevolencia que exhiben algunos jueces hacia el delito de insumisión es debida a (se explica como consecuencia de) la proximidad social (afinidad de clase, cultural, vecinal, biográfica, etc.) entre jueces e insumisos; y segunda, esas mismas decisiones benevolentes están bien fundadas y son conforme a derecho. La diferencia entre ellas se muestra en que caben todas las combinaciones posibles en la aceptación y rechazo de las mismas” (¹⁹¹).

Mientras el primer aspecto suele estar fuera de la teoría de los recursos; el segundo tiene respuestas en las vías de impugnación.

Ahora bien, el objeto del punto consiste en analizar si es posible ocupar en la senda de la discrepancia a la imparcialidad subjetiva; vale decir, aquella que orienta al juez en un sentido donde los conceptos se eluden para dar paso al fenómeno de las valoraciones personales (¹⁹²).

¹⁹¹ . Aguiló, Josep, *Independencia e imparcialidad de los jueces. Argumentación jurídica*. Revista Isonomía, nº 6 (abril), 1997, p. 72.

¹⁹² . En este aspecto, una vez más se replantea si el ejercicio de la iniciativa probatoria del juez en el proceso conspira o no con la imparcialidad del órgano. El garantismo apuntala la idea que la imparcialidad absoluta solamente se consigue cuando al juez no se lo convierte en parte (y la actividad probatoria es solo una actividad de ella); mientras en otra posición, se afirma 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,

La exigencia de motivar las decisiones jurisdiccionales encaja en la línea de sustentación que potencia explorar las situaciones de imparcialidad.

Andolina y Vignera sostienen que [...] el deber de dar cuenta normativa y que justifica la resolución, pierde cualquier valor cuando el juez puede manipular el resultado procesal y adaptar, sin temor alguno de control, el hecho a la norma con la cual se consagra la arbitraria aplicación de la ley (¹⁹³).

En esta línea afirma Morello que [...] “la garantía de imparcialidad – pegada al principio de legalidad- es condición de efectividad de la función decisoria. De la específica y concreta manifestación jurisdiccional de fallar y componer un caso (controversia) individualizando el derecho que rige lo probado. Actualmente es enfocada con las luces de la concepción democrática que ilumina no sólo la obligación constitucional de la motivación, sino los demás espacios en los que se desenvuelve el litigio desde el prisma del judicante: imparcialidad, objetividad, igualdad de herramientas (de trato y posibilidades reales); de similar o pareja asistencia técnica, publicidad de los actos y de las diligencias. Todo ello facilita desde *adentro* del proceso mismo (durante el trámite y en sede de impugnación horizontal, vía recursos) y desde afuera de él (el juicio crítico de la opinión pública), la composición del proceso justo...” (¹⁹⁴).

En suma, el contexto subjetivo de formación de la sentencia excede a la imparcialidad como garantía o principio procesal, en la medida que forma parte de la teoría de la argumentación, donde el razonamiento jurídico, casi siempre, tiene referencias externas concretas y abstractas.

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 (Morello, Augusto Mario, *Estudios de Derecho Procesal*, tomo II, Platense-Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1998).

¹⁹³ . Andolina, Italo – Vignera, Giuseppe, *I Fondamenti costituzionali della giustizia civile - Il modello costituzionale del processo civile italiano*, G. Giappichelli Editore, Torino, 1992, p. 13.

¹⁹⁴ . Morello, Augusto Mario, *El proceso justo*, Platense – Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1994, ps. 418/419.

De allí el debate entre “racionalistas” que no justifican ni autorizan al juez prescindir de las reglas afincadas en el principio de previsibilidad y seguridad jurídica (el juez debe aplicar la ley); y aquellos que atienden la situación del justiciable, o destinatario de la sentencia, donde [...] “resulta necesario establecer un mínimo de criterios de corrección que limiten la interpretación jurídica meramente subjetiva o hermética. Ello es esencial para que los ciudadanos tengan una percepción clara de que las decisiones judiciales se basan en la igualdad y en el Estado de Derecho” (¹⁹⁵).

¹⁹⁵ . Lorenzetti, Ricardo L., *Teoría de la decisión judicial. Fundamentos de derecho*, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires / Santa Fe, 2006, p. 213.

JURISPRUDENCIA

JUEZ NATURAL

*** Corte Suprema de Justicia de la Nación • 23/05/2007 • Rosza, Carlos Alberto y otro s/ recurso de casación • R. 1309 XLII**

- Si bien las reglas que rigen la prescripción constituyen materia propia de los jueces de la causa y ajena a la jurisdicción La aspiración de contar con una magistratura independiente e imparcial está directamente relacionada con la consagración constitucional de la garantía del "juez natural", expresada en la contundente prohibición de que los habitantes de la Nación puedan ser juzgados por comisiones especiales o ser sacados de los jueces legítimamente nombrados (art. 18 de la Constitución Nacional).
- Si bien las reglas que rigen la prescripción constituyen materia propia de los jueces de la causa y ajena a la jurisdicción El sistema establecido por la resolución 76/04 del Consejo de la Magistratura de la Nación es abiertamente inconstitucional en tanto se afecta el procedimiento claramente establecido por nuestra Constitución para el nombramiento de magistrados, desconociéndose así la garantía del juez natural, con grave menoscabo al principio de división de poderes, y por ende, con fulminante desconocimiento a la elemental regla republicana según la cual la soberanía descansa en el pueblo de la Nación (Voto del Dr. Carlos S. Fayt).

*** Corte Suprema de Justicia de la Nación • 20/03/2007 • Heredia, Ramón Claudio s/tenencia de arma de guerra -causa N° 26.458/04- • Fallos, 330:1049**

- La garantía del debido proceso, en la que se integra la del juez natural determinado por las normas sobre competencia, fue consagrada fundamentalmente en favor del acusado, por lo que no es válido recurrir al argumento de la incompetencia para adoptar una decisión que importe someterlo nuevamente a juicio, temperamento éste que lesiona el fundamento garantizador -de raigambre constitucional- que inspiró la consagración legislativa de ciertos pilares básicos del ordenamiento penal, entre los cuales se encuentra el principio del non bis in idem. -Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema-

*** Corte Suprema de Justicia de la Nación • 18/04/2006 • Crousillat Carreño, José Francisco s/ extradición • Fallos, 329:1245**

- Cuando a raíz de la renuncia, jubilación o muerte de un magistrado, otro nuevo asume la función que a él correspondía y continúa conociendo en la causa iniciada con anterioridad no hay sustracción al juez natural, ya que lo inadmisibles, lo que la Constitución repudia, es el intento de privar a un juez de su jurisdicción en un caso concreto para conferírsela a otro que no la tiene, en forma tal que por esta vía indirecta se llegue a constituir una verdadera comisión especial disimulada bajo la

calidad de juez permanente de que se pretende investir a un magistrado de ocasión. - Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema-

*** Corte Suprema de Justicia de la Nación • 31/05/2005 • Alcántara, Jorge Eduardo s/ interpone recurso de inconstitucionalidad c/ resolución 76 del 4-3-02 -causa N° 5466- • Fallos, 328:1786**

- Si los jueces cuya designación se objeta han cesado en el ejercicio de sus funciones y el expediente se encuentra actualmente tramitando ante el tribunal pero con una integración que ya no es la cuestionada, los agravios invocados con base en las garantías del juez natural, del debido proceso y de la defensa en juicio, han perdido virtualidad.

*** Corte Suprema de Justicia de la Nación • 17/05/2005 • Llerena, Horacio Luis s/ abuso de armas y lesiones - arts. 104 y 89 del Código Penal -causa N° 3221- • Fallos, 328:1491**

- La garantía del juez imparcial, en sintonía con los principios de juez natural e independencia judicial, debe ser interpretada como una garantía del justiciable que le asegure plena igualdad frente al acusador y le permita expresarse libremente y con justicia frente a cualquier acusación que se formule contra aquél.

*** Corte Suprema de Justicia de la Nación • 26/11/2003 • Moliné O Connor, Eduardo s/ su juicio político • Fallos, 326:4745**

- No se viola la garantía del juez natural cuando, a raíz de la renuncia, jubilación o muerte de un magistrado, otro nuevo asume la función que a él correspondía y continúa conociendo de la causa iniciada con anterioridad ya que lo inadmisibles, lo que la Constitución repudia, es el intento de privar a un juez de su jurisdicción en un caso concreto y determinado para conferírsela a otro juez que no la tiene, en forma tal que por esta vía indirecta se llegue a constituir una verdadera comisión especial disimulada bajo la calidad de juez permanente investido por ese magistrado de ocasión.

*** Corte Suprema de Justicia de la Nación • 21/08/2003 • Videla, Jorge Rafael s/ incidente de excepción de cosa juzgada y falta de jurisdicción • Fallos, 326:2805**

- La aplicación de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, según la cual los responsables de los hechos constitutivos del delito sólo podrán ser juzgados por las jurisdicciones de derecho común competentes de cada Estado, con exclusión de toda jurisdicción especial, en particular la militar, no configura un supuesto de vulneración al principio constitucional del juez natural (Voto del Dr. Antonio Boggiano).

*** Corte Suprema de Justicia de la Nación • 29/04/2003 • Resolución n° 17/03 - Secretaría de Auditores Judiciales-. Conjueces intervinientes en autos: "Robles, Hugo Antonio y otros". • Fallos, 326:1512**

- El instituto de la excusación -al igual que la recusación con causa- es un mecanismo de excepción, de interpretación restrictiva, con supuestos taxativamente establecidos (arts. 30 y 17 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación) para casos extraordinarios, teniendo en cuenta que su aplicación provoca el desplazamiento de la legal y normal competencia de los jueces y la consecuente alteración del principio constitucional del juez natural, y que la necesidad de evitar la privación de justicia pone límites al deber de apartamiento que establecen las leyes para tutela de la imparcialidad de los magistrados.

*** Corte Suprema de Justicia de la Nación • 14/06/2001 • Gavier Tagle, Carlos c/ Loustau Bidaut, Roberto y otro • Fallos, 324:1884**

- La garantía del juez natural como las 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.

*** Corte Suprema de Justicia de la Nación • 02/08/2000 • Nicolaidis, Cristino y otro. • Fallos, 323:2035**

- 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 (Voto del Dr. Enrique Santiago Petracchi).

*** Corte Suprema de Justicia de la Nación • 15/10/1998 • Polak, Federico Gabriel s/ violación de los deberes de funcionario público s/ casación - causa n° 174 - 4/95 - • Fallos, 321:2896.**

- La garantía del debido proceso, que comprende la del juez natural determinado por las normas de competencia, ha sido consagrada fundamentalmente en favor de acusado, por lo que no es válido recurrir al argumento de la incompetencia para adoptar una decisión que importe someterlo nuevamente a juicio, con menoscabo de la prohibición de la doble persecución penal (Voto del Dr. Antonio Boggiano).

IMPARCIALIDAD

*** Cámara de Apelaciones en lo Contenciosoadministrativo de Tucumán, sala II • 05/02/2008 • Colegio de Abogados de Tucumán c. Honorable Convención Constituyente de Tucumán • LLNOA 2008 (febrero), 85 - LA LEY 13/02/2008, 6, con notas de Jorge A. Amaya, Marcela I. Basterra, Andrés Gil Domínguez**

- Corresponde declarar la inconstitucionalidad del art. 129 de la Constitución de la Provincia de Tucumán (La Ley Online) incorporado por la Convención Reformadora, ya que el antejuicio

ante la Comisión Permanente de Juicio Político allí previsto no respeta los límites formales de la habilitación preconstituyente otorgada por la ley provincial 7469 (Adla, LXV-A, 1339), en tanto retuvo la facultad de acusar en manos de la Legislatura, a través de una comisión interna, sin respetar la composición plural que es inherente al jurado de enjuiciamiento de magistrados y, toda vez que la superioridad numérica de la comisión de juicio político sobre los legisladores que integran el jurado no ofrece garantías de imparcialidad al acusado, ni según los estándares políticos ni según estándares jurídicos.

*** Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, sala VI • 05/11/2007 • P., O. A. • JA 2007-II, 90 - Sup. Penal 2008 (febrero), 74**

- Corresponde acoger la excusación planteada por un magistrado con fundamento en haber mantenido con el querellante conversaciones sobre los pormenores de la causa, ya que las causales de apartamiento de quienes intervienen en un Tribunal de Juzgamiento no se agotan con las establecidas en el art. 55 del Código Procesal Penal de la Nación, sino que existen otras circunstancias que pueden incidir en la preservación de la garantía constitucional de imparcialidad y transparencia, en la conducción y decisión del caso concreto.
- Para que se configure la causal prevista en el art. 55 inc. 11 del Código Procesal Penal de la Nación, la enemistad manifiesta debe partir del juez a alguna de las partes y no a la inversa, puesto que sólo en dicho caso se vulneraría el principio de imparcialidad que debe primar en todo proceso.
- A efectos de determinar la procedencia de los rubros indemnizatorios —en el caso, daño psicológico—, ante la discrepancia planteada entre el criterio del perito oficial y un consultor técnico, ha de prevalecer el primero, pues, las garantías que rodean su designación hacen presumir su imparcialidad y mayor atendibilidad, en tanto que el consultor técnico constituye una figura análoga a la del abogado, en la medida que procura aportar fundamentos científicos o técnicos que favorezcan el progreso de la pretensión de la parte que representa.

*** Corte Suprema de Justicia de la Nación • 25/09/2007 • López Fader, Rafael Félix • DJ 2007-III, 465 – La Ley 2007-F, 41**

- Existe cuestión federal suficiente si la defensa pone en discusión el alcance de la garantía de juez imparcial reconocida dentro de los derechos implícitos del art. 33 constitucional, y se deriva de las

garantías de debido proceso y de la defensa en juicio establecidas en el art. 18 de la Constitución y consagrada expresamente en los artículos 26 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos , 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos —que forman parte del bloque de constitucionalidad federal en virtud de la incorporación expresa que efectúa el art. 75, inc. 22 de la Constitución Nacional—. (Del voto en disidencia de los doctores Maqueda y Zaffaroni que remiten a la sentencia recaída en "Llerena, Horacio L."; 17/05/2005 - La Ley, 2006-D, 442).

- Si se halla cuestionado el alcance de una garantía del derecho internacional —en el caso, la del juez imparcial—, el tratamiento del tema resulta pertinente por la vía del recurso extraordinario federal, puesto que la omisión de su consideración puede comprometer la responsabilidad del Estado argentino frente al orden jurídico supranacional. (Del voto en disidencia de los doctores Petracchi, Maqueda y Zaffaroni que remiten a la sentencia recaída en "Llerena, Horacio L.", 17/05/2005, La Ley, 2006-D, 442).

*** Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal Económico, sala B • 15/08/2007 • Antonini Wilson, Guido A. • La Ley 2007-E, 397**

- Si bien en la causal de excusación fundada en motivos de decoro y delicadeza adquiere trascendencia la apreciación subjetiva del juez que se aparta, dichas motivaciones deben tener una magnitud tal que, valoradas por el intérprete en forma objetiva, permitan apreciar el peligro de un juzgamiento alejado del mandato de imparcialidad.

*** Corte Suprema de Justicia de la Nación • 20/07/2007 • Municipalidad de San Luis c. Provincia de San Luis • La Ley Online**

- La enemistad, odio o resentimiento invocadas como causal de recusación, deben tener apoyo en circunstancias objetivamente comprobables, con aptitud para justificar el apartamiento de los jueces por hallarse comprometida su imparcialidad.

*** Cámara Nacional de Casación Penal, sala II • 25/06/2007 • Revello, Carlos Agustín y otros • DJ 2007-III, 1090 - La Ley 2008-A, 314**

- Conforme a lo establecido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el precedente "Llerena", corresponde anular la sentencia que condenó al imputado en orden al delito de abuso de autoridad

cuando en la etapa instructoria intervino el mismo juez que en la sentencia, en tanto ello vulnera la garantía de imparcialidad de los jueces.

*** Corte Suprema de Justicia de la Nación • 12/06/2007 • Eaca S.A. - Sideco Americana S.A. S.A.C.I.I.F.F. - Saiuge Argentina c. Dirección Nacional de Vialidad • La Ley 11/07/2007, 11 - DJ 2007-II, 829 - La Ley 16/01/2008, 4**

- La Comisión Arbitral de Obras Públicas de la Nación —decreto 11.511/47 y normas complementarias— no constituye un verdadero tribunal de arbitraje, sino un organismo administrativo con facultades jurisdiccionales, pues no se cumplen las premisas fundamentales del juicio arbitral, esto es, la libre elección de los jueces —prevista sólo para el contratista— y su imparcialidad —dos de sus tres miembros son funcionarios públicos—. (Del voto de los doctores Fayt y Petracchi según su voto en disidencia en "Meller Comunicaciones S.A. U.T.E.", 05/11/2002, LA LEY 2003-B, 906, al cual remite).

*** Corte Suprema de Justicia de la Nación • 03/05/2007 • Medina, Omar Roque • La Ley Online**

- Corresponde dejar sin efecto la resolución que no hizo lugar a la recusación planteada por la defensa, con sustento en que fue planteada extemporáneamente, desestimándose el planteo de la recurrente a través de una interpretación ritualista de una norma y sin explicarse los motivos por los cuales la imparcialidad y el debido proceso no corren riesgo de cercenarse, no obstante que los hechos permiten instalar una duda razonable sobre la neutralidad de los magistrados en la medida en que, sin perjuicio de la valoración jurídica que en definitiva pudieran realizar, ya habían afirmado que la conducta atribuida al imputado podía ser configurativa de un delito, suceso por el que se otorgó intervención a la fiscalía.

*** Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala C • 03/05/2007 • Demarchi, Diego c. Colobine, Carmen del Valle • La Ley Online**

- La recusación es el medio que asiste a las partes para lograr el apartamiento del juez en el conocimiento de un juicio determinado a fin de satisfacer la garantía de imparcialidad que debe presidir la función jurisdiccional, cuando el magistrado de algún modo resulta sospechoso de ofrecerla.

*** Cámara de Apelaciones en lo Contravencional y de Faltas de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, sala II • 12/04/2007 • Micelli, Natalia Andrea • La Ley Online**

- El magistrado, en el proceso contravencional, debe actuar con imparcialidad y su actividad debe limitarse entonces a un control de legalidad del acuerdo ya celebrado entre las partes para la concesión de la suspensión del juicio a prueba y así como no puede rechazarlo por razones distintas a las previstas por la ley, tampoco puede otorgar la suspensión cuando no exista aquel acuerdo, pues su intervención es presupuesto de un acuerdo previo que, sin él, impide que la cuestión llegue a su estrado. (Del voto en disidencia del doctor Bacigalupo).

*** Corte Suprema de Justicia de la Nación • 27/02/2007 • Carrillo, Fausto A. y otros • La Ley 30/03/2007, 5 - La Ley 2007-B, 598 - DJ 2007-2, 92**

- Dada la ausencia de disposiciones legales o reglamentarias que precisen el procedimiento a seguir ante la excusación del juez subrogante designado, las posteriores inhibiciones de los conjuces abogados llamados a intervenir y la recusación con causa del único entre ellos que había aceptado la designación, debe adoptarse una decisión que contemple, por sobre el deber de apartamiento que establecen las leyes para tutela de la imparcialidad de los magistrados, la necesidad de superar razonablemente situaciones de la naturaleza señalada, a fin de resguardar la garantía constitucional más eminente que está siendo irreparablemente postergada.

*** Corte Suprema de Justicia de la Nación • 31/10/2006 • Juplast S.A. c. Estado Nacional y A.F.I.P. • La Ley 16/11/2006, 6 - La Ley 2006-F, 479 - JA 2006-IV, 556**

- La existencia de un interés relativo a que una causa sea resuelta en un determinado sentido, con la finalidad de que se establezca así un precedente aplicable a otros pleitos de análoga naturaleza —iniciados o a promoverse— en el que los presentantes o sus representados sean parte o tengan un interés de carácter pecuniario comprometido en su resultado, determina la improcedencia de la intervención como Amigos del Tribunal de quienes lo tuvieren, pues resulta incompatible con la imparcialidad que debe guiar la intervención de éstos.

-
-
-

*** Corte Suprema de Justicia de la Nación • 11/07/2006 • Pontoriero, Rubén Alfredo s/incidente de recusación al juez federal Leopoldo Rago Gallo • La Ley Online**

- El rigor de la comprensión del instituto de la recusación con causa no puede llevar a extremos de negar su existencia o de poner en manos de los jueces poderes ilimitados en perjuicio de los justiciables, que torne ilusorio el uso de un instrumento concebido para asegurar la imparcialidad del órgano jurisdiccional llamado a decidir una controversia, condición de vigencia de la garantía del debido proceso. (Del voto del doctor Fayt).

*** Corte Suprema de Justicia de la Nación • 11/07/2006 • Pontoriero, Rubén Alfredo s/incidente de recusación al juez federal Leopoldo Rago Gallo • La Ley Online**

- El principio de interpretación restrictiva de las causales de recusación no puede ser concebido de modo tal que torne ilusorio el uso de un instrumento que procura asegurar la imparcialidad del órgano jurisdiccional llamado a decidir una controversia, en tanto condición de vigencia de la garantía del debido proceso.

*** Superior Tribunal de Justicia de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur • 20/06/2006 • Dumé, Marisa L. c. Administración Pública • LLPatagonia 2006 , 690**

- Para que proceda la excusación fundada en motivos graves de decoro y delicadeza deben darse ciertos requisitos, cuales son que las causales de separación de los jueces se deben vincular con los interesados, siendo éstos los señalados en el art. 46 del Cód. Procesal Penal de la Provincia de Tierra del Fuego, que el motivo previsto en el inc. 13 del art. 45 opera cuando a juicio del magistrado se produce la situación externa que la norma prevé, esto es, la posibilidad de debilitamiento en la confianza pública respecto de su imparcialidad, que dicho juicio es pasible del control de razonabilidad por parte del Tribunal, que la causal requiere ser interpretada restrictivamente y que el inc. 13 opera para situaciones que no tienen un tratamiento expreso en los restantes incisos y no cuando, teniéndolos, el hecho no encuadra en él.

*** Corte Suprema de Justicia de la Nación • 28/03/2006 • Nicolini, Jorge C. y otros • Le Ley 07/08/2006, 7 - La Ley 2006-D, 656 - DJ 12/07/2006, 787**

- Resulta incompatible con la garantía de imparcialidad —art. 8.1. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos — la circunstancia de que sea un mismo juez el que intervenga en la instrucción del proceso y el que actúe en la etapa del juicio. (Del voto de la doctora Argibay).
- Ante el compromiso internacional asumido por el Estado argentino de garantizar la imparcialidad de los jueces, la violación que a dicha garantía implica la intervención de un mismo juez en la etapa instructoria como en la del juicio no puede ser soslayada con fundamento exclusivo en el carácter taxativo de las causales de recusación de los jueces (Del voto de los doctores Highton de Nolasco y Zaffaroni según su voto en "Llerena", 17/05/2005)
- La sola intervención de dos vocales integrantes de la Cámara que actuó como tribunal de juicio, en el incidente que juzgaba sobre el fin de la fase instructoria, no implica que la imparcialidad de ellos necesariamente se encuentre comprometida, pues el tema debe examinarse de acuerdo a las circunstancias particulares de cada caso. (Del voto en disidencia del doctor Lorenzetti).
- Es improcedente considerar satisfecho el estándar mínimo establecido internacionalmente en materia de imparcialidad del tribunal, ante la existencia de reglas procesales que autorizan un procedimiento en el que el juez que intervino en la investigación preparatoria y que resolvió que los elementos reunidos durante dicha investigación confirmaban los cargos formulados inicialmente al imputado, con la suficiente certeza como para abrir el debate ("auto de elevación a juicio"), sea quien decida, en definitiva, la condena. (Del voto del doctor Petracchi según su voto en "Llerena", 17/05/2005,

*** Cámara Nacional de Casación Penal, sala III • 02/02/2006 • O., R. E. s/rec. de casación • La Ley 2006-D, 140**

- La garantía de [imparcialidad](#) está pensada a favor del imputado y, no como salvaguarda de la investidura del magistrado que debe intervenir en un asunto penal desde que, su fundamento está dado por el temor de parcialidad que puede sufrir el encartado frente a la actuación del juez en el caso concreto.

*** Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, sala IV • 14/08/1981 • Saeta, Manuel •**

- El odio que el recurrente manifiesta sentir por los integrantes de una sala del tribunal no es causal de recusación, por cuanto al no ser aquel sentimiento correspondido por los Magistrados, en nada se ve afectado el requisito de imparcialidad que protege el art. 75 Cód. de Proced. Crim.: correspondiendo en consecuencia que la

recusación planteada se rechace de plano (art. 94, Cód. de Proced. Crim.).

EXCUSACIÓN y RECUSACIÓN

*** Corte Suprema de Justicia de la Nación • 26/07/2007 • Alberti, Edgardo Marcelo y otros c/Estado Nacional - Ministerio de Educación y Justicia- • A. 2443 XXXVIII.**

- No corresponde aceptar la excusación fundada en razones de delicadeza y decoro, por considerar que en el caso se halla en tela de juicio la garantía de intangibilidad de las remuneraciones de los jueces de la Nación si, a criterio del Tribunal no se presenta causal de entidad suficiente para justificar el apartamiento del magistrado de la causa, ya que no sólo no se han configurado las hipótesis previstas en el art. 17 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, sino que tampoco se advierten tales razones, máxime no tratándose de resolver la cuestión de fondo sino sólo aspectos referentes al cumplimiento de la sentencia ya dictada en autos.
- La excusación por razones de decoro o delicadeza exige especial cuidado en su ponderación, pues es verdad que sólo quienes alegan hallarse en situación de violencia moral se encuentran en condiciones de calibrar hasta qué punto ello afecta su espíritu y su poder de decisión libre e independiente, pero también lo es que debe evitarse que el instituto se transforme en un medio espurio para apartar a los jueces naturales de las causas sometidas a su conocimiento.

*** Corte Suprema de Justicia de la Nación • 18/12/2002 • Beratz, Mirta Ester c/ P.E.N. s/ amparo - med. Cautelar • Fallos, 325:3431**

- Exige especial cuidado en su ponderación la excusación cuando el malestar alegado por el magistrado proviene de manifestaciones de terceros que ponen en duda su imparcialidad, pues bastaría entonces con acudir a tal recurso para desplazar una causa del conocimiento del juez competente.

*** Corte Suprema de Justicia de la Nación • 05/06/2007 • Germán, Arón c/Administración Nacional de la Seguridad Social. • G. 1806 XLII**

- Para que la formulación de una denuncia dé sustento a la recusación de un magistrado, o a su excusación, se requiere que aquélla sea efectuada con anterioridad al inicio del proceso en el que éste interviene, ya que de adoptarse un temperamento contrario, resultaría fácil para un litigante de mala fe apartar indebidamente al magistrado del conocimiento de la causa.

*** Corte Suprema de Justicia de la Nación • 27/02/2007 • Designación de conjuez para Juzgado Federal n° 2 de Formosa en autos: Carrillo, Fausto Augusto y otros s/ desaparición forzada de personas. • Fallos, 330:251**

- La atribución de decidir sobre el juez competente para evitar una efectiva privación de justicia le ha sido reconocida a la Corte por su condición de cabeza del Poder

Judicial de la Nación y aunque está orientada -según el sentido literal del dispositivo- a que se superen con prontitud los inconvenientes nacidos a raíz de sucesivas declaraciones de incompetencia -por razón de la materia, territorio, grado, etc.- por parte de los magistrados naturalmente llamados a entender en un caso, resulta plenamente razonable que también abarque supuestos en que la "ausencia" de juzgador reconoce su origen en la aplicación de los institutos procesales de la excusación y la recusación (Voto del Dr. Juan Carlos Maqueda).

*** Corte Suprema de Justicia de la Nación • 24/10/2006 • Martínez Ríos, Alicia y Galante, Ernesto s/abuso de autoridad y violación de los deberes de funcionario público —causa N 1865/01—• Fallos, 329:4446**

- Ante la invocación de un estado de violencia moral, corresponde aceptar la excusación de uno de los jueces de la Corte Suprema (art. 17, inc. 5°, del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación).

*** Corte Suprema de Justicia de la Nación • 28/06/2005 • Jeanneret de Pérez Cortés, María s/ su excusación en autos: "Miriche, Marta Ofelia c/ Poder Ejecutivo Nacional s/ amparo" • Fallos, 328:2450**

- El único órgano habilitado para admitir o rechazar la recusación o excusación, es la sala de la cámara de apelaciones a la que pertenecen los excusados, sin que resulte ajustado a derecho el procedimiento que pretende plantear contienda respecto de tal decisión ante la Corte Suprema que, de lo contrario, debería conocer en todas las incidencias de recusación o excusación que pudieran plantear las partes o los propios jueces.
- El rechazo de la pretensión de que la Corte Suprema resuelva con respecto a la excusación de una magistrada, no obsta a lo que este Tribunal pueda decidir si alguno de sus integrantes se excusara, o fuera recusado, por encontrarse en una situación análoga a la de la jueza; como así tampoco a lo que corresponda resolver en el caso de que el planteo, con respecto a la recusación de un juez de las instancias ordinarias, fuese traído a conocimiento de la Corte por la vía del recurso del art. 14 de la ley 48 (Voto de los Dres. Augusto César Belluscio y E. Raúl Zaffaroni).

*** Corte Suprema de Justicia de la Nación • 30/03/2005 • Coto, Guillermina c/ ANSES s/ Reajustes Varios • Fallos, 328:634**

- El art. 31, segunda parte, del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, alude a la desaparición sobreviniente de las "causas" de excusación -que no justifican el reemplazo del juez sustituto- y no a la hipótesis de nombramiento de un nuevo juez titular.

*** Corte Suprema de Justicia de la Nación • 02/12/2004 • Obryser S.A. c/ Parques Interama • Fallos, 327:5448**

- El ejercicio de la potestad de excusación, mediando causa legal de recusación o no, es ajeno a la actividad procesal de las partes.

*** Corte Suprema de Justicia de la Nación • 26/11/2003 • Moliné O Connor, Eduardo s/ su juicio político • Fallos, 326:4745**

- Corresponde hacer lugar a la excusación formulada por un conjuer si las circunstancias de hecho que relata acerca del lapso y el modo en que cumplió funciones en la Corte Suprema asistiendo al presidente y al vicepresidente -a quien se le sigue juicio político-, así como la decisiva influencia que tan singular forma de haber desempeñado su misión, han contado con una entidad suficiente como para afectar su necesaria imparcialidad e independencia.
- La circunstancia de haber sido el camarista federal empleado y funcionario de la Corte Suprema sin formar parte, en ningún momento de su gestión, de la vocalía del recurrente, ni tener con él más que un trato funcional, no va a afectar en modo alguno su poder de decisión libre e independiente en las actuaciones en las que ha sido desinsaculado para intervenir, sin que por tal motivo pese sobre el magistrado ninguna de las causales previstas en el art. 17 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación ni la establecida en el art. 30 in fine de ese cuerpo legal, circunstancias que de existir obviamente habrían motivado la formal solicitud de excusación (Voto del Dr. Javier María Leal de Ibarra).

*** Corte Suprema de Justicia de la Nación • 20/05/2003 • Lema, Armando Enrique y otra s/ acción de amparo • Fallos, 326:1609**

- La excusación por razones de decoro o delicadeza exige especial cuidado en su ponderación, pues es verdad que sólo quienes alegan hallarse en situación de violencia moral se encuentran en condiciones de calibrar hasta qué punto ello afecta su espíritu y su poder de decisión libre e independiente, también lo es que debe evitarse que el instituto se transforme en un medio espurio para apartar a los jueces naturales de las causas sometidas a su conocimiento.
- La mención de ser titular de una cuenta bancaria y una tarjeta de crédito no puede dar lugar a la procedencia de la excusación a la luz de lo previsto por el art. 17 inc. 4º del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, toda vez que esta norma expresamente excluye como causal de recusación a la existencia de una relación de crédito o débito respecto de un banco oficial, carácter que reviste el demandado en atención a lo dispuesto por la ley de la Provincia de Córdoba 5718, t.o. ley 6474 (Voto del Dr. Carlos S. Fayt).
- No puede admitirse una excusación que sólo importaría eximir al juez del primordial deber de juzgar, sobre la base de una circunstancia -relación de crédito o débito con el banco oficial demandado- inhábil para configurar la causal prevista por el art. 17 inc. 4º del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, o para comprometer de algún modo la garantía de imparcialidad (Voto del Dr. Carlos S. Fayt).
- La calidad de titular de una caja de ahorro en pesos no puede asimilarse -a los fines de la excusación- al interés de uno de los jueces "en el pleito o en otro semejante" (inc. 2º del art. 17 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación) -existente o eventual- derivado de la condición de titular de un depósito a plazo fijo "pesificado",

pues en tal situación es indiferente cuál sea el banco depositario (Voto del Dr. Augusto César Belluscio).

*** Corte Suprema de Justicia de la Nación • 29/04/2003 • Resolución n° 17/03 - Secretaría de Auditores Judiciales-. Conjuces intervinientes en autos: "Robles, Hugo Antonio y otros" • Fallos, 326:1512**

- El instituto de la excusación -al igual que la recusación con causa- es un mecanismo de excepción, de interpretación restrictiva, con supuestos taxativamente establecidos (arts. 30 y 17 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación) para casos extraordinarios, teniendo en cuenta que su aplicación provoca el desplazamiento de la legal y normal competencia de los jueces y la consecuente alteración del principio constitucional del juez natural, y que la necesidad de evitar la privación de justicia pone límites al deber de apartamiento que establecen las leyes para tutela de la imparcialidad de los magistrados.

*** Corte Suprema de Justicia de la Nación • 03/04/2003 • Flores, María Cristina y otras c/ Castiglione, Julio César y/o responsables del diario El Liberal • Fallos, 326:1046**

- Si los términos de las recusaciones, los informes de los magistrados y la excusación rechazada dan cuenta de las relaciones de amistad, parentesco y antigua militancia política que habrían unido a quienes se desempeñan como cabezas del partido gobernante de la Provincia de Santiago del Estero y a la vez como máximas autoridades locales, por un lado, y por el otro, con los jueces llamados a entender en el caso y toda vez que la cuestión se relaciona con uno de los importantes medios de prensa local por cuestiones vinculadas a los términos de la nota publicada referida a militantes de ese partido, se imponía una decisión sustancial y no meramente formal del máximo tribunal provincial, que debió apartarse del principio que le veda conocer en decisiones no definitivas el que, para mantener su validez constitucional, no puede ser interpretado de un modo absoluto (Disidencia del Dr. Carlos S. Fayt).

*** Corte Suprema de Justicia de la Nación • 28/02/2003 • Astiz, Alfredo y otros s/ delito de acción pública - incidente de apelación • Fallos, 326:349**

- Corresponde rechazar el pedido de excusación efectuado por el magistrado con fundamento en el art. 30, primer párrafo, del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, si a juicio de la Corte Suprema no se presenta causal de entidad suficiente para justificar su apartamiento de la causa, ya que no sólo no se han configurado las hipótesis previstas en el art. 17, sino que tampoco se advierten "motivos graves de decoro o delicadeza" que permitan sustentar una decisión en tal sentido.

*** Corte Suprema de Justicia de la Nación • 10/10/2002 • Buján, Silvana Cristina c/ CELPA Fuerza Aérea Argentina • Fallos, 325:2622**

- La circunstancia de que quien interviene en calidad de letrado patrocinante de la parte recurrente sea abogado del juez de la Corte Suprema en el procedimiento de

juicio político ante el Congreso de la Nación no encuadra en ninguno de los supuestos previstos en el art. 17 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, ni justifica admitir la excusación que el mismo formula en los términos del art. 30 del mismo código.

*** Corte Suprema de Justicia de la Nación • 01/06/2000 • Baca Castex, Raúl Alejo c/ C.P.A.C. F. • Fallos, 323:1374**

- El abogado no es simplemente un profesional habilitado por su diploma universitario para exponer el derecho, enseñarlo y hacerlo valer en patrocinio en las causas en justicia, es además un auxiliar de la justicia, un colaborador de la misma y un integrante potencial de sus tribunales en los casos de impedimento, recusación o excusación de sus miembros; y, como consecuencia lógica, las leyes que organizan la justicia -en la Nación y en las provincias- conforme al enunciado del preámbulo y el art. 5° de la Constitución Nacional, pueden exigir a los abogados cierta organización y disciplina dentro del art. 14 de la Ley Fundamental, que garantice el ejercicio razonable y ético de la profesión legal (Voto de los Dres. Carlos S. Fayt y Guillermo A. F. López).

*** Corte Suprema de Justicia de la Nación • 30/04/1996 • Industrias Mecánicas del Estado c/ Borgward Argentina S.A y otros s/ incumplimiento de contrato • Fallos, 319:758**

- El instituto de la excusación - al igual que la recusación con causa creado por el legislador - es un mecanismo de excepción, de interpretación restrictiva, con supuestos taxativamente establecidos (arts. 30 y 17 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación) para casos extraordinarios, teniendo en cuenta que su aplicación provoca el desplazamiento de la legal y normal competencia de los jueces y la consecuente alteración del principio constitucional del juez natural.

CAPÍTULO VII

LA DEFENSA EN JUICIO

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.

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” (¹⁹⁶); mientras que la doctrina tradicional piensa que el derecho de defensa no debe quedar circunscripto a la réplica de un ataque

¹⁹⁶ . Carocca Pérez, Alex, *Garantía Constitucional de la defensa procesal*, Bosch, Barcelona, 1998, p. 16.

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 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” (197).

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 (198).

¹⁹⁷ . Alcalá Zamora y Castillo, Niceto, *Proceso, autocomposición y autodefensa*, Instituto de Investigaciones Jurídicas – UNAM, México, 1991, ps. 59/60.

¹⁹⁸ . 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).

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).

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 (¹⁹⁹).

¹⁹⁹ . 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

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.

Por ello, cualquier decisión individual que pretenda soslayar la intervención letrada en algún tipo de procedimientos, deviene nula, toda vez que vulnera un principio de raigambre constitucional que, por lo demás, obliga a la jurisdicción a cubrirla con los oficios de la defensoría pública.

No obstante, cuando se habla de exclusión del abogado defensor atendiendo algunas particularidades del proceso penal que podrían justificarlo, hay que realizar el test de constitucionalidad de una medida tan extrema.

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 esta sobre el abogado discernido oficiosamente, para suplirlo por el "de confianza", o viceversa.

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).

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 (²⁰⁰).

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 (²⁰¹); 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

²⁰⁰ . 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).

²⁰¹ . “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).

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 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 (²⁰²).

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 renunciabile la designación del letrado hecha por la jurisdicción, porque a nadie se le

²⁰² . 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).

puede obligar a que contrate los servicios de un abogado impuesto, aun cuando sus servicios 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 ⁽²⁰³⁾.

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 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” ⁽²⁰⁴⁾.*

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.

²⁰³ . Gimeno Sendra, Vicente, *La asistencia letrada al detenido ¿un derecho renunciabile?*, Diario El País (España), del 20.01.1983

²⁰⁴ . *Ibidem*

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.

Recuérdese que la ignorancia de las leyes no sirve de excusa (art. 20, CC), como tampoco el exceso de trabajo escuda la omisión de asistencia del profesional obligado a la asistencia letrada.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el "caso *Gordillo*" (29.09.1987 - Fallos 310:1934) 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*".

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 Convención Americana sobre Derechos Humanos, muestra su 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 por abogado, lo que únicamente se justificaría en procedimientos simples y de naturaleza no penal.

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...”*.

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 (²⁰⁵).

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

²⁰⁵ . Cfr. Colección *Responsabilidad Profesional*", tomo 1, Astrea, Buenos Aires, 1995, p. 67.

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.

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 (²⁰⁶).

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 (²⁰⁷).

3. 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, deber 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

²⁰⁶ . Bachmaier, Lorena, *La asistencia jurídica gratuita*, Comares, Granada, 1997, p. 12.

²⁰⁷ . Cfr. Gozaíni, *Derecho Procesal Constitucional – Amparo*, ob. cit., p. 130.

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 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 ⁽²⁰⁸⁾.

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” ⁽²⁰⁹⁾.

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).

²⁰⁸ . 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).

²⁰⁹ . Carocca Pérez, ob. cit., ps. 52/53.

Las situaciones de indefensión las puede crear el legislador con normas concretas que violen 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 ⁽²¹⁰⁾

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 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 ⁽²¹¹⁾.

²¹⁰ . 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).

²¹¹ . 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

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.

3.1 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, 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 ⁽²¹²⁾.

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).

²¹² . 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

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 (²¹³) (v.gr.: cuando se resuelve

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).

²¹³ . 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.

una condena dictada en juicio sumario basado en 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 ⁽²¹⁴⁾) 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

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.

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.

²¹⁴ . 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.

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...”⁽²¹⁵⁾

3.2 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.

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⁽²¹⁶⁾.

²¹⁵ . Almagro Nosete, José, *La prohibición constitucional de la indefensión*, PJ, número especial VI, 1989, p. 235. Cfr. Carocca Pérez, ob cit., p. 367.

²¹⁶ . 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,

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”⁽²¹⁷⁾

3.3 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 disminuciones de facultades que se pueden corregir

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 perjuicio 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 perjuicio 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).

²¹⁷ . Ramos Méndez, Francisco, *El Sistema Procesal Español*, Bosch, Barcelona, 2000, p. 69.

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” (²¹⁸), queda un gran esfuerzo de elaboración

²¹⁸ . 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 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 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

pendiente porque es 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

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 distingue 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 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.

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 ⁽²¹⁹⁾.

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” ⁽²²⁰⁾.

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.

4. 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. 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.)

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.

²¹⁹ . Cfr. Carocca Pérez, ob. cit., p. 378.

²²⁰ . Carocca Pérez, ob. cit., p. 383.

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 ⁽²²¹⁾ da preferencia al derecho a ser oído, disponiendo en lo

²²¹ . 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

demás todas las garantías que se 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 ⁽²²²⁾ también aplica este criterio aunque dispone más condiciones para su efectividad.

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.

5. El proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia.

²²² . 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

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 acorrallar 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...”⁽²²³⁾.

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

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.

²²³ . Chamorro Bernal, Francisco, *La tutela judicial efectiva*, Bosch, Barcelona, 1994, p. 109.

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 (²²⁴).

4.1 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.

²²⁴ . 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 septiembre) 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 septiembre).

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 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”⁽²²⁵⁾.

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.

²²⁵ . Palacio, Lino E., *Derecho Procesal Civil*, Tomo I, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1979 (2ª ed.), ps. 263/264.

b) Otro paso decisivo ha sido la tarea jurisprudencial de elevar el "contradictorio" a garantía constitucional incluida en la de "defensa enjuicio" 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 por las partes. Estamos en el ámbito de una lógica de lo *probable* y de lo *razonable*, no de lo necesario e inevitable (²²⁶).

¿Es un regreso al proceso como lucha entre partes? Puede ser, pero el problema se explica mejor en el apartado siguiente.

4.2 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

²²⁶ . 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, *Audiat et altera pars. Le matrici storico-culturali del contraddittorio*, en Riv. Trimest. Dir e Proc. Civ., 2003, N° 1, ps. 7/22.

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.

Peyrano, en un trabajo que constituye para nosotros la mejor explicación de la diferencia, nos precisa que [...] “mientras lo cautelar exige la apariencia del derecho invocado, el peligro en la demora y la prestación de una contracautela; en cambio, lo urgente, si bien requiere el peligro en la demora, no precisa de la verosimilitud sino de una fuerte probabilidad para que sean atendibles las pretensiones deducidas en juicio ⁽²²⁷⁾”.

²²⁷ . Peyrano, Jorge Walter, *Lo urgente y lo cautelar*, en *Jurisprudencia Argentina*, 1995-I, 889. Agrega Vargas, citando al profesor Rosarino, que además, el proceso cautelar es “abierto” (es que cualquiera fuere la coyuntura correspondiente –si están reunidos los recaudos referidos- el interesado podrá postular exitosamente que se despache en su favor una diligencia cautelar) y “sirviente” (puesto que sólo puede existir en función de asegurar las eventuales resultas de un proceso principal del cual es accesorio); mientras que el proceso urgente es “autónomo” en el sentido que no es accesorio ni tributario respecto de otro, agotándose en sí mismo (Cfr. Vargas, Abraham L., *Estudios de Derecho Procesal*, tomo I, Cuyo, 1999).

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 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 (²²⁸), 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 (²²⁹), 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* (²³⁰).

²²⁸ . Rivas, Adolfo A. *La Jurisdicción Anticipatoria*. ponencia presentada en el XVIII Congreso Nacional de Derecho Procesal. Santa Fé. 1995, p. 21.

²²⁹ . 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 Ali Salgado*. Ediar, Buenos Aires, 1997, p. 31.

²³⁰ . 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.

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 en el anexo 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 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 arrebatarlas.

“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”⁽²³¹⁾.

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,

²³¹ . Sala Constitucional de la Suprema Corte de Justicia de Costa Rica, sentencia 1739/92.

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 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 (²³²).

²³² . 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.

JURISPRUDENCIA

*** Corte Suprema de Justicia de la Nación • 27/12/1996 • Expreso Sudoeste SA c/ Provincia de Buenos Aires • La Ley, 1997-C, 38**

- Los alcances que cabe otorgar a lo dispuesto por el art. 8º, inc. 1º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos -a la que el inc. 22 del art. 75 de la Constitución Nacional otorga jerarquía constitucional- son equivalentes, en relación con el principio "solve et repete", a los fijados por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación con mucha antelación a dicho tratado y tanto para las personas físicas como para las de existencia ideal, con fundamento en el derecho de defensa garantizado por el art. 18 de la Constitución Nacional.

*** Corte Suprema de Justicia de la Nación • 26/08/2008 • Asociación de Superficiarios de la Patagonia c/Y.P.F. S.A. y otros s/daño ambiental. • A 1274 XXXIX**

- Las excepciones admitidas respecto de la validez constitucional de las normas que requieren el pago previo de las obligaciones fiscales como requisito para la intervención judicial --"solve et repete"--, contemplan situaciones patrimoniales concretas de los particulares, para evitar que ese previo pago se traduzca --a causa de la falta comprobada e inculpable de medios pertinentes para enfrentar la erogación-- en un real menoscabo de la defensa en juicio
- Si existen circunstancias suficientemente demostrativas de que las emplazadas pudieron ejercer amplia y adecuadamente su derecho de defensa en juicio, la defensa de defecto legal que provisoriamente impidió el progreso de la acción carece de sustento y corresponde tener a la actora por cumplido con lo resuelto en el anterior pronunciamiento del Tribunal.

*** Corte Suprema de Justicia de la Nación • 20/08/2008 • Flagello, Vicente c/ANSeS s/interrupción de prescripción.**

- Si se atiende a que las normas procesales constituyen la regulación del derecho de defensa en juicio y del debido proceso, su aplicación al campo específico de los derechos previsionales debe procurar el máximo respeto de los principios básicos consagrados en el art. 14 bis de la Constitución Nacional, lo cual significa que no corresponde retacear el carácter integral e irrenunciable que tienen los beneficios de la seguridad social mediante disposiciones cuya aplicación práctica disminuye de manera sustancial el crédito del beneficiario de una jubilación o pensión, pues normas de esa naturaleza alteran el derecho consagrado por la regla superior y carecen de la razonabilidad exigible (Disidencia de los Dres. Ricardo L. Lorenzetti, Carlos S. Fayt y Enrique Santiago Petracchi).

*** Corte Suprema de Justicia de la Nación • 20/08/2008 • Picapau S.R.L. s/concurso preventivo s/ incidente de revisión promovido por: Karsten S.A.**

- Si bien no cabe aplicar en la verificación de créditos objeto de autos, el principio del esfuerzo compartido, no corresponde atenerse a dicha solución a fin de no perjudicar la posición de la concursada por efecto de su propio recurso, que habilitó la intervención de la Corte en la instancia extraordinaria, pues lo contrario significaría incurrir en una reformatio in pejus, en violación a las garantías de la defensa en juicio y de la propiedad (Disidencia del Dr. Ricardo L. Lorenzetti).

*** Corte Suprema de Justicia de la Nación • 12/08/2008 • Freytes, Daniel Enrique s/acusación del procurador general -causa N° 53.906/03-.**

- Quien pretenda la intervención judicial en las decisiones en materia de los llamados juicios políticos o enjuiciamiento de magistrados en la esfera provincial deberá demostrar en forma nítida, inequívoca y concluyente, con flagrancia, un grave menoscabo a las reglas del debido proceso y a la garantía de defensa en juicio que, asimismo, exhiba relevancia bastante para variar la suerte de la causa (art. 18 de la Constitución Nacional, arts. 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos).

*** Corte Suprema de Justicia de la Nación • 12/08/2008 • Reynot Blanco, Salvador Carlos c/Santiago del Estero, Provincia de s/daños y perjuicios.**

- Frente a la significativa extensión del tiempo transcurrido desde el llamamiento de autos para sentencia, evidentes razones de economía procesal como las señaladas por el Tribunal en los precedentes "Punte" y "Cohen", así como la adecuada preservación de las garantías constitucionales de la defensa en juicio y del debido proceso que asisten a las partes, en cuanto comprenden la necesidad de obtener una rápida y eficaz decisión judicial que ponga fin a la controversia, llevan a dejar de lado el nuevo contorno del concepto de causa civil definido en la causa "Barreto", entre otros, y en consecuencia, a mantener su competencia originaria para dictar sentencia definitiva en el asunto en que se demanda a una provincia por responsabilidad a raíz del cumplimiento irregular de su función registral.

*** Corte Suprema de Justicia de la Nación • 1/07/2008 • Andrades, Estela Gloria y otros c/EN M° Público arts. 110 y 120 C.N. s/amparo ley 16.986.**

- Corresponde que la Corte haga uso de facultades de excepción en procura de la debida salvaguarda de las garantías constitucionales de la defensa en juicio y del debido proceso y anule las actuaciones llevadas a cabo a partir del requerimiento del informe previsto en el art. 8, de la ley 16.986, en tanto tuvieron la presunción de que la integración de la litis con el Estado Nacional a través del Ministerio de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos se había efectuado de manera apropiada como presupuesto inicial, y ordenar que se otorgue al Ministerio Público Fiscal ocasión adecuada para su audiencia y prueba en la forma y con las solemnidades que

establecen las leyes procesales en el marco de la acción de amparo iniciada por magistrados de este último en procura del cobro de diferencias salariales.

*** Corte Suprema de Justicia de la Nación • 18/06/2008 • Della Marca, Daniel Alfonso c/ Automóvil Club Argentino**

- La obligación solidaria presupone pluralidad de vínculos coligados, los que pueden tener diferentes caracteres y modalidades, y cuando es la ley la que dispone la solidaridad y lo hace en base a requisitos, éstos deben ser probados de modo inequívoco (art. 701 del Código Civil), ya que la solidaridad es excepcional en el derecho, y aunque se admita que el acreedor pueda reclamar la misma prestación a dos o más codeudores solidarios, debe probar la causa de su crédito contra cada uno de ellos, ya que de lo contrario se afecta la defensa en juicio (Disidencia del Dr. Ricardo L. Lorenzetti).

*** Corte Suprema de Justicia de la Nación • 06/05/2008 • Mussano, María Isabel c/ANSeS s/amparos y sumarísimos**

- Si bien el instituto de la cosa juzgada tiene jerarquía constitucional, en razón de que la inalterabilidad de los derechos definitivamente adquiridos por sentencia firme reconoce fundamento en las garantías de la propiedad y la defensa en juicio, se acepta en forma excepcional y precisamente en resguardo de la verdad material, de la seguridad jurídica y del derecho de propiedad, que dicha inmutabilidad no tiene carácter absoluto.

*** Corte Suprema de Justicia de la Nación • 06/05/2008 • Barrios, Rubén c/Provincia de Buenos Aires**

- Cabe dejar sin efecto la sentencia que dispuso que la Dirección General de Cultura y Educación de la Provincia de Buenos Aires cumpla en el plazo de diez días la condena impuesta en concepto de indemnización por los daños sufridos por un menor en el jardín de infantes al que concurría, pues al excluir el crédito correspondiente de los alcances de la ley 12.836, con fundamento en la existencia de cosa juzgada, prescindió de disposiciones que, en principio, resultan de inexcusable aplicación habida cuenta del carácter de orden público de la ley de consolidación, lesionando el derecho de defensa en juicio (Disidencia de los Dres. Elena I. Highton de Nolasco, Enrique Santiago Petracchi y Juan Carlos

*** Corte Suprema de Justicia de la Nación • 06/05/2008 • Arnes, Rubén Miguel y otro c/Matos de Bertoldo, Mercedes Felipa y otros**

- La exigencia del depósito previo establecida por el art. 286 como requisito para la viabilidad de recursos, no es contraria a la garantía constitucional de la igualdad y de la defensa en juicio y sólo cede respecto de quienes están exentos de pagar el sellado o tasa judicial, según las disposiciones de las leyes respectivas, esto es, de aquellos que se encuentran comprendidos en el art. 13 de la ley 23.898 y en las normas especiales que contemplan excepciones a tales tributos.

*** Corte Suprema de Justicia de la Nación • 06/05/2008 • De los Santos, Martín Salvador c/robo calificado -causa N° 6006-**

- La apelación extraordinaria resulta formalmente procedente, si la sentencia impugnada reviste el carácter de definitiva, aunque lo debatido remite al examen de aspectos de hecho, prueba y derecho común, regularmente ajenos a la instancia extraordinaria, pues ello no es óbice para que el Tribunal conozca en los casos cuyas particularidades hacen excepción a ella sobre la base de la doctrina de la arbitrariedad, toda vez que con ésta se tiende a resguardar la garantía de la defensa en juicio y el debido proceso, al exigir que las sentencias sean fundadas y constituyan una derivación razonada del derecho vigente con aplicación de las circunstancias comprobadas de la causa.

*** Corte Suprema de Justicia de la Nación • 06/05/2008 • Murgier, María Estela y otros c/Administración Federal de Ingresos Públicos - Dirección General Impositiva.**

- La circunstancia que los agravios del apelante remitan al examen de una cuestión de naturaleza no federal, como es la relativa a la admisión de los recursos deducidos ante los tribunales del caso, no es óbice para invalidar lo resuelto, cuando el escrito incluye argumentos mínimos en los que se hallan contenidas las exigencias legales para sustentar el remedio y su estudio se efectúa con un injustificado rigor formal, contrario a las garantías de la defensa en juicio y el debido proceso y al derecho federal alegado. (Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema).

*** Corte Suprema de Justicia de la Nación • 06/05/2008 • Rodríguez, Jorge Oscar c/Estado Nacional (Ministerio del Interior - Policía Federal Argentina).**

- Si la cámara confirmó la decisión que se basó en otros hechos que guardaban relación directa con un trámite administrativo referido estrictamente a un reclamo salarial desestimado, iniciado por otro agente, de menor rango, homónimo, corresponde concluir que el a quo no ha fallado el pleito, circunstancia que, si se tornase permanente, afectaría en forma directa uno de los componentes centrales del derecho de defensa en juicio, cual es el derecho a un pronunciamiento judicial que, dentro de un plazo razonable, ponga fin al pleito y determine el alcance de los intereses comprometidos (Voto de la Dra. Carmen M. Argibay).

*** Corte Suprema de Justicia de la Nación • 06/05/2008 • Zambianchi, Jorge s/su presentación**

- Resulta evidente que no puede atribuirse al Estado la imposibilidad de acceder a recursos internos adecuados para proteger los derechos del individuo, sobre todo, si se tiene en cuenta que cumplió con su deber de asegurar la garantía de defensa en juicio al proveer inmediatamente de un adecuado asesoramiento legal al acusado y, por el contrario, de las constancias surge que fue este último quien, teniendo a su alcance la totalidad de los mecanismos que habilitaban la revisión de su condena, no ejerció en término su derecho de impugnar oportunamente la condena, con el fin de

evitar que esa decisión adquiriera firmeza (Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema).

*** Corte Suprema de Justicia de la Nación • 06/05/2008 • Ferrell, Patrick Martin c/Buenos Aires, Provincia de y otros s/daños y perjuicios**

- La nulidad por vicios formales carece de existencia autónoma dado el carácter accesorio e instrumental del derecho procesal; exige, como presupuesto esencial, que el acto impugnado tenga trascendencia sobre la garantía de la defensa en juicio o se traduzca en la restricción de algún otro derecho, de otro modo, la sanción de nulidad aparecería respondiendo a un formalismo vacío, en desmedro de la idea de justicia y de la pronta solución de las causas, en lo que también está interesado el orden público. -Del precedente "Morales", al que remitió la Corte Suprema-.

*** Corte Suprema de Justicia de la Nación • 29/04/2008 • F.I.D.E.M- c/D.G.I. s/demanda contenciosa**

- El recurso extraordinario es admisible cuando, frente a la ambigüedad del auto de su concesión, la amplitud que exige la garantía de defensa en juicio justifica que la Corte considere -aunque no se haya interpuesto recurso de queja- también los agravios referentes a la arbitrariedad del fallo, toda vez que no fueron objeto de desestimación expresa por parte del a quo y las deficiencias de la resolución apuntada no pueden tener por efecto restringir el derecho de la parte recurrente (Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema).

*** Corte Suprema de Justicia de la Nación • 08/04/2008 • Cuatrín, Gladys María y otros s/contrabando -causa N° 146/91 B-**

- La grave irregularidad en la sustanciación del proceso puesta de manifiesto en la tardanza para recibirle declaración indagatoria, no puede ser ponderada en perjuicio del imputado sin desatender la efectiva vigencia de las garantías constitucionales invocadas - debido proceso y defensa en juicio-, si la demora injustificada no fue provocada por ningún comportamiento alusivo que pueda atribuirse al procesado.

*** Corte Suprema de Justicia de la Nación • 08/04/2008 • Argüello, María Susana y otros c/Administración Federal de Ingresos Públicos y otros.**

- Si bien los agravios remiten al examen de cuestiones de hecho, prueba y derecho procesal, ello no es óbice para que la Corte pueda conocer con base en la doctrina de la arbitrariedad, ya que con ésta se tiende a resguardar la garantía de la defensa en juicio y el debido proceso, exigiendo que las sentencias de los jueces sean fundadas y constituyan una derivación razonada del derecho vigente con aplicación a las circunstancias comprobadas de la causa (Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema).

*** Corte Suprema de Justicia de la Nación • 08/04/2008 • Corporación de productores del Nordeste Argentino S. A s/competencia por vía de inhibitoria.**

- Si desde el momento en que el accionado planteó la cuestión de competencia hasta que el magistrado inhibitorio decidió sustanciarla, transcurrió con exceso el plazo razonable dentro del cual debió resolverla, afecta las garantías del debido proceso y de defensa en juicio (art. 18 de la Constitución Nacional), máxime cuando el propio demandado petitionó en forma reiterada y con anterioridad a la referida decisión, que se resolviera su trámite de inhibitorio (Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema).

*** Corte Suprema de Justicia de la Nación • 11/03/2008 • Portillo, Marcos David y otros s/homicidio simple y lesiones reiteradas en concurso real -causa n° 60.216/06-**

- El principio según el cual la discusión en torno a la tempestividad de los recursos resulta, por regla y en atención a su naturaleza procesal, ajena a la instancia extraordinaria, admite excepción cuando media un apartamiento de las constancias del juicio o el examen de los requisitos de admisibilidad es efectuado con injustificado rigor formal que afecta la defensa en juicio (Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema).

*** Corte Suprema de Justicia de la Nación • 26/02/2008 • Banco Cetelem Argentina S.A. c/Director Nacional de Comercio Interior -disp. 174/05-**

- El agravio invocado en el recurso extraordinario -violación del principio de congruencia- suscita cuestión federal suficiente para habilitar la instancia, pues la sentencia que confirma la sanción impuesta al banco por supuesta violación a la norma que preveía el tamaño de letra a emplear en los convenios de consumo, no satisface las condiciones de validez en tanto en él ninguna referencia se hace a las cuestiones planteadas por el recurrente, sustentándose exclusivamente en fórmulas dogmáticas y genéricas, menoscabando la adecuada fundamentación exigible a los fallos judiciales y lesionando el derecho de defensa en juicio.

*** Corte Suprema de Justicia de la Nación • 12/02/2008 • Blazquez, Roberto c/Falcón, María Rosa**

- La exigencia de depósitos previos como requisito para la viabilidad de recursos no es contraria a la garantía constitucional de la igualdad y de la defensa en juicio; el art. 8 de la ley 23.853 confirió a la Corte la facultad de establecer aranceles y fijar sus montos y actualizaciones, disponer de su patrimonio y determinar el régimen de percepción, administración y control de sus recursos y su ejecución, y dentro de esa amplia delegación de atribuciones se encuentra la posibilidad de adecuar el monto proporcional o fijo de la queja establecido en el art. 286.

*** Corte Suprema de Justicia de la Nación • 18/02/2008 • Ríos, Juan c/ANSeS s/reajustes por movilidad – Fallos, 330:5342**

- Cabe revocar la decisión de la alzada que declaró de oficio la nulidad de la sentencia y dispuso remitir la causa al juzgado de origen para que dictara un nuevo pronunciamiento, dilatando el cobro del crédito a que el jubilado tiene derecho, pues privó a las partes de un pronunciamiento sobre el litigio, postergó indebidamente el pleito con menoscabo de la garantía de defensa en juicio y retrotrajo el proceso a una etapa anterior por una vía procesal no prevista, que establece la obligación de los jueces de resolver el fondo del asunto en caso de declarar la nulidad de la sentencia anterior.

*** Corte Suprema de Justicia de la Nación • 18/02/2008 • L., L. A. s/causa n° 5400.– Fallos, 330:5294**

Si bien las decisiones que declaran la improcedencia de los recursos interpuestos ante los tribunales de la causa no justifican, dada su naturaleza procesal, el otorgamiento de la apelación extraordinaria, ello tiene excepción cuando se realiza un examen de los requisitos que debe reunir la apelación con inusitado rigor formal que frustra una vía apata para el reconocimiento de los derechos, con menoscabo de la garantía constitucional de la defensa en juicio (Voto del Dr. Enrique Santiago Petracchi). -De su voto en el precedente "D., N. F.", al que remitió el voto-

*** Corte Suprema de Justicia de la Nación • 18/02/2008 • Longobardi, Irene Gwendoline y otros c/Instituto de Educación Integral San Patricio S.R.L.– Fallos, 330:5345**

- La restricción cognoscitiva del juicio ejecutivo no puede traducirse en menoscabo consciente de la verdad jurídica objetiva, máxime cuando las normas procesales no se reducen a una mera técnica de organización formal de los procesos sino que, en su ámbito específico, tienen por finalidad y objetivo ordenar adecuadamente el ejercicio de los derechos en aras de lograr la realización del valor justicia en cada caso y salvaguardar la garantía de la defensa en juicio.

*** Corte Suprema de Justicia de la Nación • 11/02/2008 • Alarcón Vargas, Froilán c/ANSeS s/recomp. del haber cargo c/ benef. -medida caut.**

- Las atribuciones con que cuentan los organismos administrativos para suspender, revocar, modificar o sustituir las resoluciones que otorgan beneficios jubilatorios - art. 15 de la ley 24.241- existen a condición de que la nulidad resulte de hechos o actos fehacientemente probados, y presupone que se haya dado a los interesados participación adecuada en los procedimientos, permitiéndoles alegar y probar sobre los temas cuestionados con el objeto de resguardar la garantía de defensa en juicio (art. 18 de la Constitución Nacional y 1º, inc. f, de la ley 19.549).

*** Corte Suprema de Justicia de la Nación • 07/05/2008 • Ciuffo, Javier Daniel s/causa N° 5579 – Fallos, 330:5020**

- Si mediante una interpretación inadecuada sobre el alcance que cabe atribuir a la regla que exige congruencia entre la acusación y la sentencia, el a quo convalidó una sorpresiva calificación jurídica más gravosa que desvirtuó la defensa del acusado y

determinó la imposición de un monto de pena mayor —por el mínimo de la escala penal— que la que había solicitado el fiscal por el transporte de estupefacientes, corresponde habilitar la instancia extraordinaria para reparar la violación a la garantía de la defensa en juicio (art. 18 de la Constitución Nacional) (Voto de los Dres. Ricardo Luis Lorenzetti y E. Raúl Zaffaroni).

*** Corte Suprema de Justicia de la Nación • 04/12/2007 • Godoy, Eduardo Luis s/causa N° 37.016 – Fallos, 330:4925**

- El ejercicio de la defensa en juicio debe ser cierto de modo tal que quien sufre un proceso penal ha de ser provisto de un adecuado asesoramiento legal, al extremo de suplir su negligencia en la provisión de defensor asegurando, de ese modo, la realidad sustancial de la defensa en juicio (Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema).

*** Corte Suprema de Justicia de la Nación • 11/12/2007 • Domínguez, Alcides Armando s/causa N° 525 * Fallos, 330:5052**

- En materia criminal, en la que se encuentran en juego los derechos esenciales de la libertad y el honor, deben extremarse los recaudos que garanticen plenamente el ejercicio del derecho de defensa, el que debe ser cierto, de modo tal que quien sufre un proceso penal ha de ser provisto de un adecuado asesoramiento legal, al extremo de suplir su negligencia en la provisión de defensor asegurando, de este modo, la realidad sustancial de la defensa en juicio.

CAPÍTULO VIII

EL PRINCIPIO DE RAZONABILIDAD

1. Generalidades

El principio de razonabilidad es uno de los temas más apasionantes de nuestro tiempo. Tanto la filosofía como la teoría del derecho se ocupan del mismo con la pretensión de trazar precisiones en la justificación de las decisiones políticas y judiciales. Polarizan entre sí el *positivismo* que razona sobre la ley y los principios, y el *jusnaturalismo* que impone con su retórica el peso de los valores y la equidad.

El derecho procesal lo adopta como una parte esencial del debido proceso, al punto que suele definirse como *debido proceso sustancial*, porque establece una garantía de limitación al poder, que supone impedir que cualquier decisión de la autoridad que amenace, afecte o lesione algún derecho fundamental de las personas, pueda considerarse legítimo si ha traspuesto las reglas del debido proceso (²³³).

Sin embargo, esta es solo una faceta. Aquella que mira a la razonabilidad como un concepto preventivo; un mensaje al gobierno (administración y legislación) para que no exceda la discrecionalidad y asegure en sus actos la justicia esperada.

El principio también se asocia con la noción de seguridad jurídica, al incorporar la obligación de impedir resoluciones contradictorias o arbitrarias. Con esta perspectiva, la razonabilidad se justifica en los *juicios* y se fundamenta con motivos adecuados, convenientes, idóneos y eficaces.

En consecuencia, como al razonar se argumenta, bien claro resulta que [...] “en la medida en que la interpretación de los fines constitucionales precede y es el presupuesto del juicio de razonabilidad, y en la medida en que esta interpretación implica un cierto grado de determinación y de elección entre hipótesis interpretativas, todas plausibles, no se puede

²³³ . Cfr. Gozaíni, Osvaldo A., *Derecho Procesal Constitucional – Amparo*, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires / Santa Fe, 2002, p. 171.

excluir la posibilidad de hablar también de una razonable interpretación de los fines constitucionales. Si así fuese, entonces se resaltaría aún más claramente hasta que punto la razonabilidad debe entenderse también como un valor fundamental de rango constitucional”⁽²³⁴⁾.

La otra dimensión del principio asienta en la aplicación práctica de la garantía donde radica (debido proceso), al establecer entre sus contenidos la obligación de dar cumplimiento con el principio de protección a los derechos fundamentales; de aplicar en sus límites de justicia y equidad las leyes que correspondan; de fallar con ecuanimidad subjetiva cuando las circunstancias del caso lo justifiquen e, inclusive, de fomentar la progresividad de los derechos, en la inteligencia que se debe proscribir la arbitrariedad y perseguir el juicio justo.

2. La razonabilidad como previsión de certeza

Es cierto que al crear la Constitución, así como los tratados y convenciones internacionales, un bloque compacto de garantías y principios que pueden o no reglamentarse por las leyes, esa posible traslación entraña siempre un riesgo de interpretación, ya sea para el desarrollo que se realice, para la integración o complementos que se promuevan o para las restricciones o límites que se encuentren.

La cuestión –dice Jiménez Campo- es [...] “la del aseguramiento de la vinculación de la ley a los derechos fundamentales. El medio más seguro y, en todo caso, el más accesible y cotidiano que un ordenamiento jurídico dispone para ello es el proceso judicial. En nuestro derecho, el legislador está efectivamente vinculado a la Constitución porque, ante todo, también lo está el Poder Judicial. La vinculación del juez realiza la del legislador”⁽²³⁵⁾

La construcción razonable de una sentencia significa considerar el uso de ciertos estándares, como puede ser la “*interpretación conforme*”, que es una directriz que faculta a seleccionar entre distintas variables la que mejor responde al espíritu constitucional; o bien, la máxima “*secundum constitutionem*” que impide elaborar conclusiones que confronten con la

²³⁴ . Viola, Francesco, prólogo a la obra de Cianciardo, Juan, *El principio de razonabilidad. Del debido proceso sustantivo al moderno juicio de proporcionalidad*, Abaco – Universidad Austral, Buenos Aires, 1998, p. 10.

²³⁵ . Jiménez Campo, Javier, *Derechos Fundamentales. Concepto y garantías*, Trotta, Madrid, 1999, p. 50.

Carta Magna del Estado; o también, el más aplicado “*principio de la supremacía*” que pone en la cabeza del sistema a la Constitución Nacional.

Llevados a la práctica se habla del “juicio de ponderación”, objetado repetidamente por la doctrina al no permitir un control racional, y abrir paso al subjetivismo y *decisionismo* judicial (²³⁶). Pero es Alexy quien aclara que este juicio no es un procedimiento racional o irracional sino una suerte de ley de acuerdo con la cual, la medida permitida de no satisfacción o de afectación de uno de los principios depende del grado de importancia de la satisfacción del otro (²³⁷).

Este equilibrio posibilita analizar a la seguridad jurídica como implícita en el juicio de razonabilidad, que a estos fines, debe tener en cuenta la previsibilidad de los actos y la jurisprudencia que los interpreta. En tal sentido, la plenitud del principio es un llamado a la "razonabilidad" y el desvío constituye expresiones de ilicitud constitucional o directa arbitrariedad.

Por ello se dice que la seguridad jurídica es un "plus" a las garantías procesales, pues el juez viene obligado a su cumplimiento y limitado en su propia discrecionalidad al impedirle tomar decisiones que sean funestas para el principio (²³⁸).

Se destacan así dos aspectos en el tratamiento de la razonabilidad. Uno dirigido a confrontar si la aplicación de las normas se cumple estrictamente, dando lugar al aspecto *objetivo* de la razonabilidad; y otro vinculado con la catadura *subjetiva* que no es otra cosa que evaluar el resultado de la ponderación.

²³⁶ . Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, p. 157.

²³⁷ . *Ibidem*, p. 161.

²³⁸ . Bandrés Sanchez-Cruzat, José Manuel, *Derecho fundamental al proceso debido y el tribunal constitucional*, Aranzadi, Pamplona, 1992, ps. 56 y ss. [...]: “El principio constitucional de seguridad jurídica opera como un plus de afirmación de determinadas garantías incorporadas al proceso debido, como la exigencia de motivación de las sentencias, impidiendo cambios arbitrarios, o en la propia firmeza de las resoluciones judiciales y los efectos de la cosa juzgada, comprensivo de los sentidos tradicionales en la doctrina procesal, formal y material, evitando la apertura de procesos fenecidos o nuevos pronunciamientos judiciales sobre hechos juzgados; o en la ejecución de las decisiones judiciales, promocionando su efectividad”.

2.1 Ponderación y proporcionalidad

La razonabilidad tiene el sentido de coherencia lógica de las decisiones. Se relaciona con el raciocinio aplicado al resolver, y se mide con la vara del juicio concreto realizado (ponderación) más las consecuencias o efectos que la sentencia produce (proporcionalidad).

De todos modos la doctrina difiere sobre esta relación, en la medida que la proporcionalidad puede ser un aspecto de la razonabilidad; o bien, una faceta de ella; sin dejar de advertir que otros los consideran aspectos distintos, o bien, como conceptos próximos y suficientes para ser intercambiados.

Cualquiera sea la conclusión, en orden a adoptar el principio de razonabilidad en el cuadro de garantías jurisdiccionales, la norma constitucional traza un punto de partida para la interpretación. El art. 28 de la Constitución Nacional establece que: "Los principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos, *no podrán ser alterados* por las leyes que reglamenten su ejercicio", como asimismo el art. 99 inc. 2 *in fine*, dispone que las instrucciones y reglamentos que decreta el Poder Ejecutivo, lo sean "cuidando de *no alterar* su espíritu con excepciones reglamentarias".

Para Cianciardo [...] "la proporcionalidad es utilizada como test de la constitucionalidad de las intervenciones legislativas en los derechos fundamentales para encontrar salida al presunto conflicto que en estos supuestos se daría entre fines públicos y derechos fundamentales; en tanto que uno de sus *subprincipios*, el de proporcionalidad *stricto sensu*, es aplicado para resolver los conflictos entre derechos" (²³⁹).

En el plano de las concreciones judiciales, se utilizan expresiones de similar significado, como valor justicia, proscripción de arbitrariedad, eliminación del absurdo, dignificación de la persona, en los que el mensaje implícito es evitar la aplicación caprichosa del voluntarismo judicial.

La síntesis ideológica se representa con el siguiente desarrollo. Si desde las Normas Fundamentales se crean garantías judiciales, ellas no se pueden eludir con interpretaciones en contrario. ¿Cómo evitar, entonces, la actuación inconstitucional o irrazonable? Hay dos tendencias: la tesis de los derechos fundamentales de mínima, y la tesis del principio de proporcionalidad.

En el primer espacio, la libertad, la vida y la propiedad son, de acuerdo con la Enmienda XIV de la Constitución de Estados Unidos,

²³⁹ . Cianciardo, ob. cit., p. 23.

aquellos mínimos intangibles. Es la orientación americana que está asociada con el principio de razonabilidad.

La segunda es de formación europea, desarrollada principalmente por la jurisprudencia de los Tribunales Constitucionales, destacando que [...]: “La aplicación del principio de proporcionalidad parte del supuesto de que la libertad y los demás derechos fundamentales deben ser interpretados de manera amplia, como principios que ordenan que su objeto se realice en la mayor medida posible, de acuerdo con las posibilidades fácticas y jurídicas que jueguen en sentido contrario”⁽²⁴⁰⁾.

2.2 Ponderación y razonabilidad

El principio de razonabilidad se expande en la estructura del poder. Su reducto es la Constitución, y desde ella imparte directivas para que en el ejercicio de las competencias específicas se realicen actividades de contenido razonable; vale decir, confinando la sinrazón y la arbitrariedad.

Como dice Bidart Campos [...]: “El principio de razonabilidad tiene como finalidad preservar el valor justicia en el contenido de todo acto de poder. Exige que el medio escogido para alcanzar un fin válido guarde proporción y aptitud suficiente con ese fin, o bien, que verifique una razón valedera para fundar tal o cual acto de poder”⁽²⁴¹⁾.

El desarrollo del principio de proporcionalidad avanza y completa esta línea de interpretación, requiriendo que la actuación sea racional (justa, prudente, equitativa) e idónea, necesaria y proporcional con los fines perseguidos. Estos recaudos se aplican de forma consecencial y sucesiva; o sea que, el Tribunal actuante verifica si la norma legal mediante la cual interviene el Poder Legislativo es idónea. En caso de no serlo, debe declararla inconstitucional. Si supera el test, debe ser sometida al análisis de la necesidad y si sale airosa, finalmente al escrutinio de la proporcionalidad en sentido estricto⁽²⁴²⁾.

Ser razonable es una exigencia implícita en el obrar jurisdiccional. La interdicción de la arbitrariedad mediante la *fundamentación* de los fallos obedece a que no es posible sustentar la validez constitucional de

²⁴⁰ . Alexy, ob. cit., p. 111. Cfr. Bernal Pulido, Carlos, *El Derecho de los derechos*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2005, p. 133.

²⁴¹ . Bidart Campos, Germán J., *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*, Tomo I-A, Ediar, Buenos Aires, 2000, p. 805

²⁴² . Cfr. Gil Domínguez, Andrés, *¿Es constitucional la "ley seca" de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires?*, La Ley del 8.01.2004

sentencias contradictorias. Estas guías aplican otras derivaciones como son evitar la reconsideración de asuntos en los que exista sentencia definitiva que haya alcanzado los efectos de la *cosa juzgada*; como entender en cuestiones donde actúa otra autoridad jurisdiccional que desplaza la competencia funcional.

Lo sustancial, en definitiva, se define sobre las cuestiones que son imprescindibles para la confianza del hombre en sus instituciones, y particularmente, en la justicia. La seguridad, por ello, no es un modelo general y abstracto, todo lo contrario. Necesita amoldarse a los tiempos y sus particularidades con el fin de *garantir* adecuadamente la vigencia y efectividad de cada una de las libertades esenciales a los derechos humanos.

3. El principio de razonabilidad en las decisiones judiciales

La razonabilidad establecida en el art. 28 de la Constitución Nacional Argentina es anterior al principio desarrollado por las Enmiendas norteamericanas, y tiene una expansión superior, porque entre otras diferencias, considera que son leyes irrazonables además de las afectan los derechos individuales, aquellas que por el control de constitucionalidad exponen una manifiesta injusticia.

De alguna manera es un juicio es un juicio de proporcionalidad (²⁴³), si tenemos en cuenta que la razonabilidad acecha las diferencias arbitrarias y la proporcionalidad se refiere a las consecuencias jurídicas que surgen.

Por ejemplo, si las autoridades del Estado introducen una cláusula que distingue la aplicación del derecho conforme circunstancias especiales que particulariza, desde las cuales pretende obtener un fin o resultado; este objetivo debe ser proporcional sin producir efectos desmesurados para otros intereses jurídicos (²⁴⁴). Ahora bien, si esta diferencia dispuesta con el margen de discrecionalidad que se cuenta, resulta cuestionada en sede judicial, el test de constitucionalidad a superar será la justificación de los contrastes establecidos en orden a los beneficios que produce en el caso

²⁴³ . Posición que fue negada por Linares al sostener que en el art. 28 de la Constitución Nacional no estaba presente el principio de proporcionalidad; porque la base y antecedente fue la Enmienda IX de la Constitución estadounidense, y el art. 20 del Proyecto de Constitución de Juan Bautista Alberdi (Linares, Juan Francisco, *Razonabilidad de las leyes*, Astrea, Buenos Aires, 1989, p. 163.

²⁴⁴ . Bernal Pulido, ob. cit., p. 75.

concreto (juicio de razonabilidad) y respecto a los demás a quienes afecta la desigualdad (juicio de proporcionalidad).

En el sistema nacional (argentino), el principio reglado es la “inalterabilidad” de las normas constitucionales. Tiene dos vertientes ya advertidas: actúa como mandato preventivo y controla la eficacia del mismo a través de otros principios que emanan del art. 18: *debido proceso*; y del art. 31: la *supremacía constitucional*. Por eso, aun cuando en sus orígenes el principio de razonabilidad fue referido a la adecuada relación entre medios utilizados y fines perseguidos por el legislador y también por la administración, actualmente, con el acento puesto en el concepto de *debido proceso material* o *sustancial*, también se involucra como un principio impuesto al razonamiento judicial.

La relación argumental entre racionalidad de las decisiones y enjuiciamiento razonable cobra sentido, aunque siempre afirmando que no se pueden lograr conceptos cerrados que identifiquen a la “sentencia razonable”, porque la idea donde perseverar afina en el esfuerzo de tener un criterio de pautas mínimas que eviten el arbitrio o la discrecionalidad judicial exagerada (²⁴⁵).

4. La fundamentación de las sentencias (²⁴⁶)

²⁴⁵ . Uno de estos parámetros es trabajar con el bloque de constitucionalidad, que significa variar una tradición ideológica, y al mismo tiempo, un compromiso para dar mayor eficacia y confiabilidad al sistema de garantías y protección de los derechos. No se trata solamente de evitar la arbitrariedad o la sinrazón; 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 impulsar el activismo responsable de los jueces, como únicos instrumentos humanos eficaces para la protección de los derechos humanos.

También, en el campo de las causales particulares que muestran la arbitrariedad judicial, los agrupamientos que ha realizado la doctrina y el desarrollo jurisprudencial han conseguido expresar indicativos de sentencias irrazonables. Por ejemplo: *a)* La omisión de tratamiento de cuestiones planteadas, o de prueba decisiva para la resolución efectiva de la causa, o la ausencia absoluta de consideración de una defensa estimada como principal, etc.; *b)* la calificación errónea del derecho aplicable, o la interpretación equivocada o ilógica que pugna con los antecedentes de la causa, etc.; *c)* La consagración de un grave desequilibrio entre las prestaciones recíprocas que llegan a desfigurar el caso propuesto determinando su pérdida de sentido, entre otras causales de posible explicación.

²⁴⁶ . Este párrafo forma parte del Capítulo VII de la obra de Gozaíni, Osvaldo A., *Derecho Procesal Constitucional – Debido Proceso*, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires / Santa Fe, 2004, ps. 421 y ss.

El deber judicial de escribir los fundamentos que llevan a pronunciar sentencias tiene una historia reveladora de ciertas contradicciones. Encontrando orígenes en el derecho romano, los jueces nunca tuvieron que expresar los motivos de convencimiento, pero después de la revolución francesa se estableció un sistema propio de la desconfianza en la magistratura, llevando a la obligación de los jueces 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.

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 la decisión. 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*".

La fundamentación tiene explicaciones distintas según el sistema judicial que se confronte. Si observamos que el *common law* relega el acto de establecer razones al confiar en el acierto del veredicto previo, 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.

4.1 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 motivación 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 Lencina 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 criterios preestablecidos sino que con carácter previo es necesario escoger criterios imparciales (²⁴⁷).

Inmediatamente, la obligación de explanar 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)* 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 emitir las verbalmente (“*in voce*”), obligan a la reproducción documental posterior.

No se descarta que la tarea de fundamentación exhaustiva produzca 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

²⁴⁷ . Ruiz Lencina, María José, *La motivación de las sentencias en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil española*, Noticias Jurídicas, 2002, citado por Gozaíni, *Derecho Procesal Constitucional – Debido Proceso*, cit., p. 427.

es que las pretensiones de las partes se sometan a debate y se discutan de forma argumentada y razonada.

4.2 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 pueda 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).

a) 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 incardinar 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 (²⁴⁸).

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.

b) 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 el 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.

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.*

²⁴⁸ . Bandrés Sánchez-Cruzat, ob. cit., p. 324.

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.

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.

Afirma Piza Escalante 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⁽²⁴⁹⁾.

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 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”⁽²⁵⁰⁾.

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

²⁴⁹ . Piza Escalante, Rodolfo, voto pronunciado en la sentencia 1739/92 como miembro de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, de fecha 1° de Julio de 1992.

²⁵⁰ . Carnelutti, Francesco, *Estudios de Derecho Procesal Civil*, Tomo II, Ejea, Buenos Aires, 1952, ps. 365 y ss.

partes están obligadas a presentar sus afirmaciones por escrito, es obvio y natural que la decisión respectiva sea expresada del mismo modo.

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 necesidad 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 intelectual 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.

Carocca Pérez 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 ⁽²⁵¹⁾

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. 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.

²⁵¹ . Carocca Pérez, Alex, *Garantía Constitucional de la defensa procesal*, Bosch, Barcelona, 1998, p. 340.

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.

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.

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.

5. *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.

En efecto, si 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 (²⁵²).

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*», 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

²⁵² . Ruiz Lencina. Ob. cit., passim; cfr. Gozaíni, *Derecho Procesal Constitucional – Debido Proceso*, cit., p. 436.

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.

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.

6. 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 ⁽²⁵³⁾.

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

²⁵³ . Colomer Hernández, Ignacio, *La motivación de las sentencias: sus exigencias constitucionales y legales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, p. 256.

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 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 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 (²⁵⁴).

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. Cualquier desvío en la inteligencia común que la ley tiene, era considerado 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

²⁵⁴ . Pico i Junoy, Joan, *Las garantías constitucionales del proceso*, Bosch, Barcelona, 1997, ps. 60 y ss.

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 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) ⁽²⁵⁵⁾.

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 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 ⁽²⁵⁶⁾.

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 de hacer justicia y que ésta sea perceptible a quien se dirige y, en dimensión, a toda la sociedad.

²⁵⁵ . Taruffo, Michele, *La motivazione della sentenza civile*, Cedam, Padova, 19875, p. 123, cit. Gozaíni, Gozaíni, *Derecho Procesal Constitucional – Debido Proceso*, cit., p. 440

²⁵⁶ . Colomer Hernández, ob. cit., p. 261.

JURISPRUDENCIA

*** Corte Suprema de Justicia de la Nación • 20.05.2008 • Obra Social para la Actividad Docente (OSPLAD) c/Catamarca, Provincia de s/acción declarativa de inconstitucionalidad**

- ✓ Es principio básico de la hermenéutica atender en la interpretación de las leyes, al contexto general de ellas y a 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 su razonabilidad y su coherencia con el sistema en que está engarzada la norma.

*** Corte Suprema de Justicia de la Nación • 08.04.2008 • Fundación Argentina para el Bienestar Animal c/San Luis, Provincia de s/acción meramente declarativa.**

- ✓ Son las autoridades provinciales las que deben examinar si la provincia se ha excedido en el ejercicio del poder de policía al reglamentar la práctica denominada "riñas de gallo" enraizada en costumbres de la comunidad local, y si ha traspasado el principio de razonabilidad al dictar la ley 546 de la Provincia de San Luis en el marco de las atribuciones propias según lo dispuesto por el art. 36 de la Constitución local.

*** Corte Suprema de Justicia de la Nación • 08.04.2008 • Schnaiderman, Ernesto Horacio c/Estado Nacional - Secretaría de Cultura y Comunicación de la Presidencia de la Nación • La Ley, 5-6-08 (supl.) 112.550**

- ✓ La circunstancia de que la entidad administrativa obrare en ejercicio de facultades discrecionales, no puede constituir un justificativo de su conducta arbitraria, como tampoco de la omisión de los recaudos que, para el dictado de todo acto administrativo, exige la ley 19.549, pues es la legitimidad -constituida por la legalidad y la razonabilidad- con que se ejercen tales facultades, el principio que otorga validez a los actos de los órganos del Estado y que permite a los jueces, ante planteos concretos de parte interesada, verificar el cumplimiento de dichas exigencias. -Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema-

*** Corte Suprema de Justicia de la Nación • 28.08.2007 • Banco Latinoamericano Sociedad Anónima c/Banco Central de la República Argentina • Fallos, 330:3714**

- ✓ La circunstancia de que la entidad administrativa obre en ejercicio de facultades discrecionales, en manera alguna puede constituir un justificativo de su conducta arbitraria, como tampoco la omisión de los recaudos que, para el dictado de todo acto administrativo, exige la ley 19.549. Es precisamente la legitimidad -constituida por la legalidad y la razonabilidad- con que se ejercen tales facultades, el principio que otorga validez a los actos de los órganos del Estado (Disidencia del Dr. E. Raúl Zaffaroni). -Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la disidencia-

*** Corte Suprema de Justicia de la Nación • 11.07.2007 • Telefónica de Argentina S.A. s/acción de inconstitucionalidad • Fallos, 330:3098**

- ✓ Según el art. 121 de la Constitución Nacional, las provincias conservan su soberanía absoluta en todo lo relativo a los poderes no delegados a la Nación, principio del cual se deduce que a ellas corresponde exclusivamente darse leyes de policía, y en general, todas las que juzguen conducentes a su bienestar y prosperidad sin más limitaciones que las enumeradas en el art. 126 de la Constitución Nacional y la razonabilidad, que es requisito de todo acto legítimo (Disidencia de los Dres. Ricardo Luis Lorenzetti y E. Raúl Zaffaroni).

*** Corte Suprema de Justicia de la Nación • 11.07.2007 • Municipalidad de San Luis c/San Luis, Pro in cia de s/acción declarati a d e certeza • Fallos, 330:3126**

- ✓ Es de la competencia originaria de la Corte Suprema la demanda tendiente a resguardar la garantía consagrada por los constituyentes en los arts. 5 y 123 de la Constitución Nacional, que se entiende vulnerada por las leyes VIII 0561 2007 y XI 0560 2007 de San Luis y demás actos dictados en consecuencia, en la medida en que dichas disposiciones habrían sido llevadas a cabo con el sólo propósito de interferir en el comicio municipal y en el ejercicio de los derechos políticos de los electores de la ciudad de San Luis, sin sujeción al principio de razonabilidad contemplado en el art. 28 de la Constitución Nacional, pues la pretensión se dirige contra una provincia y la materia del juicio tiene un manifiesto contenido federal.

*** Corte Suprema de Justicia de la Nación • 11.07.2007 • Díaz Cabral, Marcelo Gonzálo y otros c/ Estado Nacional (Min. de Justicia) s/ empleo p blico • Fallos, 329:2890**

- ✓ La exigencia de que el supuesto previsto en el decreto 1770/91 fuera contemplado en "normas legales o reglamentarias" no constituye una objetiva razón de diferenciación que confiera razonabilidad al distingo efectuado entre funcionarios comprendidos en una idéntica categoría conceptual, traduciéndose, por el contrario, en una arbitraria discriminación lesiva del principio de igualdad consagrado por la Constitución Nacional, desde que se excluiría del beneficio a ciertos funcionarios equiparados sin que existan razones válidas que lo justifiquen.

*** Corte Suprema de Justicia de la Nación • 11.07.2007 • Asociación de Teleradiodifusoras Argentinas y otro c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ amparo • Fallos, 328:1825**

- ✓ Para examinar la razonabilidad de las limitaciones al ejercicio de derechos fundamentales ha de partirse del principio de que ninguno de estos derechos es absoluto (Voto del Dr. E. Raúl Zaffaroni).

*** Corte Suprema de Justicia de la Nación • 11.07.2007 • Itzco ich, Mabel c/ ANSeS s/ reajustes ar ios • Fallos, 328:566**

- ✓ El principio de razonabilidad exige que deba cuidarse especialmente que los preceptos mantengan coherencia con las reglas constitucionales durante todo el lapso que dure su vigencia, de suerte que su aplicación no resulte contradictoria con lo establecido por la Constitución Nacional.

*** Corte Suprema de Justicia de la Nación • 24.02.2005 • Ponce, Carlos Alberto c/ San Luis, Pro in cia de s/ acción declarati a d e certeza • Fallos, 328:175**

- ✓ El límite fundamental para determinar el ámbito de legitimidad y de legalidad de las autonomías de los municipios en los órdenes institucional, político, administrativo y financiero, se encuentra en el principio de razonabilidad contenido en el art. 28 de la Ley Fundamental, en virtud del cual las constituciones provinciales no pueden, bajo la apariencia de reglamentar tal autonomía, transponer los límites de lo racional y razonable para la vigencia efectiva de los municipios. -Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema-

*** Corte Suprema de Justicia de la Nación • 16.11.2004 • Argüello, Luis Rodolfo c/ Uni e rsidad Nacional de Tucumán • Fallos, 327:5002**

- ✓ Es la razonabilidad con que se ejercen las facultades reglamentarias el principio que otorga validez a los actos de los órganos del Estado y que permite a los jueces, ante planteos concretos de la parte interesada, verificar el cumplimiento de dicho presupuesto. -Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema-

*** Corte Suprema de Justicia de la Nación • 16.11.2004 • Hulytego S.A. c/ Fisco Nacional - Dirección General Impositi a • Fallos, 327:5029**

- ✓ Corresponde dejar sin efecto la sentencia que -por razones de equidad, objetividad y razonabilidad- excluyó a las sumas adeudadas por honorarios de las disposiciones de la ley 25.344, pues el a quo se apartó de dicha norma y, en especial, de su decreto reglamentario 1116/00, que claramente prevé que la consolidación dispuesta por la ley también alcanza a los efectos no cumplidos de las sentencias, laudos arbitrales y demás actos jurisdiccionales, administrativos o transaccionales, dictados o acordados con anterioridad a la promulgación de la ley respecto a obligaciones consolidadas, "...aunque hubiesen tenido principio de ejecución, o sólo reste efectivizar la cancelación" (art. 9º, inc. a, del anexo IV). -Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema-

*** Corte Suprema de Justicia de la Nación • 26.10.2004 • Bustos, Alberto Roque y otros c/ E.N. y otros s/ amparo • Fallos, 327:4495**

- ✓ Las leyes y demás normas son susceptibles de cuestionamiento constitucional cuando resultan irrazonables o sea, cuando los medios que arbitran no se adecuan a los fines cuya realización procuran o cuando consagran una manifiesta iniquidad, y el principio de razonabilidad debe cuidar especialmente que las normas legales mantengan coherencia con las reglas constitucionales

durante el lapso que dure su vigencia en el tiempo, de suerte que su aplicación concreta no resulte contradictoria con lo establecido en la Ley Fundamental (Voto de la Dra. Elena I. Highton de Nolasco).

*** Corte Suprema de Justicia de la Nación • 16.11.2004 • Hooft, Pedro Cornelio Federico c/ Buenos Aires, Provincia de s/ acción declarativa de inconstitucionalidad • Fallos, 327:5118**

- ✓ Carece de razonabilidad, por ser contrario al principio de igualdad ante la ley, el art. 177 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires, si no se demostró que sólo puede ser juez de cámara quien nació en el territorio argentino o nació fuera de él pero de padres nativos y que, en cambio, debe ser excluido aquel que por un acto voluntario y de libre albedrío adopta la nacionalidad argentina, ni se acreditó la razonabilidad de imponer tal discriminación a los jueces de cámara, cuando no está contemplada para acceder a la magistratura de primera instancia. -Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema-

*** Corte Suprema de Justicia de la Nación • 29.06.2004 • Bottaro, Adrián Osvaldo c/ Consejo Profesional de Ciencias Económicas de la Capital Federal • Fallos, 327:2617**

- ✓ Si bien lo resuelto remite al examen de cuestiones de hecho, prueba e interpretación de normas de derecho común, materia ajena -como regla y por su naturaleza- a la instancia del artículo 14 de la ley 48, cabe hacer excepción a tal principio, cuando se ha omitido dar un tratamiento adecuado a la controversia de acuerdo a los términos en que fue planteada, el derecho aplicable y la prueba rendida, máxime si los argumentos expuestos por la Cámara han franqueado el límite de razonabilidad al que está subordinada la valoración de la prueba (Disidencia de los Dres. Antonio Boggiano y E. Raúl Zaffaroni). -Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la disidencia-

*** Corte Suprema de Justicia de la Nación • 06.02.2004 • Instituto Dupuytren de Traumatología y Ortopedia S.A. c/ Estado Nacional s/ incumplimiento de prestación • Fallos, 327:5**

- ✓ Es precisamente la razonabilidad con que se ejercen las facultades discrecionales el principio que otorga validez a los actos de los órganos del Estado.

*** Corte Suprema de Justicia de la Nación • 01.09.2003 • Asociación Mutual Carlos Mujica c/ Estado Nacional (Poder Ejecutivo Nacional - COMFER) s/ amparo • Fallos, 326:3142**

- ✓ La exigencia legal para acceder a una licencia para prestar servicios de radiodifusión prevista en el art. 45 de la ley 22.285 no excede el límite de razonabilidad que prevé el art. 28 de la Constitución Nacional, ya que encuentra sustento en razones de política legislativa que, en principio, no aparecen como discriminatorias con relación a los posibles licenciarios ni atentatorias de la

libertad de expresión (Disidencia del Dr. Eduardo Moliné O'Connor). -Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la disidencia)-.

*** Corte Suprema de Justicia de la Nación • 24.06.2003 • Partido Demócrata Progresista c/ Santa Fe, Pro in cia de s/ acción de inconstitucionalidad • Fallos, 326:2004**

- ✓ La conveniencia de adoptar un determinado sistema electoral por parte de las provincias, siempre que se haya observado el principio de razonabilidad, no es revisable porque, además de invadir sus atribuciones, traería como consecuencia una riesgosa inseguridad jurídica pues, al desconocerse el ejercicio de sus competencias, no se tendría certeza sobre la permanencia y vigencia de las instituciones.

*** Corte Suprema de Justicia de la Nación • 01.02.2002 • Banco de Galicia y Buenos Aires s/ solicita intervención urgente en autos: "Smith, Carlos Antonio c/ Poder Ejecutivo Nacional o Estado Nacional s/ sumarísimo • Fallos, 325:28**

- ✓ Todo lo relativo al ejercicio de las facultades privativas de los órganos de gobierno queda, en principio, excluido de la revisión judicial, sin que ello obste a que se despliegue con todo vigor el ejercicio del control constitucional de la razonabilidad de las leyes y de los actos administrativos, y, una vez constatada la iniquidad manifiesta de una norma o de un acto de la administración, corresponde declarar su inconstitucionalidad.

*** Corte Suprema de Justicia de la Nación • 21.05.2001 • Unisys Sudamericana S.A. • Fallos, 324:1691**

- ✓ La razonabilidad con que se ejercen las facultades discrecionales de la administración es el principio que otorga validez a los actos de los órganos del Estado y permite a los jueces, ante planteos concretos de parte interesada, verificar el cumplimiento de dicha exigencia.

*** Corte Suprema de Justicia de la Nación • 14.09.2000 • Rizzi, Norberto Oscar c/ Cámara Industrial Gráfica Argentina • Fallos, 323:2562**

- ✓ Es arbitraria la sentencia, que so color de un supuesto respeto al principio de la cosa juzgada, convalidó el monto de un crédito originado en una multa dirigida a reprimir una conducta procesal, pues esa circunstancia carece de aptitud como para justificar una eventual desproporción, en tanto no cabría tolerar que un originario propósito represivo se traduzca en una fuente injustificada de enriquecimiento, ni que se quiebre toda norma de razonabilidad, violente los principios establecidos en los arts. 953 y 1071 del Código Civil y desnaturalice la finalidad de la pretensión entablada.

*** Corte Suprema de Justicia de la Nación • 28.03.2000 • Hall, Juan Antonio y otros c/ Uni er sidad de Buenos Aires (res. 5895/97) • Fallos, 323:620**

- ✓ Los límites jurídicos previstos para la actividad reglamentaria del Poder Ejecutivo, son aplicables a otros órganos de la Administración, pues es precisamente la razonabilidad con que se ejercen tales facultades el principio que otorga validez a los actos de los órganos del Estado, y que permite a los jueces, ante planteos concretos de la parte interesada, verificar el cumplimiento de dicho presupuesto.

*** Corte Suprema de Justicia de la Nación • 07.12.1999 • Goldemberg, Carlos Alberto c/ Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires • Fallos, 322:3066**

- ✓ El carácter discrecional de las facultades ejercidas por la administración en la superintendencia del personal a su cargo no puede constituir un justificativo de la conducta arbitraria, puesto que es precisamente la razonabilidad con que se ejercen tales facultades el principio que otorga validez a los actos de los órganos del Estado y que permite a los jueces, ante planteos concretos de la parte interesada, verificar el cumplimiento de dicha exigencia (Disidencia de los Dres. Eduardo Moliné O'Connor y Carlos S. Fayt).

*** Corte Suprema de Justicia de la Nación • 02.03.1999 • Miranda de Riera, Fanny E a c / Carlos Buessau SAIC. y otra • Fallos, 322:3232**

- ✓ Corresponde declarar la inconstitucionalidad de normas que aunque no ostensiblemente incorrectas en su inicio - devienen indefendibles desde el punto de vista constitucional, pues el principio de razonabilidad exige que deba cuidarse especialmente que los preceptos legales mantengan coherencia con las reglas constitucionales durante el lapso que dure su vigencia en el tiempo, de suerte que su aplicación concreta no resulte contradictoria con lo establecido en la Constitución Nacional.

*** Corte Suprema de Justicia de la Nación • 13.08.1998 • Cedale, Eduardo Antonio y otros c/ Estado Nacional s/ empleo p blico • Fallos, 321:1970**

- ✓ Es precisamente la legitimidad - constituida por la legalidad y la razonabilidad - con que se ejercen las facultades discrecionales, el principio que otorga validez a los actos de los órganos del Estado y que permite a los jueces, ante planteos concretos de parte interesada, verificar el cumplimiento de dichas exigencias, sin que ello implique la violación del principio de división de los poderes que consagra la Constitución Nacional (Voto de los Dres. Julio S. Nazareno, Eduardo Moliné O'Connor, Guillermo A. F. López y Adolfo Roberto Vázquez).

*** Corte Suprema de Justicia de la Nación • 28.04.1998 • Ricci, Oscar Francisco Augusto c/ Autolatina Argentina S.A. y otro s/ accidente - ley 9688 • Fallos, 321:1058**

- ✓ Corresponde declarar la inconstitucionalidad de normas que aunque no ostensiblemente incorrectas en su inicio - devienen indefendibles desde el punto de vista constitucional, pues el principio de razonabilidad exige que deba cuidarse especialmente que los preceptos legales mantengan coherencia con las

reglas constitucionales durante el lapso que dure su vigencia en el tiempo, de suerte que su aplicación concreta no resulte contradictoria con lo establecido en la Constitución Nacional.

*** Corte Suprema de Justicia de la Nación • 10.10.1996 • León, María Edelmira c/ INPS - Caja Nacional de Previsión para Trabajadores Autónomos s/ jubilación por in ali dez • Fallos, 319:2119**

- ✓ Corresponde confirmar el pronunciamiento que denegó la jubilación por invalidez si, teniendo en cuenta la avanzada edad de la recurrente al afiliarse y el alto grado de incapacidad física, lo resuelto no carece de razonabilidad y excluye cualquier vicio fundado en la violación del principio de la sana crítica en la ponderación de las pruebas o del principio de congruencia.

*** Corte Suprema de Justicia de la Nación • 16.02.1993 • Elías, Jalife s/ acción de amparo • Fallos, 316:3077**

- ✓ Es la razonabilidad con que se ejercen las facultades discrecionales el principio que otorga validez a los actos de los órganos del Estado y que permite a los jueces, ante planteos concretos de parte interesada, verificar el cumplimiento de dicha exigencia.

*** Corte Suprema de Justicia de la Nación • 18.06.1991 • González Vilar, Carmen c/ Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires • Fallos, 314:625**

- ✓ La razonabilidad con que se ejercen las facultades de la administración de superintendencia del personal a su cargo es el principio que otorga validez a los actos de los órganos del Estado y que permite a los jueces, ante planteos concretos de la parte interesada, verificar el cumplimiento de dicha exigencia, contralor que se encuentra estrechamente vinculado con la exposición de las razones en cuyo mérito se adoptó la decisión administrativa (Disidencia de los Dres. Ricardo Levene [h.] y Eduardo Moliné O'Connor).

*** Corte Suprema de Justicia de la Nación • 27.02.1990 • Ducilo S.A. s/ recurso de amparo. (ley 20.680) • Fallos, 313:153**

- ✓ La razonabilidad con que se ejercen las facultades discrecionales de la administración es el principio que otorga validez a los actos de los órganos del Estado y que permite a los jueces, ante planteos concretos de parte interesada, verificar el cumplimiento de dicha exigencia.

*** Corte Suprema de Justicia de la Nación • 08.06.1989 • Gómez, Ricardo y Federico, Eduardo Alberto s/ robo agravado por tratarse de automotor y mediante uso de arma de fuego • Fallos, 312:851**

- ✓ De la confrontación de la norma legal con sus correspondientes de la Ley Fundamental surge, como criterio que permite precisar los límites a considerar

ante la invocación de la falta de proporcionalidad entre la pena conminada y la ofensa cometida, el que se deriva de la propia naturaleza garantizadora del principio de la proporcionalidad de la pena, que opera únicamente para limitar los excesos del poder primitivo estatal respecto de eventuales transgresores a las leyes, y que determina que la proporcionalidad no puede resolverse en fórmulas matemáticas, sino que solo exige un mínimo de razonabilidad para que la conminación penal pueda ser aceptada en un Estado de Derecho (Disidencia de los Dres. José Severo Caballero y Augusto César Belluscio).

PARTE ESPECIAL I

GARANTÍAS

SECCIÓN 2ª: GARANTÍAS CONCRETAS

CAPÍTULO IX

EL DERECHO AL RECURSO

1. Introducción

Instalados en el campo del procedimiento, la garantía amplia y genérica del debido proceso comienza a encontrar puntualizaciones. Una de ellas es producto de la evolución jurisprudencial y de la influencia de Pactos y Convenciones, que han establecido el derecho de toda persona a tener un recurso contra la sentencia de condena.

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 afina en la seguridad jurídica y en el derecho que tiene el justiciable al control jerárquico de la sentencia.

Tal exigencia no se puede omitir cuando la intervención jurisdiccional opera con tribunales colegiados, porque el derecho al recurso no se funda en la prevención del error, ni se satisface con la composición del órgano que, por vía de principio, compensa y controla cuando se integra con más de un magistrado. La garantía es la revisión plena de lo juzgado, y por eso, no es cualquier recurso el que lo cumplimenta, sino aquél que permite explorar sin limitaciones formales ni reducciones impuestas.

De este modo, la impugnación cubre dos aspectos: revisa el pronunciamiento por un órgano jurisdiccional de grado superior, y permite que el Estado afiance el control sobre 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 que los recursos satisfacen la necesidad humana de no conformarse con lo decidido, y consienten 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 (²⁵⁷).

²⁵⁷ . Podetti, J. Ramiro, *Tratado de los recursos*, Ediar, Buenos Aires, 1958, p. 125

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 (²⁵⁸).

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.

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.

En este espacio, las opiniones difieren y pueden llegar a contemplar a la garantía como un simple principio que admite morigeraciones.

La desconfianza en los jueces (monocráticos), propio de este sistema que no ve con buenos ojos la actuación en soledad, podría modificarse con los tribunales u órganos colegiados de la magistratura, siguiendo la idea que la pluralidad de curiales reduce la suspicacia y disminuye la falibilidad; o bien, que con la participación de varios jueces se compensa la reducción de recursos. Si así fuera, el derecho al recurso quedaría al menos obstruido, justificándose en los tribunales de única instancia la restricción de impugnaciones, y directamente la prohibición de recursos cuando la situación a considerar es de mínima cuantía o no manifiesta algún interés prevalente.

²⁵⁸ . Julia V. Montaña de Cardona, 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 (Montaña de Cardona, Julia Victoria, *Instituciones procesales desde el constitucionalismo*, Leyer, Bogotá, 2002, p. 95).

Por eso es cierto que 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 Pérez, [...] “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 lamenta 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”⁽²⁵⁹⁾.

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⁽²⁶⁰⁾.

²⁵⁹ . González Pérez, Jesús, *El derecho a la tutela jurisdiccional*, Cívitas, (2ª ed.), Madrid, 1989, p. 118.

²⁶⁰ . 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 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 (Cfr. Gozaíni, Osvaldo A., *Derecho Procesal Constitucional – Debido Proceso*, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires / Santa Fe, 2004, ps. 461/462).

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 ⁽²⁶¹⁾.

²⁶¹ . En nuestro *Derecho Procesal Constitucional – Amparo*, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires / Santa Fe, 2002), 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

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 que recrean un nuevo perfil para el debido proceso, obliga 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 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 ⁽²⁶²⁾.

Sin embargo -dice De Bernardis- [...] “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” ⁽²⁶³⁾.

²⁶² . La inteligencia que se acuerda al principio por algunas constituciones latinoamericanas se refleja en Perú, donde 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.

²⁶³ . De Bernardis, Luis Marcelo, *La garantía procesal del debido proceso*, Cuzco S.A., Lima, 1995, p. 117.

En Argentina, la jurisprudencia no considera que la doble instancia sea una exigencia del debido proceso, al menos en los procesos civiles, porque 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 de procedencia, no limitan la garantía procesal.

Ahora bien, esta conclusión depende del criterio como se forme e implemente el derecho al recurso. Si se adopta como una garantía individual no cabe duda que no se pueden formalizar condiciones ni límites a la procedencia; mientras que si lo es como "principio" del proceso, las abstinencias son posibles.

La Norma Fundamental local 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:

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 [...]: *Derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior*" (art. 8º, inc. 2º, 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. 5º 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 vinculada

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 al 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 ⁽²⁶⁴⁾.

Sólo se introdujeron algunas aclaraciones, 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 ⁽²⁶⁵⁾.

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 la igualdad pues se trata de una exigencia que el legislador provincial puede imponer ⁽²⁶⁶⁾.

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 ⁽²⁶⁷⁾.

²⁶⁴ . CS, 1978/02/14, "*Valestra, Humberto A. y otro c. Instituto Nac. de Vitivinicultura*", Fallos, 300:65

²⁶⁵ . CS, 1980/03/13, "*Schillaci, Alfredo A. c. Sruoga, Adolfo*", La Ley, 1980-C, 45

²⁶⁶ . CS, 1982/11/11, "*Sindicato de Mecánicos y Afines del Transporte Automotor c. Mulgura y Cía.*", Fallos, 304:1632

²⁶⁷ . CS, 1983/04/21, "*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 (²⁶⁸). 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 (²⁶⁹).

Sin embargo, esta abrumadora tendencia va a cambiar en el caso "*Giroidi*" fallado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, el 7 de abril de 1995 (²⁷⁰).

²⁶⁸ . CNCom., Sala C, 1999/05/07, "*Rodríguez, Ricardo c. Tabares, Elisa*", La Ley, 2000-A, 458; también, CNCom., Sala E, 1997/12/05, "*Banco Bansud c. Campión, Héctor H. y otro*", La Ley, 1998-D, 89.

²⁶⁹ . CNCrim. y Correc., Sala III, 1983/11/17, "*Odell, Alejandro*", La Ley, 1984-D, 677 [36.701-S].

²⁷⁰ . El Tribunal Oral en lo Criminal N° 6 de la Capital Federal, condenó a Horacio Giroidi 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. 3°, 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. 2° y 3°, 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. 2° 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 límite 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 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 límite del art. 459, inc. 2° 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

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, porque algunos pudieron concluir que la doble instancia estaba garantizada con la existencia del recurso extraordinario (Fallos, 311:274, consid. 6º del voto de la mayoría, 7º del voto del juez Caballero, y 6º del voto del juez Petracchi), pero el Alto Tribunal va a modificar el temperamento ⁽²⁷¹⁾.

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

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 inadmisibile el recurso de casación, dando lugar al recurso extraordinario que, denegado, resolverá la Corte Nacional como queja o recurso directo.

²⁷¹ . La Corte Suprema, con el voto de los Dres. Fayt y Bacqué, argumentó en el considerando 6º) 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 2º 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".

cuando las cuestiones planteadas resultaren insustanciales o carentes de trascendencia (*certiorari*).

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 (²⁷²).

Después de "Giroldi" queda afincado el principio constitucional de la doble instancia en materia penal, con dos proyecciones importantes. Por un

²⁷² . 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. 5º, con cita del Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores, período de 1901, Congreso Nacional, Buenos Aires, 1961).

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.

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 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 (²⁷³); de este modo, la sola articulación de una queja se pensó bastante para cumplir con el recaudo constitucional.

En la misma línea, se afirmó 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 (²⁷⁴).

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

²⁷³ . C.Fed. San Martín, Sala I, 1998/07/16, "*Videla, Jorge R.*", La Ley, 1998-E, 673

²⁷⁴ . J.Instruc. Córdoba, 8ª Nom., 1997/09/11, "*Carabajal, José M. y otros*", LLC, 1997-794

caso, la sentencia debe ser descalificada como acto jurisdiccional válido ⁽²⁷⁵⁾.

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 ⁽²⁷⁶⁾.

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) ⁽²⁷⁷⁾.

Hasta llegar al caso "*Felicetti*", donde se modifica la lectura dada en la causa "*Girolodi*", para decir que, la norma del art. 8° inc. 2°, apartado h), de la Convención Americana sobre Derechos Humanos no importa necesariamente la doble instancia como renovación del debate realizado en

²⁷⁵ . CS, 1999/06/30, "*García, Sixto F.*", La Ley, 1999-E, 352, con nota de Mariana P. Sica - DJ, 1999-3-455

²⁷⁶ . CS, 1999/10/19, "*Gorriarán Merlo, Enrique H. y otra*", La Ley, 2000-B, 108 - DJ, 2000-1-1120 - ED, 187-1227.

²⁷⁷ . CS, 2000/02/15, "*Zambianchi, Jorge y otros*", La Ley, 2000-C, 36 - DJ, 2000-2-593. Sostiene la Corte que, lo que el art. 8° inc. 2° 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.

el proceso. Lo que la Convención aseguró fue que la condena proviniese del tribunal mayor en grado y no de uno inferior (²⁷⁸).

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 Convención Americana de Derechos Humanos, 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 (²⁷⁹).

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 (²⁸⁰).

²⁷⁸ . CS, 2000/12/21, "*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

²⁷⁹ . CNCasación Penal, Sala II, 2000/11/23, "*Felicetti, Roberto y otros*", La Ley, 2001-B, 145, con nota de Germán J. Bidart Campos.

²⁸⁰ . 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)

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 aún en el mismo ámbito de esta impugnación excepcional, en la causa "*Abella y otros*" (²⁸¹) se había hecho lugar a la revisión de una condena alcanzada por la preclusión del sistema recursivo.

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 incurso 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.

El 20 de septiembre de 2005 la Corte dicta el fallo "*Casal*", donde parece concretar una línea definitiva. El actor había sido condenado en un juicio oral por robo calificado. El recurso que interpuso luego, impugnando la prueba rendida, fue denegado por la Cámara Nacional de Casación Penal en base al criterio de que las cuestiones de hecho y valoración de la prueba resultan ajenas al control casatorio.

La Corte Suprema revoca la decisión y reafirma la garantía de la doble instancia sosteniendo que [...] "el Tribunal de Casación debe agotar el esfuerzo por revisar todo lo que pueda revisar, o sea, por agotar la revisión de lo revisable", acogiendo así la teoría alemana de la *Leistungsfähigkeit*, o del "agotamiento de la capacidad de revisión". Y, en línea con la doctrina de la Corte Interamericana en el caso "*Herrera Ulloa c. Costa Rica*", indicó que la interpretación de la ley procesal debe permitir

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 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...".

²⁸¹ . Fallos, 315:325, voto del juez Fayt que 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 (cfr. La Ley, 2001-B, 72).

“una revisión amplia de la sentencia, todo lo extensa que sea posible al máximo esfuerzo de revisión de los jueces de casación, conforme a las posibilidades y constancias de cada caso particular y sin magnificar las cuestiones reservadas a la inmediación, sólo inevitables por imperio de la oralidad conforme a la naturaleza de las cosas” (282).

²⁸² . En sus considerandos más explícitos la Corte dice [...]: 24) Que formulada esta teoría, se impone preguntar qué es lo no revisable. Conforme a lo expuesto, lo único no revisable es lo que surja directa y únicamente de la inmediación. Esto es así porque se imponen limitaciones de conocimiento en el plano de las posibilidades reales y —en el nivel jurídico— porque la propia Constitución no puede interpretarse en forma contradictoria, o sea, que el principio republicano de gobierno impide entender un dispositivo constitucional como cancelatorio de otro. En este caso son los textos de la Convención Americana y del Pacto Internacional que no pueden ser interpretados en forma contradictoria: en efecto, los arts. 8.5 de la Convención Americana y 14.1 del Pacto exigen la publicidad del juicio, con lo cual están exigiendo la oralidad, que es inseparable condición de la anterior, y, por ende, no puede entenderse que los arts. 8.2.h. de la Convención Americana y 14.5 del Pacto impongan un requisito que la cancela. Por ende, 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. De allí que se hable de la *Leistung*, del rendimiento del máximo de esfuerzo revisable que puedan llevar a cabo en cada caso.

25) Que se plantea como objeción, que esta revisión es incompatible con el juicio oral, por parte del sector doctrinario que magnifica lo que es puro producto de la inmediación. Si bien esto sólo puede establecerse en cada caso, lo cierto es que, en general, no es mucho lo que presenta la característica de conocimiento exclusivamente proveniente de la inmediación. Por regla, buena parte de la prueba se halla en la propia causa registrada por escrito, sea documental o pericial. La principal cuestión, generalmente, queda limitada a los testigos. De cualquier manera es controlable por actas lo que éstos deponen. Lo no controlable es la impresión personal que los testigos pueden causar en el tribunal, pero de la cual el tribunal debe dar cuenta circunstanciada si pretende que se la tenga como elemento fundante válido, pues a este respecto también el tribunal de casación puede revisar criterios; no sería admisible, por ejemplo, que el tribunal se basase en una mejor o peor impresión que le cause un testigo por mero prejuicio discriminatorio respecto de su condición social, de su vestimenta, etc. **En modo alguno existe una incompatibilidad entre el juicio oral y la revisión amplia en casación. Ambos son compatibles en la medida en que no se quiera magnificar el producto de la inmediación**, es decir, en la medida en que se realiza el máximo de esfuerzo revisor, o sea, en que se agote la revisión de lo que de hecho sea posible revisar. Rige a su respecto un principio general del derecho: la exigibilidad tiene por límite la posibilidad o, dicho de manera

La Corte reafirmó el principio repitiéndolo en otros fallos, pero también avanzó en el alcance de los procesos, permitiendo que el derecho al recurso fuera no solo para el proceso penal, sino además, para todas aquellas materias que conciernen a la determinación de los derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

más clásica, *impossibilia nulla obligatio est*. No se les exige a los jueces de casación que revisen lo que no pueden conocer, sino que revisen todo lo que puedan conocer, o sea, que su esfuerzo de revisión agote su capacidad revisora en el caso concreto.

26) Que con el texto del art. 456 entendido exegéticamente y en armonía con los arts. 8.2.h de la Convención Americana y 14.5 del Pacto Internacional, resulta aplicable en nuestro derecho la teoría que en la doctrina alemana se conoce como del agotamiento de la capacidad de revisión o de la capacidad de rendimiento (*Leistungsfähigkeit*), y con ello se abandona definitivamente la limitación del recurso de casación a las llamadas cuestiones de derecho. Al respecto cabe también acotar que la distinción entre cuestiones de hecho y de derecho siempre ha sido problemática y en definitiva, si bien parece clara en principio, enfrentada a los casos reales es poco menos que inoperante, como se ha demostrado largamente en la vieja clasificación del error en el campo del derecho sustantivo. Ello obedece, en el ámbito procesal, no sólo a que una falsa valoración de los hechos lleva a una incorrecta aplicación del derecho, sino a que la misma valoración errónea de los hechos depende de que no se hayan aplicado o se hayan aplicado incorrectamente las reglas jurídicas que se imponen a los jueces para formular esa valoración. O sea, que en cualquier caso puede convertirse una cuestión de hecho en una de derecho y, viceversa, la inobservancia de una regla procesal —como puede ser el beneficio de la duda— puede considerarse como una cuestión de hecho. Por consiguiente, esta indefinición se traduce, en la práctica, en que el tribunal de casación, apelando a la vieja regla de que no conoce cuestiones de hecho, quedaría facultado para conocer lo que considere cuestión de derecho, o de no conocer lo que considere cuestión de hecho. Semejante arbitrariedad contraría abiertamente al bloque constitucional, pues no responde al principio republicano de gobierno ni mucho menos satisface el requisito de la posibilidad de doble defensa o revisabilidad de la sentencia de los arts. 8.2.h de la Convención Americana y 14.5 del Pacto Internacional.

En este orden de ideas, se ha sostenido que "la estricta exigencia de rigurosa distinción entre cuestiones de hecho y de derecho a los fines del recurso de casación ignora, por un lado, la extrema dificultad que, como regla, ofrece esa distinción, en particular cuando la objeción se centra en el juicio de subsunción, esto es, en la determinación de la relación específica trazada entre la norma y el caso particular (confr., en general, Piero Calamandrei, "La Casación Civil", trad. de Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, Bibliográfica Argentina, 1945, t. II, págs. 294 y sgtes.). Por otra parte, también pasa por alto el hecho de que, en la mayor parte de los casos, la propia descripción de los presupuestos fácticos del fallo está condicionada ya por el juicio normativo que postula (conf. Luigi Ferrajoli, "Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal", trad. de P. Andrés Ibáñez y otros, Madrid, Trotta, 1995, págs. 54 y sgtes.) (Fallos: 321:494, voto de los jueces Petracchi y Fayt).

En la causa *Marchal* (²⁸³) le dice a los superiores tribunales de provincias que no se deben apegar a las limitaciones que los códigos procesales locales establezcan para la concesión de los recursos, porque considera “cuestión constitucional” el análisis del art. 8.2.h de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en la senda de interpretación que aporta la Corte Interamericana en el caso “Tribunal Constitucional del Perú” (31 de enero de 2001) donde sostuvo que: [...] “Si bien el art. 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 puedan defenderse adecuadamente ante cualquier tipo de acto emanado del Estado que pueda afectar sus derechos”.

4. Contenido esencial del derecho al recurso

La revisión de la sentencia condenatoria es la impronta que se postula en el derecho al recurso; 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.

Para Albanese, citando la opinión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, el control del fallo de primera instancia se refiere a las características mínimas de un recurso que controle la corrección del fallo desde un punto de vista material y desde otro, formal. Desde este último aspecto, el formal, el recurso debe proceder contra toda sentencia de primera instancia con la finalidad de examinar la aplicación indebida, la falta de aplicación o la errónea interpretación de normas de derecho que determine la parte resolutive de la sentencia (²⁸⁴).

Básicamente, la premisa que conduce al derecho previsto en el art. 8°.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 legal y constitucional.

Tal es la amplitud que algunos postulan que el derecho al recurso se instale como un derecho fundamental propio, autónomo del debido

²⁸³ . CS, 04.10.2007, “*Marchal, Juan*”, en La Ley del 26 de abril de 2007. Fallos, 330:1427

²⁸⁴ . Albanese, Susana, *Garantías Judiciales*, Ediar, Buenos Aires, 2000, p. 156.

proceso. Por eso, la Comisión Interamericana sostuvo en el Informe 55/97 (caso 11.137, *Abella*) que, el recurso extraordinario no tiene por objeto remediar decisiones supuestamente erróneas, sino sólo omisiones o desaciertos de gravedad extrema; y como a través de su vía no se revisa el procedimiento, ni se advierte sobre incorrecciones de idoneidad o legalidad probatoria, y menos aun se posibilita con la medida del "recurso sencillo y breve", ese mecanismo extraordinario del sistema procesal no satisface la garantía del inculcado a impugnar la sentencia (²⁸⁵).

De igual modo, si el ordenamiento adjetivo limita o restringe las posibilidades de recurrir, esas disposiciones son inconstitucionales por violar las reglas del debido proceso legal. En consecuencia, la garantía que ofrece el derecho al recurso se expande a todo tipo de procesos cualquiera sea su naturaleza.

Para la vigencia de esta garantía, no basta con el reconocimiento formal del derecho a impugnar y promover la revisión, 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 (²⁸⁶).

²⁸⁵ . En otras oportunidades, la Comisión Interamericana abordó el problema. Se puede señalar, entre ellas, una denuncia presentada por violación de los arts. 8º.1, 8º.2 h), 11 y 21 de la Convención. En cuanto a la aplicabilidad del artículo 8º.2 h) la Comisión analizó si una sanción pecuniaria impuesta por un juez de primera instancia por razones de conducta procesal en un trámite de subasta, era de naturaleza penal, habida cuenta que se trata de una garantía que tiene toda persona inculpada de un delito, como parte del derecho a la presunción de inocencia (Informe 6/98, *Rodríguez, Ernesto Máximo*).

²⁸⁶ . Por su parte, la Corte Interamericana resolvió en el caso "*Castillo Petruzzi*" (sentencia del 30 de mayo de 1999) que el derecho de recurrir del fallo -se trata de un Tribunal militar que juzgó a civiles sin darles derecho a revisar la condena- no se

5. Doble instancia y derecho al recurso

Muchas veces la doble instancia confunde al intérprete que reclama el derecho al recurso. Puede existir lo primero y estar ausente el segundo; así como es posible encontrar recursos de revisión en solo una instancia.

En materia penal, por ejemplo, la referencia al “doble conforme” se concreta con el recurso de casación, que opera en un campo diferente al que, por vía de principio, tiene el derecho a la revisión de la sentencia condenatoria, o derecho al recurso.

Por vía de principio –insistimos- la casación se ocupa de la función nomofiláctica de la jurisprudencia, del principio de legalidad y de aplicar la justicia de equidad cuando las circunstancias del caso lo permitan. Pero casación no significa revisión en términos estrictos.

Es cierto que en forma temprana esta modalidad de impugnación vino a resolver el problema de las sentencias dictadas por los Tribunales Orales, o en términos más amplios, aquellos pronunciamientos dictados en

satisface con la mera existencia de un órgano de grado superior al que juzgó y condenó al inculcado, 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 -dijo la CIDH- que el proceso penal es uno sólo a través de sus diversas etapas, tanto la correspondiente a la primera instancia como la relativa a las 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 (*Castillo Petruzzi*), 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 enjuiciamientos 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 su competencia, imparcialidad e independencia que la Convención establece (Consid. 161).

No es solamente la Convención Americana sobre Derechos Humanos la que se interpreta, pues el art. 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos agrega contenidos esenciales. En efecto, dice el art. 14 indicado que, 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 prescrito en la ley.

instancia única; pero también lo es que cuando comenzaron a advertirse los condicionamientos formales y las exigencias *de jure*, el temperamento cambió al ser evidente que las cuestiones de hecho –asiento principal de la revisión– quedaban fuera de los motivos de impugnación.

Este revés del recurso de casación opera desde el 2 de julio de 2004, fecha cuando la Corte Interamericana de Derechos Humanos falló la causa: “*Herrera Ulloa vs. Costa Rica*” y básicamente dijo que la demandada había violado en perjuicio del actor sus derechos a la libertad de pensamiento y expresión y las garantías judiciales, en especial respecto a los derechos a recurrir la sentencia condenatoria ⁽²⁸⁷⁾.

²⁸⁷ . El voto razonado de Sergio García Ramírez dijo, en la parte pertinente, [...] (29). En el orden del enjuiciamiento es bien conocido el sistema de doble instancia, con mayor o menor amplitud de conocimiento en el caso de la segunda, enderezada a reexaminar la materia que nutrió la primera y a confirmar, modificar o revocar, con apoyo en ese reexamen, la sentencia en la que ésta culminó. También existe la posibilidad de someter a control la resolución definitiva, esto es, la dictada en la segunda instancia --exista o no plazo legal para intentar el control--, a través de un medio impugnativo que permite examinar la conformidad de ese pronunciamiento con la ley que debió aplicarse, en el doble supuesto del *error in iudicando* y el *error in procedendo*. Otra cosa es el proceso extraordinario en materia penal --o, si se prefiere, recurso extraordinario-- que autoriza, en contadas hipótesis, la reconsideración y eventual anulación de la sentencia condenatoria que se ejecuta actualmente: comprobación de que vive el sujeto por cuyo supuesto homicidio se condenó al actor, declaratoria de falsedad del instrumento público que constituye la única prueba en la que se fundó la sentencia adversa, condena en contra de dos sujetos en procesos separados cuando resulta imposible que ambos hubiesen cometido el delito, etcétera. Evidentemente, este remedio excepcional no forma parte de los recursos ordinarios para combatir la sentencia penal definitiva. Tampoco forma parte de ellos la impugnación de la constitucionalidad de una ley.

(30). En este punto debemos preguntarnos qué es lo que pudiera exigirse del recurso mencionado en el artículo 8.2 h) de la Convención, dentro del criterio de máxima protección de los derechos del individuo y, por lo tanto, conforme al principio de inocencia que le sigue acompañando mientras no se dicta sentencia firme, y del derecho de acceder a la justicia formal y material, que reclama la emisión de una sentencia “justa” (inclusive condenatoria, aunque con un contenido punitivo diferente del que pareció adecuado en primer término). ¿Se trata de una revisión limitada, que pudiera dejar fuera aspectos verdaderamente relevantes para establecer la responsabilidad penal del sujeto? ¿Basta con una revisión limitada, que aborde algunos aspectos de la sentencia adversa, dejando otros, necesariamente, en una zona inabordable y por lo mismo oscura, no obstante la posibilidad de que en éstos se hallen los motivos y las razones para acreditar la inocencia del inculpado?

(31). La formulación de la pregunta en aquellos términos trae consigo, naturalmente, la respuesta. Se trata de proteger los derechos humanos del individuo,

La Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina encausó el problema en el caso “*Casal*”⁽²⁸⁸⁾, cuando desde el dictamen del Procurador General se dijo que [...] “lo dispuesto por el artículo 456 del Código Procesal Penal de la Nación, debe ser compatible con el derecho fundamental del condenado a una revisión realista y eficaz de su sentencia. Desaparecidos los fines políticos del recurso y debiendo asignársele ahora un espectro más amplio, no hay ninguna razón jurídica para no atribuir al recurso de casación la función de permitir al imputado que, a través de ese medio de impugnación, denuncie todos los errores que considere existentes en la sentencia condenatoria con independencia de su naturaleza.

“En otras palabras, que el agravio del condenado pueda ser considerado una cuestión de hecho y prueba no puede servir ya más de excusa para negar su derecho al examen de los posibles errores del fallo por él denunciados. Frente al derecho del condenado a serlo definitivamente sólo si la sentencia ha superado los controles de calidad en cuestión, no es posible sostener el principio usual de los tribunales de casación según el cual los aspectos de la sentencia que se refieran a la determinación de los hechos y a las cuestiones probatorias son decisiones discrecionales

y entre ellos el derecho a no ser condenado si no se establece suficientemente la realización del hecho punible y la responsabilidad penal del sujeto, y no sólo de cuidar, en determinados extremos, la pulcritud del proceso o de la sentencia. Por lo tanto, ese recurso ante juez o tribunal superior --que sería superior en grado, dentro del orden competencial de los tribunales-- debe ser uno que efectivamente permita al superior entrar en el fondo de la controversia, examinar los hechos aducidos, las defensas propuestas, las pruebas recibidas, la valoración de éstas, las normas invocadas y la aplicación de ellas, inclusive en aspectos tales como la individualización de la pena o medida (que abarca la sustitución pertinente), como resulte justo en consideración de la gravedad del hecho, el bien jurídico afectado, la culpabilidad del agente y los otros datos que concurren al ejercicio de la individualización (atenuantes y agravantes o elementos de referencia que guían el razonado arbitrio judicial).

(32). Es evidente que esas necesidades no se satisfacen con un recurso de “espectro” reducido, y mucho menos --obviamente-- cuando se prescinde totalmente de cualquier recurso, como algunas legislaciones prevén en el caso de delitos considerados de poca entidad, que dan lugar a procesos abreviados. Para la plena satisfacción de estos requerimientos, con inclusión de los beneficios de la defensa material del inculpado, que traiga consecuencias de mayor justicia por encima de restricciones técnicas que no son el mejor medio para alcanzarla, sería pertinente acoger y extender el sistema de suplencia de los agravios a cargo del tribunal de alzada. Los errores y las deficiencias de una defensa incompetente serían sorteados por el tribunal, en bien de la justicia.

²⁸⁸ . “*Casal, Matías Eugenio y otro s/ robo simple en grado de tentativa*”, 20 de septiembre de 2005.

reservadas al tribunal de mérito salvo el supuesto de arbitrariedad manifiesta.

“En cambio, según la visión actual del recurso contra la condena, las equivocaciones de la sentencia no pueden quedar sin fiscalización por su falta de gravedad como arbitrariedad o por la supuesta existencia de poderes exclusivos del juez del primer grado. Satisfecha la segunda instancia podrá el orden jurídico establecer límites a la revisión ulterior de las resoluciones judiciales, escogiendo, p. ej., conceder esa impugnación sólo ante motivos especiales (cuestión federal, precedentes contradictorios, etc.), pero el primer recurso contra la sentencia de condena no puede contener tales limitaciones al objeto de lo impugnado”.

Basados en la preferencia del recurso, en lugar del doble conforme estricto, se trazan diferencias que superan el simple dogmatismo. Una cosa es habilitar una vía de revisión de la sentencia de condena en cualquier tipo de procesos, y otra considerar que si existe doble instancia se resuelve el reclamo del derecho transnacional que opera como derecho interno a través del bloque de constitucionalidad (art. 75.22, CN).

El resumen indicaría que la doble instancia no es suficiente si para abrir su actuación el recurso no cumple con la garantía de revisión que la condenada espera. No se trata de asignar un medio de impugnación, sino de habilitar el reexamen de hechos y la renovación del derecho cuando éste sea menester actualizar. El Tribunal debe contar con una jerarquía orgánica superior y ha de tolerar con amplitud el análisis de los agravios que contra la sentencia se expongan.

En suma, el derecho al recurso no es otra cosa que dar vida al derecho de toda persona a tener un remedio eficaz contra los pronunciamientos judiciales que condenen las conductas juzgadas. Los mínimos que resguarden el derecho a la verificación de la sentencia condenatoria deben 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 reexamen de la causa, es decir, el estudio de las circunstancias de hecho y de derecho que llevaron a la condena del inculpado (²⁸⁹).

²⁸⁹ . 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

6. La interpretación en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos se aplica con igual extensión en los Estados europeos, pero incluye el protocolo n° 7, del 22 de noviembre de 1984, del Convenio Europeo de Derechos Humanos que agrega el derecho a los recursos en el proceso penal en estos términos:

"1. Toda persona declarada culpable de una infracción penal por un Tribunal tiene el derecho de hacer examinar por una jurisdicción superior la declaración de culpabilidad o de condena. El ejercicio de este derecho, comprendido los motivos por los que puede ser ejercitado, son regidos por la ley.

"2. Este derecho puede ser objeto de excepciones para las infracciones menores, tales como sean definidas por la ley, o cuando el interesado ha sido juzgado en primera instancia por la más alta jurisdicción o ha sido declarado culpable y condenado a consecuencia de un recurso contra su absolución".

Al sistema se agregan los principios del art. 6°.1 de la misma *Convención Europea para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Individuales* (4 de noviembre de 1950) que ha llevado al Tribunal de Estrasburgo a sostener que, siendo la doble instancia un derecho del inculpado, le corresponde a éste ser oído personalmente en audiencia pública cuando así lo solicita (caso *Ekbatani c. Suecia*, del 26 de mayo de 1988).

La diferencia con el sistema interamericano se encuentra en la lectura completa que se realiza del procedimiento penal, al que se lo enmarca en el derecho a un *proceso justo y equitativo*, donde las instancias no determinan la preclusión de oportunidades, sino antes bien, se comprende en la idea fundamental del derecho a la tutela judicial efectiva, la participación

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 (Bandrés Sánchez-Cruzat, José Manuel, *Derecho fundamental al proceso debido y el Tribunal Constitucional*, Aranzadi, Pamplona, 1992, ps. 168 y ss.).

necesaria del derecho a los recursos, como integrante del derecho a un proceso equitativo (²⁹⁰)

Pero 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 la causa *Ruiz Torija*, el tribunal recuerda que el art. 6.1 obliga a los tribunales a motivar sus decisiones, pero no en el sentido de la exigencia de una respuesta detallada a cada argumento. La extensión de este deber puede variar según la naturaleza de la decisión. Es necesario además, tener en cuenta especialmente la diversidad de las alegaciones que una parte pueda formular en justicia así como las diferencias entre los Estados contratantes en materia de disposiciones legales, costumbres, conceptos doctrinales, presentación y redacción de las sentencias y decisiones. En consecuencia, para saber si un tribunal no cumplió con su obligación de motivar sus decisiones, exigencia regulada por el art. 6 del Convenio, es preciso realizar el análisis caso por caso (²⁹¹).

Esta lectura restrictiva conduce a resultados no queridos, porque cuando se discurre sobre los alcances del concepto *tutela judicial efectiva*, se puede configurar como un derecho de contenido complejo que incluye, entre otros, el acceso a los jueces y tribunales, el derecho a obtener una sentencia de éstos, y el derecho a que ese pronunciamiento se cumpla sin dilaciones.

²⁹⁰ . Recuerda Gil Robles que, el propio tribunal ya ha advertido en el caso *Golder*, que si bien el art. 6º, párrafo 1, no proclama expresamente un derecho de acceso a los tribunales, no obstante enuncia distintos derechos que derivan de la misma idea fundamental y que en su conjunto constituyen un derecho único del que no da el Convenio una definición precisa en el sentido estricto de éste término. Debe, por tanto, el Tribunal definir a través de la interpretación si el acceso a los tribunales constituye un elemento o aspecto de dicho derecho, y por ello, tal como lo prevé la regla general del art. 31 del Convenio de Viena, el proceso de interpretación de un tratado debe entenderse como una sola operación compleja; dicha regla integrada estrictamente pone en pie de igualdad los distintos elementos que enumeran los cuatro párrafos del artículo. En consecuencia, los términos del art. 6.1 del Convenio Europeo, tomados en su contexto, hacen pensar que dicho derecho está incluido dentro de las garantías reconocidas (Gil Robles, Alvaro, *Los nuevos límites de la tutela judicial efectiva*, editorial Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1996, ps. 45 y ss.).

²⁹¹ . Cfr. Gozaíni, *Derecho Procesal Constitucional – Debido Proceso*, cit., ps. 459 y ss.

De tal modo, el derecho a recurrir quedaría fuera del emplazamiento mínimo, y con ese sentido el Tribunal Constitucional español ha dicho que, "si bien el art. 24.1 garantiza a cada uno el derecho a la tutela judicial, o derecho al proceso, tal tutela no significa que para todas las cuestiones esté abierto necesariamente un recurso..."⁽²⁹²⁾.

Así entiende Solé Riera que, la falta de previsión legislativa del sistema de recursos no comporta inconstitucionalidad, ya que el derecho a impugnar no se deriva del contenido del citado art. 24.1 de la Constitución española, ni forma parte de la tutela judicial efectiva. De ahí que podamos afirmar -agrega- que no existe norma alguna en el texto constitucional de la que se desprenda la obligación de articular un sistema de recursos en el proceso civil⁽²⁹³⁾.

Asimismo, pareciera que no es un problema judicial o una cuestión constitucional la que se plantea cuando el recurso es insuficiente para cubrir el requerimiento de revisión plena, o directamente no existe en el ordenamiento legal, porque los tribunales se excusan argumentando que debe ser el legislador quien configure el sistema de recursos, con los requisitos y garantías que deban cumplirse para su ejercicio. Solo cuando el remedio existe, y el juez arbitrariamente lo anula o imposibilita, se daría el derecho constitucional al recurso⁽²⁹⁴⁾.

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

²⁹² . TC, sentencia del 21 de abril de 1982.

²⁹³ . Solé Riera, Jaume, *El recurso de apelación civil*, Bosch, Barcelona, 1998 (2ª edición), p. 145.

²⁹⁴ . El Tribunal Constitucional en la sentencia 130/87, del 17 de julio, sostiene que "el derecho al recurso se integra en las garantías constitucionales de la tutela judicial efectiva y ésta se vulnera cuando se cierra al ciudadano la posibilidad de interponer aquél, con obstáculos indebidos o por denegación injustificada, no explicada o debida a error imputable al funcionamiento del órgano judicial".

Una vez más se afinca el temperamento, que se advierte con mayor nitidez en el voto del juez Díez Picazo (sentencia 81/86, del 20 de junio) cuando afirma que, "no existe un derecho al recurso que nazca autónomamente de la Constitución española, y sólo existe el derecho a interponer los recursos que la ley reconozca, y en la medida, casos y alcance con que la Ley los configure"

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 ⁽²⁹⁵⁾.

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 ⁽²⁹⁶⁾.

²⁹⁵ . 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 (ob cit., p. 176).

²⁹⁶ . Gimeno Sendra, Vicente, *Constitución y proceso*, Tecnos, Madrid, 1988, ps. 56 y ss.

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.

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 específica (inconducta procesal específica), y se evidencia el empleo de las facultades que la ley otorga a las partes, en contraposición con los fines del proceso, obstruyendo su curso y en violación de 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" (²⁹⁷).

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 integra

²⁹⁷ . TC, pleno del 14 de diciembre de 1982, con voto de Truyol y Serra

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⁽²⁹⁸⁾.

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, CPC); mientras que en materia penal ya hemos señalado lo sucedido con la restricción revertida en el caso *Girolodi*.

En los hechos, la solución a esta dualidad debe partir de interpretar en sus justos términos el principio de igualdad constitucional⁽²⁹⁹⁾.

²⁹⁸ . Ob. cit., p. 176.

²⁹⁹ . 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.

Así, Calmon de Passos 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 (Calmon de Passos, J.J., *O devido processo legal e o duplo grau de jurisdição*, Revista da Procuraduria Geral do Estado, n° 17, Sao Paulo, 1981). Ada Pellegrini Grinover, 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 (Pellegrini Grinover, Ada, *As garantias constitucionais do direito de ação*, São Paulo, Revista Dos Tribunais, 1973, ps. 31 y ss.).

En cambio, el maestro uruguayo Véscovi, 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

Con la actual situación, y a pesar de la orientación que ofrece la jurisprudencia transnacional, hay dos lecturas para el derecho al recurso: la que proviene cuando se trata de revisar la sentencia de condena, en cuyo caso no hay dobleces y se admite sin resistencia; y cuando se ocupa de procesos no penales, donde aun se advierten limitaciones y condiciones que, de alguna manera, quiebran 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 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*); 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 (³⁰⁰).

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 al Poder Judicial en su unidad, mirándolo con mayor respeto y confianza (Véscovi, Enrique, *Los recursos judiciales y demás medios impugnativos en Iberoamérica*, editorial Depalma, Buenos Aires, 1988, p. 26).

³⁰⁰ . 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 (ob. cit., p. 62).

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 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 renunciabile.

Es cierto 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.

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.

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 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 ⁽³⁰¹⁾

³⁰¹ . En la jurisprudencia se sostiene que, la renuncia anticipada a la facultad de utilizar las vías recursivas, encuentra sustento en las prescripciones contenidas en los arts. 872 y 1881, incs. 3° 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 igualmente abduquen de tal derecho (CNCiv., Sala G, 1997/03/04, "*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. 3° y 74 inc. 5°, Código Procesal-, o convencional, cuando las partes pactan expresamente la renuncia a tal derecho (CNCiv., Sala G, 1997/09/18, "*The First National Bank of Boston c. Lamanna, Juan C.*", La Ley, 1998-B, 242).

Cabe hacer lugar a la renuncia anticipada al derecho de interponer recurso de apelación, procedencia fundada en los arts. 872 y 1881 inc. 3° del Código Civil, pues la renuncia constituye un derecho del individuo que no afecta al orden jurídico y, asimismo, la doble instancia no configura un requisito de la garantía constitucional de defensa en juicio (CNCiv., Sala G, 1997/09/18, "*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

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.

controversia (CNCiv., Sala K, 1993/03/08, "*Malaiu, Gabriel E. c. Kazka, Ludmila*", La Ley, 1993-E, 641, J. Agrup., caso 9409).

JURISPRUDENCIA

*** Corte Suprema de Justicia de la Nación • 20/03/2007 • Conductil S.A.C.I.F.I.A. vs. Music House Jujuy S.R.L. • Fallos, 330:1036**

- La doble instancia judicial no es, por sí misma, requisito constitucional de la defensa en juicio, de modo que la misma no resulta exigible cuando la sanción impuesta no tiene sustancia penal, sino disciplinaria. Si no se impuso una pena penal, no rigen estrictamente las garantías del proceso penal receptadas por los tratados internacionales y nuestra Constitución Nacional (art. 18, e inc. 22, art. 75, Constitución Nacional). En el caso, se sancionó a los letrados firmantes del escrito, que recusaron con expresión de causa al ministro doctor Eduardo Moliné O'Connor, aplicándole una multa del 10 % de la remuneración que por todo concepto percibe un juez de primera instancia. Dicha multa no se aplicó como sanción del derecho penal -sino como corrección administrativa-, y la cita del art. 115, Código Penal, responde a que dicho artículo es, justamente, la norma que excluye de ese ordenamiento las injurias proferidas por los litigantes. Si se hubiera aplicado una pena del derecho penal, se habría encuadrado la conducta en un tipo penal determinado. (Del dictamen del Procurador Fiscal al que remite la CSJN.)

*** Corte Suprema de Justicia de la Nación • 21/10/2008 • Mellicovsky, Lidia Beatríz c/Estado Nacional s/amparo**

- Corresponde rechazar el planteo de inconstitucionalidad del art. 18 del decreto 1285/58 ya que -al margen de que resulta tardío por haber sido introducido sólo ante la segunda sanción aplicada por la Corte- ello no se compadece con las previsiones legales en tanto el mismo art. 19 del decreto-ley 1285/58 (ratificado por la ley 14.464) contempla la posibilidad de interponer recurso de reconsideración contra las medidas correctivas que adopten los jueces, y, por otra parte, la doble instancia judicial no es, por sí misma, requisito constitucional de la defensa en juicio, jurisprudencia enteramente aplicable en tanto la sanción impuesta no tiene sustancia penal, sino disciplinaria. -Del precedente "Conductil" (Fallos: 330:1036) al que remitió la Corte Suprema-

*** Corte Suprema de Justicia de la Nación • 01/04/2008 • Gómez, Héctor Fabián s/sup. lesiones gravísimas seguidas de muerte -causa N° 57.908**

- La revisión del caso hecha por los mismos jueces tampoco garantiza la vigencia plena de la garantía de la doble instancia que exige que magistrados que no conocieron anteriormente el hecho revisen las decisiones del inferior, pues, si no, doble instancia significaría, tan solo, doble revisión por las mismas personas. -Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema-

*** Corte Suprema de Justicia de la Nación • 04/12/2007 • Bellegia, Enrique José y otros s/causa N° 85.831 • Fallos, 330:4920**

- Si la suprema corte provincial se negó al tratamiento de la procedencia formal del recurso de casación, agravio que resulta -en cuanto a la garantía de doble instancia- de innegable carácter federal, cabe descalificar el fallo impugnado como acto jurisdiccional válido, y admitir el recurso federal interpuesto -Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema-

*** Corte Suprema de Justicia de la Nación • 04/12/2007 • Ríos, Gregorio y Prellezo, Gustavo Daniel s/estafa - sustracción de persona agravada por muerte víctima - homicidio (causa N° 2958).**

- La sentencia que al rechazar por razones formales el recurso de inaplicabilidad de ley, no se hizo cargo del hecho de que la defensa había avisado, con posterioridad a la condena, que la recurriría, evidencia un rigor formal que justifica la vía intentada con arreglo a la doctrina de la arbitrariedad, pues lesionó la garantía de la doble instancia.

*** Corte Suprema de Justicia de la Nación • 23/10/2007 • Herlein, Leonardo Gastón s/recurso de casación • Fallos, 330:4534.**

- Corresponde dejar sin efecto la sentencia que declaró inadmisibile el recurso de casación ya que se vió frustrada la garantía constitucional que la asiste a la defensa de la "doble instancia" (art. 8.2.h Convención Americana sobre Dererchos Humanos), teniendo en cuenta que el agravio -sustentado en la arbitrariedad-, surge con la resolución de la cámara de apelaciones que revocó la excarcelación concedida por el juez de grado, cuya revisión demanda la intervención inexorable de la casación local.

*** T.O. Crim. Cap. Fed. Nro. 7• 27/07/2000 • Cura, Julio D. c. Ursi, Rojas, Valle • WebRubinzal ppyenal 22.6.2.r1**

- El acatamiento irrestricto de la doctrina plenaria del precedente "Kosuta" vulnera la garantía de la doble instancia en materia penal, prevista en el art. 8, inc. 2, apartado h), de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en el art. 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, pues cuando un tribunal decide un caso interpretando la ley del modo como se lo impone un fallo plenario, en verdad no da respuesta individual a un planteo jurídico de las partes - cuando éstas lo cuestionan expresamente- sino se limita a aplicar una doctrina obligatoria surgida de un hecho en el cual el justiciable no ha tenido intervención. La gravedad de este problema cobra especial relieve cuando se aprecia que el recurso que la parte eventualmente puede llegar a interponer contra esa decisión va a ser el resuelto por una de las salas del mismo tribunal que dictó la doctrina plenaria, cuyo contenido se impugna; porque aquélla inexorablemente resolverá el punto de igual forma por una obligatoriedad que sólo podría ceder frente a un nuevo fallo plenario. Las razones de economía procesal que pueden dar lugar a un fallo plenario deben ceder ante principios más importantes como son, en primer término, el sistema republicano y la división de poderes que es uno de sus elementos; en segundo lugar, las normas vinculadas con la prevención especial y un derecho penal mínimamente

aflictivo, incorporadas a la Constitución Nacional por los pactos internacionales; en tercer término, la mejor técnica jurídica que aconseja permitir que la jurisprudencia sea el reflejo de decisiones autónomas de los jueces con arreglo a la ley; y finalmente, otras garantías constitucionales como el derecho a que los casos sean resueltos por jueces cuya independencia de criterio garantice una efectiva doble instancia.

*** SC Buenos Aires • 21/02/2007 • B. C. s/ recurso de casación • WebRubinzal ppyenal 9.1.r29**

- Es insuficiente el recurso de inaplicabilidad de ley si el recurrente, en primer lugar, no ha criticado idóneamente las dos conclusiones centrales de la sentencia: de un lado que, para individualizar concretamente la pena, el art. 41 del Código Penal no exige un adecuado equilibrio en la ponderación de las pautas atenuantes y agravantes particulares del caso; y, por otro lado, que la nueva circunstancia atenuante alegada en la audiencia del art. 458 del C.P.P. ha sido introducida en forma extemporánea, a la luz de lo normado en el art. 451 del Código citado. Y a ello debe sumarse que ni se observa de la lectura de la sentencia que ella sea arbitraria, de acuerdo a los cánones fijados por la pretoriana jurisprudencia de la Corte federal, ni que se haya vulnerado la garantía de la doble instancia, como pretende el impugnante.

*** Cámara de Apelaciones Civil y Comercial de Bahía Blanca, Sala II • 01/06/2008 • Dithurbide, Jorge Martín y otros vs. Maglianesi, Luis Adolfo s. Reivindicación • WebRubinzal jupro 5.3.3.r30**

- El art. 273, CPCC de la Provincia de Buenos Aires, al disponer que "El tribunal podrá decidir sobre los puntos omitidos en la sentencia de primera instancia, aunque no se hubiere pedido aclaratoria, siempre que se solicitare el respectivo pronunciamiento al expresar agravios", tácitamente circunscribe la operatividad de su contenido a cuestiones que pudieren haber sido remediadas por vía de la aclaratoria. La mencionada facultad solo resulta aplicable cuando la omisión se refiera a cuestiones accesorias de la sentencia y no a lo medular de la decisión, puesto que si se refiriera a un tema tan central que hace a la procedencia o a la improcedencia de la demanda, se estaría afectando la garantía legal de la doble instancia.

*** Cámara de Apelaciones Civil, Corrientes, Sala II • 13/09/2007 • Fisco de la Provincia de Corrientes vs. Mario Fernández y/o quien resulte responsable s. Apremio • WebRubinzal jupro 7.1.5.r143**

- El principio de la doble instancia no proviene del art. 18, Constitución Nacional, sino del inc. 22, art. 75, Constitución Nacional; y del inc. h, art. 8, Convención Americana sobre Derechos Humanos -Pacto de San José de Costa Rica-. Y si bien esta disposición se aplica a todas las áreas del derecho, está básicamente dirigida al juicio criminal. Por otra parte, en lo que atañe al caso de autos, la garantía se refiere a la necesidad de una segunda instancia, oportunamente

articulada, cuando se impugna una sentencia definitiva y no un acto del proceso como el que establece el art. 317, CPCC de Corrientes (inapelabilidad del de las resoluciones que no hacen lugar a la caducidad de instancia).

*** TSJ - Ciudad Autónoma de Buenos Aires • 03/04/2006 • Waiman, Enrique Alberto Elías s. Queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: Colegio de Escribanos de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires vs. Escribano Waiman, Enrique Alberto Elías s. Inspección protocolo año 2001 • WebRubinzal jupro 16.1.r13**

- La aplicación del ap. h, inc. 2, art. 8, Convención Americana sobre Derecho Humanos, y del inc. 5, art. 14, Pacto Internacional de Derecho Civiles y Políticos, que consagran la garantía de la doble instancia, se halla supeditada a la existencia de un fallo final dictado contra una persona "inculpada de delito" o "declarada culpable de delito", situación que no se verifica en el caso de las decisiones emitidas por el Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires en su carácter de Tribunal de Superintendencia.

*** Cámara Nacional de apelaciones en lo civil y comercial Federal • 16/08/2005 • Avianca (Aerovías Nacionales de Colombia S.A.) vs. Subsecretaría de Transporte Aéreo • WebRubinzal jupro 1.1.17.r158**

- La circunstancia de que el art. 215, Ley 17285, hable de la "recurribilidad" de las sanciones ante la justicia en lo contencioso administrativo federal, no autoriza a concluir que se haya querido establecer, implícitamente, que ellas fueren impugnadas directamente ante la Cámara Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal, en instancia judicial originaria, lo que solo puede aceptarse, como excepción al principio general de la doble instancia como medio de control de las decisiones judiciales, cuando ello ha sido expresamente dispuesto por el Poder Legislativo en ejercicio de la facultad que le confiere el art. 117, Constitución Nacional.

*** Corte Suprema de Justicia de la Nación • 20/03/2007 • Lione, Anselmo vs. Lione, Jorge Antonio s. Desalojo de inmuebles rurales y urbanos • WebRubinzal jupro 7.1.5.r34**

- El derecho de acceder a la segunda instancia integra la garantía del debido proceso cuando está instituida por ley, pero no importa lesión alguna a la "defensa en juicio" (art. 18, Constitución Nacional) la privación de una instancia revisora que no se encuentra prevista para el caso.

*** Corte Suprema de Justicia de la Nación • 27/05/2004 • Arancibia Clavel, Enrique Lautaro s/ homicidio y asociación ilícita • Fallos, 328:341**

- El derecho a la doble instancia no supone un nuevo examen sobre los hechos sin limitación alguna. De otro modo, se deberían sacrificar las garantías de

publicidad y oralidad del debate, que también han sido consagradas por la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 8, inc. 5).

*** Corte Suprema de Justicia de la Nación • 08/03/2005 • Pomponi, Jorge Francisco y otros s/ robo en poblado y en banda con efracción • Fallos, 327:1688**

Mientras la norma del art. 244 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación se sitúa en el contexto de un proceso civil en el cual la doble instancia y el consiguiente recurso de apelación contra las decisiones de la primera es la regla, el procedimiento penal se desarrolla en una instancia única, sin perjuicio del recurso de casación admisible en los casos previstos por el art. 457 del Código Procesal Penal, en el cual no están comprendidas las regulaciones de honorarios.

*** Corte Suprema de Justicia de la Nación • 09/03/2004 • Carro Evangelista, Delia y otros s/ falso testimonio • Fallos, 327:352**

- La forma más adecuada para asegurar la garantía de la doble instancia en materia penal prevista en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 8, inc. 2°, ap. h), es declarar la invalidez constitucional de la limitación establecida en los arts. 458, inc. 1° y 460 -por remisión de esta disposición- del Código Procesal Penal de la Nación, en cuanto veda al querellante la admisibilidad del recurso de casación contra las sentencias absolutorias en razón del monto de la pena que se hubiera solicitado.

CAPÍTULO X

EL CUMPLIMIENTO DE LA SENTENCIA

1. Alcance y contenido

En otra obra ⁽³⁰²⁾ hemos sostenido que el derecho a que la sentencia sea ejecutada de inmediato se encuentra idealmente contenida en la noción actual de debido proceso. En este espacio corresponde analizar si este derecho puede ser exigido como una garantía concreta, a cuyo fin tendremos que partir de la base que la jurisdicción supone y se integra con dos elementos que hacen a su propia esencia: conocimiento y ejecución.

Vale decir que, quien se ha beneficiado con una sentencia debe contar con la garantía para que el derecho que ha obtenido pueda ser cumplido en la condición más rápida y efectiva que el sistema le pueda ofrecer ⁽³⁰³⁾.

Es una garantía jurisdiccional que forma parte del debido proceso, precisamente, porque la función judicial es declarar el derecho y ejecutar lo juzgado cuando la sentencia no se acata rápidamente. Y también cobra autonomía como derecho exigible sin necesidad de promover un nuevo

³⁰² . Gozaíni, Osvaldo A., *Derecho Procesal Constitucional – Debido Proceso*, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires / Santa Fe, 2004, ps. 599 y ss.

³⁰³ . Afirma Chamorro Bernal que 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) (Chamorro Bernal, Francisco, *La tutela judicial efectiva*, Bosch, Barcelona, 1994).

proceso, en la medida que forma parte de aquél donde el derecho se declara o concreta.

Estadísticamente se comprueba que dura más tiempo la ejecución que la etapa previa hasta llegar a la sentencia definitiva, inclusive, cuando se trata de pronunciamientos condenatorios al Estado, la faz ejecutiva asume modalidades y dilaciones de cumplimiento, que pone condiciones, o la sujeta a variables que no fueron previstas (v.gr.: el pago de sumas de dinero se sustituye con la entrega de títulos de la deuda pública).

Ello, además de conspirar contra la garantía del plazo razonable, produce una clara afectación al proceso en sí, al dejarlo sin herramientas para que la sentencia se cumpla como es debido. 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, evitando interpretaciones restrictivas tales como los decretos de inembargabilidad de sueldos, o las disposiciones administrativas que hacen depender los pagos de la previsión presupuestaria (³⁰⁴).

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 al cumplimiento 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. La garantía de cumplimiento inmediato

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

³⁰⁴ . Chamorro Bernal, ob. cit., p. 134.

de las personas), como para aceptar que las decisiones del Poder Judicial no queden insolutas por el capricho legislativo o el retardo administrativo.

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).

La Corte Interamericana, preocupada por el respeto a sus decisiones, reclama la obligación de cumplir lo dispuesto conforme los principios básicos sobre la responsabilidad internacional del Estado, que respalda también la jurisprudencia internacional, según el cual los Estados deben acatar sus obligaciones convencionales internacionales de buena fe (*pacta sunt servanda*).

En este sentido ha señalado que el derecho al cumplimiento incondicional se sostiene en el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, conforme al cual los Estados no pueden, por razones de orden interno, dejar de asumir la responsabilidad internacional ya establecida. Las obligaciones convencionales de los Estados Partes vinculan a todos los poderes y órganos del Estado (³⁰⁵).

Esta orientación que se aplica en el derecho internacional y transnacional, puede llevarse al derecho local y resultar exigible en la misma dimensión que tienen las demás garantías.

Es decir, que el derecho a reclamar que la condena se cumpla se aplica no sólo en relación con las normas sustantivas de los tratados de derechos humanos (las que contienen disposiciones sobre los derechos protegidos), sino también respecto las normas procesales. Estas obligaciones deben ser interpretadas y aplicadas de manera que la garantía protegida sea verdaderamente práctica y eficaz.

La orientación constitucional, entonces, no se abasteca actualmente estableciendo reglas para la ejecución procesal de la sentencia, sino procurando vigilar o fiscalizar que se realice el cometido jurisdiccional a través del control sobre el cumplimiento.

³⁰⁵ . Cfr. Corte I.D.H. Responsabilidad internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias de la Convención (arts. 1 y 2 Convención Americana de Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-14/94 del 9 de diciembre de 1994, párr. 35; Corte I.D.H. Caso *Cantoral Benavides vs. Perú*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 7 de febrero de 2008, Considerando quinto; y Corte I.D.H. Caso *Caballero Delgado y Santana vs. Colombia*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia, supra nota 1, Considerando quinto.

Por ejemplo, en la conocida intervención de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa sobre el saneamiento de la cuenca del Riachuelo, impuso el seguimiento y generó un sistema de control externo del plan dispuesto (³⁰⁶).

No fomentamos con ello un paralelismo para todo litigio, sino tan solo, advertir la dimensión que tiene la formalización del control de cumplimiento como una garantía específica.

3. El régimen procesal y la ejecución inmediata

Actualmente, la tendencia es permitir que la decisión judicial se cumpla de inmediato, pese a la existencia de recursos que contra ella se puedan articular, con la única condición que de llevarse a cabo la ejecución, ésta pueda ser reversible si la condena se revoca.

En España, la Ley de Enjuiciamiento Civil, establece en los arts. 524 a 537 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 y estado civil y derechos honoríficos, o que sean pronunciamientos que regulen obligaciones y relaciones patrimoniales; o que versen sobre 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 despacha y lleva a cabo, del mismo modo que la ejecución ordinaria, es decir, con la dirección del juez “a quo”. En esta etapa las

³⁰⁶ . El control del Plan de Saneamiento, se conformó con una comisión integrada de la siguiente forma: a) La Auditoría General de la Nación (AGN), hoy a cargo de Leandro Despouy, tendría a su cargo el control financiero y presupuestario del Plan de Saneamiento; b) El juez estaba facultado a pedir explicaciones y respuestas inmediatas a la Autoridad de Cuenca; c) Se estableció la conformación de un Cuerpo Colegiado de Control de la Gestión del Plan de Saneamiento y el funcionamiento de una Autoridad de Cuenca Matanza – Riachuelo (ACUMAR), a cargo de la Defensoría del Pueblo de la Nación y las ONG que participaron en la causa (Asoc. Vecinos de La Boca, CELS, FARN y Greenpeace); d) Atribuye al Juzgado Federal de Primera Instancia con asiento en Quilmes, a cargo del Dr. Luis Armella, el control de todas las tareas de ejecución de la sentencia. Sus decisiones se recurren por vía de recurso extraordinario, ante la Corte Suprema. Asimismo, las resoluciones administrativas que dicta la ACUMAR ser impugnan ante dicho Juzgado Federal.

partes disponen de los mismos derechos y facultades procesales que en la ordinaria respecto al derecho de bilateralidad y contradicción.

Según Pico i Junoy, 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 Constitución española. 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 ⁽³⁰⁷⁾

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.

En nuestro país el sistema es diferente. No vamos a explicar aquí el diseño procesal previsto para la ejecución de sentencias y laudos arbitrales, ni recrear las normas que se ocupan del cumplimiento de las sentencias dictadas en el extranjero. Para ello hacemos remisión al Libro III – Procesos de ejecución, y en particular, a los arts. 499 a 519 *bis* del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

Lo que se quiere destacar, es que la sentencia que no consigue rápida obediencia, desacredita al órgano que la expide, mortifica al justiciable, y deja la peor imagen social que pueda tener el Poder Judicial como institución.

Hay varias formas de superar el escollo, una de ellas es, precisamente, la ejecución provisoria, que atendiendo a la forma como se concede eficacia a las resoluciones judiciales, muestra que la ejecutabilidad puede depender de las facultades del juez (rol discrecional en la admisión), o del impulso previsto en una norma expresa (que, a su vez, puede obrarse a pedido de parte, o de oficio).

a) La ejecución provisional *ope legis* se caracteriza porque esta generalizada en una disposición legal y el órgano jurisdiccional no tiene manera de limitar su procedencia.

³⁰⁷ . Pico I Junoy, Joan, *Las garantías constitucionales del proceso*, Bosch, Barcelona, 1997, p. 165.

Habitualmente, no requiere la constitución de fianzas ni garantías. También es típica en cuestiones donde la modalidad del conflicto impone decisiones urgentes (V.gr.: juicio de alimentos, desalojos, interdictos, amparo, etc.)

b) La ejecución provisional *ope iudicis* se explica cuando el cumplimiento forzado e inmediato lo resuelve el mismo magistrado interviniente, sea de manera discrecional o ajustada a ciertas reglas técnicas que aseguren la prudencia y el equilibrio de la decisión.

c) Entre ambos extremos aparece una modalidad mixta que atenúa las distancias entre la norma y los poderes del juez, pero es menester advertir sobre ciertas inconsistencias del modelo (por el caso, de la Ley de Enjuiciamiento Civil española) y algunas dudas sobre cuando procesar y aplicar uno u otro criterio.

d) La ejecución provisional resuelta de oficio por el juez es excepcional y admite lectura expresa sólo en el sistema francés. En todos los demás modelos, actúa a pedido de parte legitimada.

e) De manera similar a lo dicho en el punto precedente, la ejecución provisoria resuelta en cualquier tiempo es sólo aplicable en el código procesal de Francia, en los restantes existen plazos, términos y condiciones para su admisión y procedencia.

f) Finalmente, la ejecución provisoria puede ser total o parcial, conforme se dirija al cumplimiento absoluto de la parte principal de una sentencia (es decir, a los aspectos materiales, no así los procesales, como costas y honorarios), o a parte de ella.

Nuestro sistema 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*. 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.

4. El cumplimiento por otro

El derecho comparado muestra algunas sutilezas. Los artículos 107 fracción XVI de la Carta Magna y 105 párrafos 4º y 5º de la Ley de amparo, establecen respectivamente que [...]: “Cuando la naturaleza del acto lo permita, la Suprema Corte de Justicia, una vez que hubiera determinado el incumplimiento o repetición del acto reclamado, *podrá disponer de oficio el cumplimiento sustituto de las sentencias de amparo,*

cuando su ejecución afecte gravemente a la sociedad o a terceros en mayor proporción que los beneficios económicos que pudiera obtener el quejoso...”.

La norma del régimen amparista dice [...]: “Cuando la naturaleza del acto lo permita, el Pleno de la Suprema Corte de Justicia, una vez que hubiera determinado el incumplimiento o la repetición del acto reclamado, *podrá disponer de oficio el cumplimiento sustituto de la sentencia de amparo*, cuando su ejecución afecte gravemente a la sociedad o a terceros en mayor proporción que los beneficios económicos que pudiera obtener el quejoso. Una vez que el Pleno determine el cumplimiento sustituto remitirá los autos al juez de distrito o al tribunal de circuito que haya conocido del amparo, para que incidentalmente resuelvan el modo o cuantía de la restitución...”.

Esta regulación da testimonio de un problema antes comentado, como es la dilación o directo incumplimiento de las decisiones judiciales y en particular de las sentencias constitucionales.

En efecto, si el tribunal que juzga no puede respaldar con la ejecución forzada el cumplimiento de sus mandatos, deja evidente su falta de autoridad y el poco respeto del Estado por las instituciones judiciales. El hecho que sea la Suprema Corte quien resuelva sustituir la actividad que el “a quo” no puede llevar a cabo, de alguna manera violenta el principio de conformación del poder jurisdiccional (notio + executio), y politiza la intervención discrecional que el Alto Tribunal asume.

La disposición ha sido objeto de fuertes críticas locales. Espinoza Tirado afirma que [...] en la forma como se regula el modo o cuantía de la restitución, el quejoso protegido por una sentencia de amparo que va a ser cumplida en forma substituta, no tiene derecho para poder exigir el importe real de los daños y perjuicios causados por la responsable incumplida, ya que <...el incidente de daños y perjuicios previsto en el último párrafo del artículo 105 de la Ley de Amparo, en cuanto constituye un procedimiento a través del cual se logra el cumplimiento sustituto de la sentencia, no concede al quejoso más que el derecho a obtener una suma de dinero que corresponda al valor económico de las prestaciones de dar, hacer o no hacer que la sentencia imponga a la responsable o a la autoridad encargada de la ejecución, como si ésta se hubiera realizado puntualmente, sin que incluya conceptos o prestaciones distintas de las comprendidas en la sentencia, como sería el pago de las ganancias lícitas que el quejoso dejó de percibir con motivo del acto reclamado (perjuicios), pues la creación de esta vía incidental no obedeció a la intención legislativa de conferir al quejoso una acción de responsabilidad civil por naturaleza distinta de la acción de

amparo, sino la de permitir a quienes no han podido lograr la ejecución de la sentencia de amparo, acceder a una situación de reparación equiparable a la de quienes han logrado el acatamiento ordinario del fallo, razón por la cual la cuantificación del pago en esta vía debe efectuarse analizando cuidadosamente la naturaleza del acto reclamado y de la prestación debida por la autoridad, ya que en ocasiones no es fácil distinguir entre el valor económico de esta última y el de otras prestaciones, como sería el lucro dejado de obtener, considerando, por ejemplo, que no es lo mismo acatar una sentencia de amparo concedida en contra de un acto de apoderamiento o destrucción de una cosa, en que la prestación debida es la devolución de la cosa o, en vía sustituta, el pago de su valor al momento de ejecutarse el fallo, que cumplir una sentencia que otorga el amparo en contra del cese de un servidor público, en el que la prestación debida es su restitución en el cargo con el pago de los haberes que debió devengar o, en vía sustituta, el pago de tales haberes y de una cantidad adicional que represente el valor económico que para el quejoso ocasiona ser separado del cargo>.

Es decir, no obstante que se trata de una verdadera responsabilidad civil del Estado, el anterior criterio limita la cuantía a pagar al quejoso protegido, argumentando que no tiene la naturaleza de responsabilidad civil [...]. La carga procesal que impone al quejoso el último párrafo del inciso XVI del artículo 107 Constitucional, que ordena que: <...La inactividad procesal o la falta de promoción de parte interesada, en los procedimientos tendientes al cumplimiento de las sentencias de amparo, producirá su caducidad en los términos de la ley reglamentaria...>, es una lápida que hace más penoso su andar por los cauces judiciales y aún con poca esperanza, ya que ¿cómo se podría excitar al tribunal a que haga cumplir una sentencia que posiblemente sea de aquellas que no pueden ejecutarse?
(³⁰⁸)

³⁰⁸ . Espinoza Tirado, Carlos Gerardo, *Cumplimiento sustituto de la sentencia de amparo* ¿otra conjuración?
http://www.debate.iteso.mx/numero04/articulos/cumplimiento.htm#_ftn1.

CAPÍTULO XI

EL PLAZO RAZONABLE

1. Introducción

Establecer en el territorio de las garantías al “plazo razonable” supone consagrar una exigencia destinada a trascender el simple espacio del cómputo del tiempo que insume un litigio judicial. El Estado tiene la obligación de suministrar recursos humanos y económicos para que pueda cumplirse adecuadamente la garantía; los jueces velarán por el avance de los procedimientos, y las partes estarán obligadas a debatir con lealtad y buena fe.

El potencial en el verbo se aplica porque aun no está consolidado el plazo razonable como una parte vital y necesaria del debido proceso; quizás porque se mantiene alguna incertidumbre para el concepto que, como tal, encuentra lecturas contradictorias.

En verdad esto es propio cada vez que se realizan tareas de 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, 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 [...]”

“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 (³⁰⁹).

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.

En esta línea, el voto razonado de Sergio García Ramírez en el caso “*de las Masacres de Ituango*” (29 de Junio de 2006), es claro al admitir que el plazo razonable es un concepto indispensable y arraigado en las condiciones del debido proceso. Es cierto que no es una fórmula

³⁰⁹ . Cipriani, Franco, *Batallas por la justicia civil*, Cultural Cuzco, Lima, 2003, p. 62.

matemática universal y constante que se confronta con las condiciones de tiempo en las que se encuentra el inculpado sujeto a proceso.

En estos casos –dice el ex Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. [...] “valoramos la racionalidad del tiempo transcurrido entre el principio y el final del procedimiento del que derivan restricciones a derechos o que desembocará, en el otro extremo, en goce y ejercicio efectivos de éstos. En esta circunstancia adoptamos, para guiar nuestra apreciación -puesto que no existen, ni podrían existir, ya lo dije, reglas cuantitativas únicas, aplicables a todos los supuestos-, determinados elementos tomados de la experiencia judicial, a los que se ha referido la jurisprudencia europea: complejidad del caso, conducta de las partes, comportamiento de las autoridades, puntos, todos ellos, sujetos a consideración casuística en función de su razonabilidad y pertinencia. Estos criterios se ven naturalmente influidos por las circunstancias en las que cada caso se desenvuelve [...]. He sugerido agregar un dato a la estimación acerca del plazo razonable: la mayor o menor <afectación actual que el procedimiento implica para los derechos y deberes -es decir, la situación jurídica- del individuo>, como manifesté en mi *Voto razonado* sobre el *Caso López Álvarez vs. Honduras*, con sentencia del 1 de febrero del 2006. Estimo procedente asociar este elemento a los otros que generalmente consideramos. En la materia que ahora interesa, es preciso estimar la razonabilidad de un plazo también -pero no exclusivamente- desde la perspectiva del gravamen -desde leve hasta insoportable- que el paso del tiempo impone al sujeto que aguarda la solución al conflicto que le atañe”.

“En fin de cuentas, la razonabilidad del plazo para proveer justicia debe analizarse con referencia al fin que se procura alcanzar y a la mejor manera de obtenerlo, considerando los diversos extremos que implica la administración de justicia en todos los aspectos que debe abarcar a fin de alcanzar la plenitud posible y deseable: declaración, previo esclarecimiento de los hechos; disposición de reparaciones adecuadas en función de las violaciones cometidas y cumplimiento de las decisiones adoptadas, a este fin, por los órganos competentes”.

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 (³¹⁰).

³¹⁰ . Sostiene Cançado Trindade 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

Ahora bien, si el plazo razonable se instala como auténtica garantía, y proyecta desde allí deberes y obligaciones con derechos de reparación cuando la demora sucede, será necesario confrontar de qué manera se ocupan las instituciones del proceso en la reglamentación del tiempo en el proceso.

En este aspecto rige el *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 urgen las actuaciones procesales en períodos que raras veces se consiguen.

Vale decir, que el desatino entre la norma y la realidad es evidente, al punto de convertir 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

derechos del 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 (Voto concurrente en la Opinión Consultiva 16/99 del 1 de octubre de 1999 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos).

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.

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 Trepát- 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 (³¹¹).

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 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.

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 en la perspectiva de la realidad, es decir, midiendo en términos de lentitud o celeridad la eficacia que del servicio judicial se transmite.

La unión de ambos frentes se da con los sujetos del proceso, que en materia penal asume una connotación diferente por el derecho a la libertad y el derecho a la verdad y justicia que la víctima reclama. Las reglas del procedimiento le imponen a todos los sujetos un mecanismo de actuación que, comparadas con el tiempo aplicado para alcanzar conclusiones necesarias para dictar la sentencia, pueden ser auténticas frustraciones de la garantía que se quiere implementar.

³¹¹ . Riba Trepát, Cristina, *La eficacia temporal del proceso. El juicio sin dilaciones indebidas*. Bosch, Barcelona, 1997, ps. 256 y ss.

Si, por ejemplo, una variable para reconocer cuando hay violación del plazo razonable, se mide con la satisfacción oportuna de los legítimos intereses, será evidente la confrontación entre uno y otro sujeto. La tensión entre libertad y seguridad aparece de inmediato, y en este orden el diseño de los procedimientos tiene mucho que ver.

En el recordado caso de las “*Masacres de Ituango*”, el maestro García Ramírez advirtió este problema y sostuvo que [...] “es preciso acotar los extremos dentro de los que corre un plazo, es decir, el tiempo para la solución de asunto sometido a determinadas autoridades: el momento en que comienza y el instante en que concluye, aunque estas definiciones se hagan en términos aproximados y sin perder jamás de vista las circunstancias de cada caso, que dominan las soluciones correspondientes. En este orden reviste gran importancia el régimen procesal prevaleciente, que no es un dato neutro, sino un fenómeno presionante o condicionante”.

“Bajo algunos regímenes de enjuiciamiento, las investigaciones se sustraen a la autoridad judicial y pueden prolongarse apreciablemente mientras el indagador satisface los requerimientos legales para someter el punto al órgano jurisdiccional. En otros, la investigación y el enjuiciamiento corren por diversas etapas, cada una de las cuales posee rasgos e implicaciones característicos, y quedan en manos de distintas autoridades. También puede ocurrir que sea el propio juzgador quien lleve adelante la investigación, a reserva de remitir sus resultados al Ministerio Público o a un juez de diversa competencia para la prosecución, en su caso, del juzgamiento. Todo esto incide en los tiempos de sujeción del individuo a la autoridad que conoce *-lato sensu-* su caso, y por lo tanto en los tiempos de definición de derechos y deberes, que es lo que en definitiva interesa y afecta al individuo, más allá de los tecnicismos procesales”.

Veamos entonces, esta primera etapa del estudio, para observar de qué manera ha propiciado 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 llegada 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.

La rapidez del proceso se fundamenta en el principio de *economía procesal*. Este postulado fue definido por Chiovenda como un criterio utilitario, porque se refiere a dos aspectos que, aunque se encuentran vinculados, no son propiamente principios sino aspectos que inciden en los gastos 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 (³¹²).

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

³¹² . Suele decirse -dice Cipriani- 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 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 (*Potere giudiziale e formalismo del diritto processuale*, en *Rivista Trimestrale di diritto e procedura civile* 1965, pág. 1689): «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» (Cipriani, ob. cit., ps. 66 y ss.).

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

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 situaciones excepcionales, 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 variables. 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 los actos procesales. Si éstos 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 ofrecido 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 aun bajo el pretexto de mejorar o integrarlo con elementos involuntariamente omitidos en la primera ocasión.

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, generalmente destinados a prolongar el proceso o impedir su rápida finalización.

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 Argentina 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 posición 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 en juicio.

3. La celeridad procesal como problema económico

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, ni el acceso a la justicia ni el desarrollo de los procedimientos 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.

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 [...]* (³¹³).

³¹³ . 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" (Voto concurrente del Dr. Cançado Trindade, en Opinión Consultiva 16/99 del 1 de octubre de 1999).

Este es un mensaje implícito para medir la garantía del plazo razonable. La defensa en juicio, así como incluye el derecho a obtener un pronunciamiento rápido dentro de un plazo razonable, pues la dilación injustificada de la solución de los litigios implica que los derechos puedan quedar indefinidamente sin su debida aplicación con grave e irreparable perjuicio de quienes lo invocan, exige que frente a medida de lo posible, las consecuencias que puede generar la razonable espera de una decisión definitiva una intensa verosimilitud en el derecho y un claro peligro en la demora, se consagre dicha garantía constitucional adoptándose las decisiones jurisdiccionales previas y provisionales que atemperen o impidan, en la medida de lo posible, las consecuencias que puede generar la razonable espera de una decisión definitiva.

3.1 Los días y horas hábiles

Uno de los requisitos que vinculan el tiempo con la eficacia de los actos, es que se realicen 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, Código Procesal Civil y Comercial de la Nación Argentina).

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 habiliten 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 (³¹⁴).

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 persigue 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 su posibilidad real de cumplimiento, obligando a anulaciones, aplazos o suspensiones que postergan 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 (³¹⁵).

³¹⁴ . En general, dice Schönke, 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 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 (Schönke., Adolfo, *Derecho Procesal Civil*, Bosch, Barcelona, 1950, p. 125).

³¹⁵ . 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

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.

Observado desde el plano económico, 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.

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

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 (Guasp. Jaime, *La paralización del proceso civil y sus diversas formas*, en “Estudios Jurídicos”, edición al cuidado de Aragonese, Pedro, Cívitas, Madrid, p. 545).

de apelaciones con aprobación de aquélla, o accidentalmente, por los tribunales o jefes de las oficina que lo requieran (³¹⁶).

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 el trabajo amparo en 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.

³¹⁶ . 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 (Palacio, Lino, *Derecho Procesal Civil*, tomo IV, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1977, p. 61).

En períodos vacacionales la norma establece: "*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 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 Trepát 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 funcional de las personas a él adscritas (³¹⁷).

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.

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 largos períodos de vacaciones, que bien

³¹⁷ . Riba Trepát, ob. cit., p. 265.

pueden aplicarse por semanas sin paralizar en ningún momento la actividad judicial.

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 aquéllos 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 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 (³¹⁸).

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

³¹⁸ . Ramos Méndez, Francisco, *El Sistema Procesal Español*, Bosch, Barcelona, 200, p. 283.

funcionarios o empleados, siendo el juez únicamente la custodia formal prevista por el art. 34 inciso 5° en sus distintos apartados, del Código Procesal nacional.

Recién con la sanción de la Ley 25.488 se han previsto 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 2°, párrafo tercero) cuando la sentencia se pronuncie 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 Argentina), ni tiene presente el mensaje de tratados y convenciones sobre Derechos Humanos que reclaman un proceso breve, sencillo y eficaz (³¹⁹).

4. Los Tratados y Convenciones Internacionales

El establecimiento del derecho a ser oído dentro de un plazo razonable, es decir, a no postergar *sine die* la garantía de acceder a los tribunales; y a resolver las diferencias dentro de un tiempo útil y efectivo, vale decir, conservando el interés en llegar a una sentencia justa dirimente del conflicto, aparece consagrado en distintos tratados y convenciones internacionales.

³¹⁹ . Magníficamente resume Riba Trepas 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 (ob. cit., p. 258).

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)*; 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.*

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 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.

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*.

Conseguido, el derecho a tener cumplido el proceso en un plazo razonable se convierte en una garantía concreta, y en derecho exigible sujeto a reparaciones cuando se viola el precepto.

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, sin haber perdido en el recorrido el interés de los justiciables.

Se propicia trabajar los conceptos en armonía, porque de no hacerlo, cualquier infracción al tiempo sería una manifestación supuestamente irrazonable, lo que no es cierto, porque tal derivación supone propiciar una condena al órgano judicial y/o al Estado, ante la simple infracción formal.

Además, la estructura de los procedimientos y la materia con la que se trabaja, no se pueden eludir, en la medida que es muy distinta la prioridad que merece una controversia privada respecto de una crisis constitucional; así como no es lo mismo un robo de gallinas que un lavado de dinero.

4.2 El plazo razonable en la jurisprudencia del 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 precepto.

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 (Dictamen de la Comisión del 15 de octubre de 1996, *in re* Gral. Gallardo, José Francisco) ⁽³²⁰⁾.

³²⁰ . 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.*(Dictamen de la Comisión del 15 de octubre de 1996, *in re* Gral Gallardo, Jose Francisco). 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 N°. 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 (Dictamen de la Comisión del 15 de octubre de 1996, *in re* Gral. Gallardo, José Francisco, Informe 43/96).-

Con respecto a la *conducta de las autoridades judiciales*, la Comisión considera que el comportamiento del tribunal no ha sido diligente, pues en la cause 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 n°. 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 año. *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..."*.

Conviene sintetizar las opiniones e informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 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 (³²¹).

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 han violado los derechos a las garantías y a la protección judicial estipulados en los artículos 8 y 25 de la Convención Americana (Dictamen de la Comisión del 15 de octubre de 1996, *in re* Gral. Gallardo, Jose Francisco, Informe 43/96).

³²¹ . 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

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 dos (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.

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 (³²²).

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 (³²³).

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.

³²² . 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 (Jorge A. Gimenez v. Argentina; dictamen de la Comisión; 1º de marzo de 1996).-

³²³ . *Jorge A. Gimenez v. Argentina*; dictamen de la Comisión; 1 de marzo de 1996

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 una vez vistas y valoradas las circunstancias procesales correspondientes.

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". En esto concuerda también 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 (³²⁴).

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 (³²⁵).

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.

Por eso, la Comisión está plenamente facultada para fallar con respecto a supuestas irregularidades de los procedimientos judiciales

³²⁴ . Dictamen de la Comisión del 13 de abril de 1989, *in re "Firmenich, Mario"*

³²⁵ . *Marzioni v. Estado Argentino*; Conclusión de la Comisión del 15 de octubre de 1996.

internos que den lugar a manifiestas violaciones del debido proceso o de cualquiera de los derechos protegidos por la Convención (³²⁶).

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.

Como se aprecia, no hay pautas directas en la jurisprudencia interamericana, las que sí serán señaladas al considerar el concepto de *dilaciones indebidas* en el proceso penal.

4.3 El plazo razonable en los tratados y convenciones de Europa

A diferencia de Latinoamérica donde es común reunir varias competencias en una misma jurisdicción, en Europa lo civil se distancia de lo administrativo, como difiere de lo constitucional y lo comunitario, por citar solo algunos ejemplos.

La diversidad de ordenamientos genera también un tratamiento singular respecto a las dilaciones que se encuentren en cada mecanismo procesal, por eso se ha dado tanta importancia a lo que ocurre con el proceso penal.

Bien apunta Gimeno Sendra 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

³²⁶ . 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" (*Marzioni v. Estado Argentino*; Conclusión de la Comisión del 15 de octubre de 1996).

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" (³²⁷).

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.*

El tratamiento tiene larga data. Entre ellos el caso “*Wemhoff*” resuelto el 27 de junio de 1968, versa sobre el tiempo de prisión preventiva y su impacto en la extensión misma del procedimiento para la determinación de los hechos punibles. Fue así que la Comisión Europea de Derechos Humanos consultó sobre el alcance de la expresión “razonable”, y desde entonces se forjó la doctrina de los “siete criterios”, de los cuales resultaría la razonabilidad o no del plazo; los primeros tres relativos a la detención provisional y los últimos cuatro referidos específicamente al plazo razonable. De estos criterios nos ocupamos más adelante.

En el caso “*Neumeister*” del 27 de junio de 1968, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos desecha aplicar esta doctrina, reiterando la oposición que había anticipado; así hasta llegar al caso “*Stögmüller*” del 10 de noviembre de 1969, que ratifica la imposibilidad de traducir cuál es el tiempo del plazo razonable.

Tiempo después se pronuncia en resonadas causas, como los casos *König* del 28 de Junio de 1978 (Serie A n° 27), *Buchholz* del 6 de mayo de 1981 (Seria A n° 42), *Zimmermann y Steiner* del 13 de Julio de 1983 (Seria A n° 66), *Baraona* del 8 de Julio de 1987 (Seria A n° 122), donde comienza a elaborar una teoría sobre las dilaciones indebidas.

³²⁷ . Gimeno Sendra, Vicente, *Constitución y Proceso*, Cívitas, Madrid, 1988, p. 144.

El caso *König* (³²⁸) 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 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.

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,

³²⁸ . 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.

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"⁽³²⁹⁾.

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⁽³³⁰⁾). 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.

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

³²⁹ . Ob. cit., p. 144.

³³⁰ . 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.

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 la 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.

4.4 El plazo razonable en la interpretación de la Corte Suprema de Justicia de la Nación

Es verdad que la noción de plazo razonable es novedosa, lo cual no obsta a encontrarla presente en las Convenciones y Tratados que se han referido, los que permanecieron ocultos o solapados como simples programas de acción, hasta el resurgir de la democracia en las últimas décadas del siglo XX.

No obstante, la Corte federal Argentina se refirió a ella al fallar la causa "*Mattei*" el 29 de noviembre de 1968 ⁽³³¹⁾, cuando considera el impacto del tiempo en el derecho de defensa en juicio.

En aquella se había resuelto una nulidad procesal que obligaba a retrotraer el expediente a la etapa instructoria. La anulación de todo lo hecho llevó a sostener que la seguridad jurídica y la necesidad de una administración de justicia rápida, dentro de lo razonable, imponían la vigencia de los principios de progresividad y preclusión procesales, conforme a los cuales, un proceso sólo podía ser retrogradado a etapas anteriores cuando sus actos previos no hubieran sido válidamente realizados.

Elabora aquí la teoría del "paralelogramo de las nulidades" después ampliada en la causa "*Frades*" ⁽³³²⁾, donde concreta el principio de preclusión de los actos regulares siempre que se hubieran cumplido las formas sustanciales del juicio.

En 1976 la Corte resuelve en "*Villada de García*" ⁽³³³⁾ [...]: "si la investigación de los delitos presuntamente cometidos se ha desarrollado en forma morosa, no parece solución acorde con un correcto y eficiente servicio de justicia, dictar un sobreseimiento definitivo en la causa, sino por el contrario, es menester tomar las medidas conducentes para acelerar los trámites y llegar así a determinar con certeza la verdad".

³³¹ . Fallos, 272:188.

³³² . Fallos, 312:2434.

³³³ . Fallos 294:131, del 26 de febrero de 1976.

No se relaciona estrictamente con el tema, pero puede observarse como se decide continuar hasta el final, pese a las demoras del sumario de investigación, con el fin de dar mayor seguridad al imputado.

En cambio en el caso “*Pileckas*” del 12 de mayo de 1977 (³³⁴), vuelve los pasos sobre la doctrina de “*Mattei*”, y declara como derecho constitucional implícito en el derecho de defensa, el deber de resolver la situación del imputado tan rápido como sea posible. Poco tiempo después, el 7 de julio de 1977 decide en la causa “*Klosowsky*” evitar que una nulidad del proceso pueda incidir en la duración del proceso, repitiendo el derecho a ser juzgado en forma rápida. Lo mismo reitera en “*Mozzatti*” del 17 de octubre de 1978 (³³⁵), que llevaba más de veinticinco (25) años de tramitación.

En esta senda, por vez primera el Alto Tribunal acepta que la duración excesiva representa por sí mismo, una pena para los acusados, expresándolo en los siguientes términos [...]: “Las personas sometidas a este proceso, además de haber estado detenidas por distintos lapsos, durante todo el resto de la sustanciación vieron indiscutiblemente restringida su libertad con las condiciones impuestas por la excarcelación. Y eso durante un término de prolongación insólita y desmesurada. Semejante situación es equiparable, sin duda, a una verdadera pena que no dinama de una sentencia condenatoria firme, y se sustenta sólo en una prueba semiplena de autoría y culpabilidad.

“Con ella, se hace padecer física y moralmente al individuo, no porque haya delinquido, sino para saber si ha delinquido o no, lo cual es contrario al principio que este tribunal ha enunciado en *Fallos* 272:188 de que la garantía constitucional de la defensa en juicio incluye el derecho de todo imputado a obtener un pronunciamiento que, definiendo su posición frente a la ley y a la sociedad, ponga término del modo más breve, a la situación de incertidumbre y restricción de la libertad que comporta el enjuiciamiento penal”(³³⁶).

Años después, todavía en períodos no democráticos, el Alto Tribunal se pronuncia analizando la conducta del encartado en el proceso penal,

³³⁴ . Fallos, 297:486

³³⁵ . Fallos, 300:1102.

³³⁶ . Cfr. Basile, Luciana Glenda y Diez Azconegui, María Belén, *Plazo razonable de duración del proceso penal*, passim (cfr. <http://www.espaciosjuridicos.com.ar>).

resolviendo que no correspondía seguir la doctrina de “Mattei” por el abuso de recursos interpuestos por la defensa ⁽³³⁷⁾.

En suma, “*Mattei*” ha sido la causa testigo que hizo punta de lanza y argumento central para analizar otras cuestiones tangenciales. Así, entre muchos otros, dice en “*Casiraghi*” ⁽³³⁸⁾ que las nulidades que pueden revertir el proceso son únicamente las trascendentes; y en “*Bolo*” ⁽³³⁹⁾ argumenta que el imputado debe conservar cierta tolerancia con las vicisitudes normales del proceso penal.

En el Caso “*Cardozo*” del 9 de enero de 1987, la Corte –dicen Basile y Diez Azconegui [...] “señaló que del derecho a un pronunciamiento judicial rápido <se derivaba una expectativa razonable a contar con alguna vía idónea para hacerlo valer, para impulsar el proceso>. Así, reconoció la necesidad de establecer un instrumento para hacerlo valer con el fin de terminar con la excesiva duración del proceso o de la prisión preventiva. Lo cual significó reconocer también que ambas instituciones pueden trabajar como pena anticipada y que, llegada su duración a un punto, los daños son definitivos y la revisión de su subsistencia no puede ser demorada, habilitándose de esta manera la revisión judicial anticipada del proceso” ⁽³⁴⁰⁾.

Con mayor dedicación se ocupa de establecer cuál es el tiempo razonable de la prisión preventiva en el famoso caso “*Firmenich*” ⁽³⁴¹⁾ tomando esta vez explicaciones de algunos fallos del sistema interamericano que trabajan sobre la imposibilidad de traducir en un número fijo de días, semanas, meses o años, sino para analizar la razonabilidad del tiempo de privación de la libertad con las circunstancias del caso, la gravedad del hecho, sus características, y las condiciones personales del imputado.

Lo mismo sucede con la causa “*Villalba*” del 1 de enero de 1988⁽³⁴²⁾, que la Corte decide asumir competencia positiva resolviendo para evitar que el reenvío provoque mayores dilaciones; o la causa “*Borthagaray*” del 14 de noviembre de 1989, que sigue el mismo sentido.

³³⁷ . Caso “*Berel Todres*” del 11 de noviembre de 1980, Fallos, 302:1333.

³³⁸ . Fallos, 306:1705 del 22 de noviembre de 1984.

³³⁹ . Fallos, 307:1030.

³⁴⁰ . Ob. cit., passim

³⁴¹ . Fallos, 310:1476.

³⁴² . Fallos, 311:2005.

Avanzado el tiempo, un recordado voto del ministro Bossert relacionó el problema con las decisiones del sistema interamericano, pretendiendo eludir los inconvenientes de no poder establecer la duración razonable de un tiempo para el proceso. El caso “*Estévez*” del 3 de octubre de 1997 (³⁴³) llevó a sostener que [...] “La ley 24.390 al fijar el ‘plazo razonable’ para que toda persona sea juzgada o puesta en libertad en un lapso de dos años, ha incorporado expresamente un principio general sólo sometido al transcurso del mencionado plazo y supeditado -sin remisión explícita a otras normas- a las condiciones fijadas en el ámbito de la misma ley.

Después se ha insistido con una fórmula corriente: “Tanto el principio de progresividad como el de preclusión reconocen su fundamento en motivos de seguridad jurídica y en la necesidad de lograr una administración de justicia rápida dentro de lo razonable, evitándose de ese modo que los procesos se prolonguen indefinidamente”.

Esta es la línea consolidada, sin embargo, queda en el tapete y para ser desarrollado un problema subsiguiente: ¿de quién es la obligación de establecer el tiempo razonable para el proceso? ¿del legislador? O ¿del juez?

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 el derecho al plazo razonable. Esta es una garantía que supera el espacio que le corresponde al derecho de petición (art. 14, CN) y a ser oído (art. 18, CN), pues se explana en la dimensión más amplia que ofrece el art. 43 cuando 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*.

En suma, el resultado de un proceso, sea para otorgar una satisfacción jurídica a las partes, ó, 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

³⁴³ . Fallos, 320:2105.

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.

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: *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 (³⁴⁴).

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.

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

³⁴⁴ . En el art. 6.1 del Convenio de Roma, 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 (cfr. Riba Trepat, ob. cit., p. 263).

del asunto; entre muchas otras variables que obligan a dar pautas, antes que condiciones de tiempo preciso.

No es posible establecer una regla temporal como se ha establecido en el proceso penal con el criterio de orientación del 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 (³⁴⁵).

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.

³⁴⁵ . 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.

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 (Albanese, Susana, *Garantías Judiciales*, Ediar, Buenos Aires, 2000, p. 145).

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 (³⁴⁶)

5.2 *Proceso sencillo y eficaz*

La *sencillez* y la *eficacia* completan el cuadro del modelo a instrumentar para un proceso que se adapta a la rapidez exigida al comienzo. 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.

Procedimiento sencillo también puede ser aquél que resume las actuaciones procesales en etapas bien delimitadas en sus posibilidades de tiempo y actuación efectiva. El proceso por audiencias que propicia el "Código Modelo Tipo para Iberoamérica" (aprobado en Río de Janeiro - Brasil/1988- por el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal) es un modelo interesante y responsable con la concentración de los actos y la depuración del objeto a resolver.

Sin embargo, 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

³⁴⁶ . 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) (Pico I Junoy, Joan, *Las garantías constitucionales del proceso*, Bosch, Barcelona, 1997, ps. 118 y ss.)

Cabildo; las formas complicadas de los interrogatorios al testigo que deben prepararse 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.).

Finalmente la *eficacia* es un concepto pragmático. Se mide con resultados. Con esta vara el plazo razonable sería aquél con el que las partes se muestren conformes, pero es obvio que tal criterio es dubitativo y perverso. 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.

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.

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 (³⁴⁷).

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

³⁴⁷ . Vallespín Pérez, David, *El modelo constitucional de juicio justo en el ámbito del proceso civil*, Atelier, Barcelona, 2002, ps. 12 y ss.

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 hace 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 (³⁴⁸).

Con este marco, las dilaciones indebidas tienen un esquema predispuesto en forma *general* donde se requiere analizar: a) la complejidad del caso; b) la conducta de las partes, y c) el comportamiento de la autoridad judicial; y un cuadro *especial* de consideraciones que se conocen como los "siete criterios" para deducir si hay dilaciones indebidas en el proceso penal (³⁴⁹).

³⁴⁸ . 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" (TC, sentencia del 14 de Julio de 1981).

³⁴⁹ . En el caso *Suarez Rosero*, la Corte Interamericana de Derechos Humanos 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 (cf. *Cour eur. D.H., arrêt Guincho du 10 juillet 1984, série A n° 81*, párr. 29) y que, particularmente en materia penal, dicho plazo debe comprender todo el procedimiento, incluyendo los recursos

7. 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 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 (³⁵⁰).

Por tanto, en la definición del instituto es necesario realizar dos etapas. En la primera se tiene que resolver que significa un 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.

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) la complejidad del asunto, b) la actividad procesal del interesado y c) la conducta de las autoridades judiciales (cf. *Caso Genie Lacayo*, Sentencia de 29 de enero de 1997. Serie C No. 30, párr 77; y *Eur. Court H.R., Motta judgment of 19 February 1991, Series A No. 195-A*, párr. 30; *Eur. Court H.R., Ruiz Mateos v. Spain Judgment of 23 June 1993, Series A No. 262*, párr. 30).

³⁵⁰ . Ob cit., p. 120.

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 (³⁵¹).

Por su parte, la individualización de acciones constitutivas de la demora irracional del proceso, las podemos resumir en los ya anticipados siete criterios, que se clasifican de acuerdo con lo que resulta de la causa como expediente judicial sometido a un trámite de alguna manera burocrático; y de la conducta del imputado y su representación letrada.

Los primeros son:

- *Duración de la detención en sí misma (1)*

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, sostiene que la opinión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos deben servir de guía para la interpretación de los preceptos de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (cfr. "*Girolodi, Horacio D.*", 1995/07/04, La Ley, 1995-D, 462); y en tal sentido en la causa "*Bramajo, Hernán J.*" (1996/09/12, La Ley, 1996-E, 409, con nota de Francisco Javier Posse), 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

³⁵¹ . Riba Trepas 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 (ob. cit., p. 268).

voto en disidencia de los doctores Petracchi y Boggiano (CS, 1998/03/16, "*Kipperband, Benjamín*", La Ley, 2000-B, 831 [42.449-S]).

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). 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) ⁽³⁵²⁾

El análisis del tiempo de detención preventiva, llevó a tener que estudiar si existe un plazo máximo de prisión para los procesados aún no

³⁵² . 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 (del dictamen del Procurador Fiscal que la Corte hace suyo) (CS, 2000/03/14, La Ley, 2000-D, 394).

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, 1997/03/04, "*Iglesias, María M.*", La Ley, 1998-F, 883 [41.088-S]).

condenados, circunstancia que se articula con la excarcelación del inculgado frente al delito que se le imputa (³⁵³).

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 (³⁵⁴).

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

³⁵³ . En la causa "*Fasciutto, Julián*" resuelta por la C.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 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).

³⁵⁴ . Esta es la lectura que hace el *Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos* (1996/03/01, Informe 12/96, caso 11.245: Argentina, La Ley, 1998-D, 628), 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.

que debe fundamentarse en la sana crítica del juez, quien llega a una decisión utilizando los criterios que establece la ley.

- *Naturaleza del delito y la pena que tiene señalada (2)*

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 (³⁵⁵).

³⁵⁵ . 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 (del voto en disidencia del doctor Rudi) (C.Fed. San Martín, Sala II, 1994/12/16, "F., C. G.", ED, 161-579). 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 (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).

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 (CNCrim. y Correc., Sala VII, 1998/03/12, "Restivo, Jorge O.", La Ley, 1998-E, 685).

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 Bucholz, 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 *Neumeister*, 1968/06/27); de la iniciación de incidentes preliminares contra el presunto acusado (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), entre otros momentos a tener en consideración (ob. cit., p. 166).

- *Efectos personales sobre el detenido de orden material, moral u otros (3)*

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⁽³⁵⁶⁾.

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⁽³⁵⁷⁾.

- *Dificultades de la instrucción del proceso (4)*

En estos casos se trata de equilibrar la complejidad de la instrucción sumarial con el tiempo de la detención preventiva.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 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

³⁵⁶ . Fallos, 272:188, "*caso Mattei*".

³⁵⁷ . Riba Trepas 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 (ob. cit., ps. 176 y ss.).

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" (CIDH, 1997/3/11, Informe 2/97) (³⁵⁸).

³⁵⁸ . La Corte nacional por su parte, admite 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- (del dictamen del Procurador Fiscal que la Corte hace suyo) (CS, 2000/03/14, "*Sánchez Reisse, Leandro y otros*", La Ley, 2000-D, 394).

En la causa se observó que las circunstancias habían dado lugar a complicados trámites de extradición que no fueron ajenas al imputado, incidiendo directamente en la demorada tramitación del proceso, por lo cual no correspondía atribuir los retardos sufridos exclusivamente a los tribunales a los fines de evaluar el plazo de detención razonable previsto en la ley 24.390 (del dictamen del Procurador Fiscal que la Corte hace suyo) (CS, 2000/03/14, causa antes citada).

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).

También se sostiene que, el legislador en el inc. 6º del art. 379 mencionado ha entendido que los procesos deben tener un plazo razonable de duración, pero ello debe guardar correspondencia con la factibilidad de sustanciación futura de la causa, lo que no se da cuando el expediente ha sido destruido o extraviado, por lo que corresponde la excarcelación del encausado (CNCrim. y Correc., Sala II, 1990/04/04, "*Valenzuela, Gustavo E.*", La Ley, 1990-D, 530).

- *La actitud de la autoridad judicial en el trámite del expediente (5)*

También la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en el informe 12/96, había sostenido que la detención preventiva representa la privación de la libertad de una persona que todavía goza de la presunción de inocencia, por ello 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 la libertad condicional de un acusado pueda convertirse en un riesgo significativo.

Afirmó, además, que se viola la norma del art. 7º.5 de la Convención Americana de Derechos Humanos, relativa al derecho a la libertad personal de los procesados, cuando éstos fueron retenidos en prisión preventiva más allá de un plazo razonable, y el Estado no empleó la debida diligencia en los procedimientos respectivos (Informe 2/97, 1997/03/11, La Ley, 1998-D, 683).

De ambos conceptos, se reconoce la imposibilidad de traducir el concepto "plazo razonable" utilizado por el art. 7º inc. 5º 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 circunstancias; como que en varias oportunidades el legajo haya necesitado el pronunciamiento del tribunal de alzada (³⁵⁹).

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 (³⁶⁰).

³⁵⁹ . CNCrim. y Correc., Sala IV, 1997/08/05, "*Kipperband, Benjamín*", La Ley, 1999A, 493 (41.208S)

³⁶⁰ . 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 (1996/03/01, *Informe 12/96*, caso 11.245: Argentina, La Ley, 1998-D, 628).

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

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 asumida en el trámite, sino de advertir que el deber de respuesta judicial oportuna se desvirtúa por la inacción *in tempore* ⁽³⁶¹⁾

- *La actuación de estas autoridades durante todo el procedimiento* (6)

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.

De todo ello surge que 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 mismo enjuiciamiento (supuestos de arresto, instrucción preliminar, averiguación previa, etc.) y se confronta con la duración del procedimiento.

El informe de la Comisión Interamericana sobre Argentina, expuso claramente que, la detención preventiva representa la privación de la libertad de una persona que todavía goza de la presunción de inocencia por ello, 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 la libertad condicional de un acusado pueda llegar a convertirse en un riesgo significativo ⁽³⁶²⁾.

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, 1998/09/25, "*Fridman, Salomón*", La Ley, 1999C, 266).

³⁶¹ 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 Trepas, ob. cit., ps. 164 y ss.).

³⁶² . 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

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 (³⁶³).

- *Conducta del acusado (7)*

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

social (1996/03/01, *Informe 12/96*, caso 11.245: Argentina, La Ley, 1998-D, 628). Agregó, también que [...] 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.

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 Convención América de Derechos Humanos-, 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 requisita invasiva del cuerpo.

³⁶³ . 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 Trepas, 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 (ob. cit., p. 276).

encontrar dilaciones indebidas en el proceso. 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.

La razonabilidad del principio 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 petitionar 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⁽³⁶⁴⁾.

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.

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

³⁶⁴ . Del voto en disidencia del doctor Gómez (CNCrim. y Correc., Sala III, 1980/11/21, "*Castellanos, Luis M. R.*", JA, 981-II-140). Con el art. 379 del Código de Procedimientos Penal, texto según ley 23.050, se introduce un nuevo régimen dirigido a liberalizar el instituto de la eximición de prisión y de la excarcelación, estableciendo como límite para su procedencia, -en los casos en que la pena a aplicar supere los ocho años-, que de acuerdo a las circunstancias del hecho y las características personales del procesado, pudiera corresponder condena de ejecución condicional.

Pero, necesario es concluir que tal factibilidad debe ser apreciada desde la óptica de los arts. 26 y 27 del Código Penal (del voto del doctor Roldán) (CNPenal Económico, Sala III, 1984/09/13, "*M., R. M.*", La Ley, 1985-C, 127 - ED, 112-317).

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 ⁽³⁶⁵⁾

8. Autonomía de la garantía

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.

³⁶⁵ . 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 Trepát-, 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 (ob. cit., ps. 177 y ss.)

La conexión parece obvia pero no lo es tanto cuando se trata de perseguir la rapidez como un objetivo para todo 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 reglas de medición ni es conveniente que las tenga, sí encuentra parámetros con 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 violar la garantía 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 abyecciones solemnes, 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 se preservar el derecho a la protección judicial efectiva.

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*. Simultáneamente, 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 (³⁶⁶). 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, en las sociedades justas la categoría dominante es la de los deberes, no la de los derechos (³⁶⁷).

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 (³⁶⁸)

³⁶⁶ . Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil*, Trotta (4ª ed.), Madrid, 2002, p. 36.

³⁶⁷ . *Ibidem*, p. 37.

³⁶⁸ . 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 apunta 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 (Diez Picazo, Ignacio, *Poder Judicial y responsabilidad*, La Ley, Madrid, 1990, p. 87; cfr. Vallespín Pérez, *ob. cit.*, p. 90).

8.1 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 pesquisa. Así, por medio de la acordada 26/97, se dispone la creación de la secretaría especial para la sustanciación de dicha causa (³⁶⁹).

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 (³⁷⁰).

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

³⁶⁹ . CS, *Embajada de Israel*, 12.08.1997, La Ley, 1997-E, 98 - DJ, 1997-3-306.

³⁷⁰ . 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 (CS, *Lona, Ricardo*, 05.07.1979, La Ley, 1979-C, 466 - Fallos, 301-1242).

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 (³⁷¹).

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 (³⁷²).

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).

³⁷¹ . CNCiv., Sala A, *Ceriani, Benjamín V. c. Municipalidad de Buenos Aires*, 27.05.1996. La Ley, 1997-F, 942 (39.999-S).

³⁷² . CNPenal Económico, Sala A, *García, Gustavo A.*, 30.05.1997, La Ley, 1997-E, 422 - DJ, 1997-3-928). Asimismo, 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, *Rosa, Carlos A. c. Ministerio de Justicia y otro*, 02.05.1997, La Ley, 1998-B, 561).

8.2 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 5°, CPCC).

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.

8.3 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 (v.gr.: juicios de amparo promovidos en Argentina a consecuencia de las medidas económicas dispuestas a fines del año 2.001).

El primer supuesto tiene consideración jurisprudencial en el caso “*Mattei*”⁽³⁷³⁾ 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⁽³⁷⁴⁾.

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

³⁷³ . Fallos, 287:248.

³⁷⁴ . 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, *Kipperband, Benjamín*, 16.03.1998, La Ley, 2000-B, 831 [42.449-S]).

En el caso “*Cantos*”, la Corte Interamericana afirmó al analizar la conducta de las autoridades competentes, que no era un plazo razonable los 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.

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 exculpatario ⁽³⁷⁵⁾.

8.4 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.

³⁷⁵ . Ob. cit., p. 143.

De este modo, en lugar de pagar una indemnización que sustituye el dolor a cambio de una suma de dinero, aparece la denominada tutela inhibitoria 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 garantizar 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 la 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 (³⁷⁶).

³⁷⁶ . 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 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 (cfr. Vallespín Pérez, ob. cit., ps. 118 y ss.).

9. 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 (³⁷⁷)

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.

10. Pautas generales para definir el 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 precisión conceptual, o quizás, porqué no también, el mensaje implícito de impedir bloqueos lingüísticos donde se necesita libertad y criterios amplios.

³⁷⁷ . 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, *in re "Gral. Gallardo, José Francisco"*).

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.

Empero es válido tener un estándar 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 (³⁷⁸).

³⁷⁸ . 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, “*Destri, Humberto M. c. Zatti, Luis A. y otros*”, 18.11.1992, Fallos, 304-1663).

La nulidad que contempla el art. 167 apart. 3° 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, “*Tavella y Cía. S. A. s/ quiebra s/ inc. de rev. por: Banco Español del Río de la Plata*”, 29.02.1996, 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 Apelaciones a quienes el recurrente denuncia por haber dictado sentencia vencido el

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 prescrita. 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.

El XXII Congreso Nacional de Derecho Procesal, celebrado en la ciudad de Paraná (Entre Ríos-Argentina) desde el 12 de Junio de 2003, polemizó en esta línea de aceptar o no, reglas temporales que orienten o adviertan cuando el proceso torna su tiempo en irrazonable.

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.

Es decir, la primera trinchera contra el retardo injustificado es el proceso mismo. Sólo cuando han fallado estas armas y se ha producido un

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, “*Berardi de Berardo, Adela c. Acre, María R.*”, 18.11.1982, La Ley, 1983-C, 600 (36.405-S).

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.

11. El procedimiento indemnizatorio en caso de violación a la garantía del *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.

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. Otra cosa es que, si la Administración es condenada a indemnizar, ésta ejerza la acción de repetición contra el juez o Magistrado que -con dolo o culpa grave- causó la lesión.

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 (³⁷⁹).

En Europa donde el sistema se ha afinado, se establece un sistema por audiencias donde cabe lugar principal al encuentro de conciliación (³⁸⁰).

³⁷⁹ . 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).

³⁸⁰ . 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

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

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.

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 rituarial). 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.

11.1 ¿Quién tiene derecho al resarcimiento?

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”.

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 Código Procesal federal).

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 la garantía 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 (³⁸¹).

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

³⁸¹ . 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.

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 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, párrafo 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:

☞ 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.

Ⓔ 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.

Ⓜ 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.

11.2 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 establecida en el art. 1112 del Código Civil; 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.

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).

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.

11.3 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 (³⁸²).

³⁸² . Un buen ejemplo de la influencia que tienen las recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en esta faceta de análisis sobre el 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

12. 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.

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.

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 (³⁸³).

³⁸³ . 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 auditoría realizada en el 2001 por el servicio de auditoría 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

JURISPRUDENCIA

*** Corte Suprema de Justicia de la Nación * Rodríguez, Jorge Oscar c/Estado Nacional (Ministerio del Interior - Policía Federal Argentina) * 06/05/2008.**

- Si la cámara confirmó la decisión que se basó en otros hechos que guardaban relación directa con un trámite administrativo referido estrictamente a un reclamo salarial desestimado, iniciado por otro agente, de menor rango, homónimo, corresponde concluir que el a quo no ha fallado el pleito, circunstancia que, si se tornase permanente, afectaría en forma directa uno de los componentes centrales del derecho de defensa en juicio, cual es el derecho a un pronunciamiento judicial que, dentro de un plazo razonable, ponga fin al pleito y determine el alcance de los intereses comprometidos (Voto de la Dra. Carmen M. Argibay).

*** Corte Suprema de Justicia de la Nación * Corporación de productores del Nordeste Argentino S. A s/competencia por vía de inhibitoria. 08/04/2008**

- Si desde el momento en que el accionado planteó la cuestión de competencia hasta que el magistrado inhibiente decidió sustanciarla, transcurrió con exceso el plazo razonable dentro del cual debió resolverla, afecta las garantías del debido proceso y de defensa en juicio (art. 18 de la Constitución Nacional), máxime cuando el propio demandado peticionó en forma reiterada y con anterioridad a la referida decisión, que se resolviera su trámite de inhibitoria.

*** Corte Suprema de Justicia de la Nación * Banco Cetelem Argentina S.A. c/Director Nacional de Comercio Interior -disp. 174/05- *26/02/2008.**

- Que la cuestión traída a conocimiento de esta Corte suscita cuestión federal suficiente para su tratamiento por la vía del art. 14 de ley 48, toda vez que los

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).

jueces de la causa han omitido dictar sentencia sobre la pretensión incoada por el recurrente por vía del recurso de apelación previsto en el art. 45 de la ley 24.240, circunstancia que, de tornarse permanente, afectaría en forma directa uno de los componentes centrales del derecho de defensa en juicio, cual es el derecho a un pronunciamiento judicial que, dentro de un plazo razonable, ponga fin al pleito y determine el alcance de los intereses controvertidos (Del voto de la Dra. Carmen M. Argibay).

*** Corte Suprema de Justicia de la Nación * Estado Nacional (Estado Mayor General del Ejército) c/Mendoza, Provincia de s/acción declarativa de inconstitucionalidad * 27/03/2007 * Fallos, 330:1261.**

- La garantía de la defensa en juicio, así como incluye el derecho a obtener un pronunciamiento rápido dentro de un plazo razonable, pues la dilación injustificada de la solución de los litigios implica que los derechos puedan quedar indefinidamente sin su debida aplicación con grave e irreparable perjuicio de quienes lo invocan, exige que frente a una intensa verosimilitud en el derecho y un claro peligro en la demora, se consagre dicha garantía constitucional adoptándose las decisiones jurisdiccionales previas y provisionales que atemperen o impidan, en la medida de lo posible, las consecuencias que puede generar la razonable espera de una decisión definitiva.

*** Corte Suprema de Justicia de la Nación * Tejerina, Romina Anahí s/homicidio calificado - San Pedro -causa N° 3897/05 * 07/11/2006 * Fallos, 329:4931.**

- 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 de la solución de los litigios implica que los derechos puedan quedar indefinidamente sin su debida aplicación, con grave e injustificado perjuicio de quienes los invocan. -Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema-

*** Corte Suprema de Justicia de la Nación * R., M. A. s/ retardo de justicia en autos: "R., M. A. c/ OSECAC y otros s/ responsabilidad médica" * 20/12/2005 * Fallos, 328:4615.**

- La garantía constitucional de la defensa en juicio incluye el derecho a obtener un pronunciamiento rápido dentro de un plazo razonable.

*** Corte Suprema de Justicia de la Nación * Anderle, José Carlos c/ ANSeS s/ reajustes por movilidad s/ su presentación por retardo de justicia de la Excma. Cámara Federal de Apelaciones de la Seguridad Social Sala III * 14/06/2001 * Fallos, 324:1944.**

- 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 de la solución de los litigios implica que los derechos puedan

quedar indefinidamente sin su debida aplicación con grave e irreparable perjuicio de quienes lo invocan.

*** Corte Suprema de Justicia de la Nación * Alonso, Armando c/ ANSeS s/ dependientes: otras prestaciones * 20/04/1999 * Fallos, 322:663**

- La garantía constitucional de la defensa en juicio incluye el derecho a obtener un pronunciamiento rápido dentro de un plazo razonable.

*** Corte Suprema de Justicia de la Nación * Vanney, Eduardo Jorge c/ Huarte SACIF. y C. * 14/10/1997 * Fallos, 320:2193.**

- La garantía constitucional de la defensa en juicio supone elementalmente tanto la posibilidad de ocurrir ante algún órgano jurisdiccional en procura de justicia - la que no debe ser frustrada por consideraciones de orden procesal o de hecho -, como la de obtener un pronunciamiento rápido, dentro de lo razonable (Disidencia de

*** Corte Suprema de Justicia de la Nación * Barry, María Elena c/ ANSES. s/ reajustes por movilidad * 10/10/1996 * Fallos, 319:2151.**

- La garantía constitucional de la defensa en juicio y el debido proceso no se agota en el cumplimiento formal de los trámites previstos en las leyes adjetivas sino que se extiende a la necesidad de obtener una rápida y eficaz decisión judicial que ponga fin a los conflictos y situaciones de incertidumbre, evitando, dentro de los límites de lo razonable y conforme a las circunstancias de cada caso, una dispendiosa y eventualmente inútil actividad jurisdiccional; así lo exige, por lo demás, el propósito de "afianzar la justicia" enunciado en el preámbulo de la Constitución Nacional.

*** Corte Suprema de Justicia de la Nación * Hussar, Otto c/ ANSeS s/ reajustes por movilidad * 10/10/1996 * Fallos, 319:2215.**

- La garantía constitucional de la defensa en juicio y el debido proceso no se agota en el cumplimiento formal de los trámites previstos en las leyes adjetivas, sino que se extiende a la necesidad de obtener una rápida y eficaz decisión judicial que ponga fin a los conflictos y situaciones de incertidumbre, evitando, dentro de los límites de lo razonable y conforme a las circunstancias de cada caso, una dispendiosa y eventualmente inútil actividad jurisdiccional; así lo exige, por lo demás, el propósito de "afianzar la justicia" enunciado en el preámbulo de la Constitución Nacional.

*** Corte Suprema de Justicia de la Nación * Manauta, Juan José y otros c/ Embajada de la Federación Rusa s/ daños y perjuicios * 22/12/1994 * Fallos, 317:1880.**

- La defensa en juicio y el debido proceso no se agotan en el cumplimiento formal de los trámites previstos en las leyes adjetivas, sino que se extienden a la

necesidad de obtener una rápida y eficaz decisión judicial que ponga fin a los conflictos y situaciones de incertidumbre, evitando, dentro de los límites de lo razonable y conforme a las circunstancias de cada caso, una dispendiosa y eventualmente inútil actividad jurisdiccional. Así lo exige, por lo demás, el propósito de "afianzar la justicia" enunciado en el Preámbulo de la Constitución

*** Corte Suprema de Justicia de la Nación * Superintendencia Judicial Tribunal Oral N° 7 s/ avocación * 18/05/1994 * Fallos, 317:509.**

- La garantía de la defensa en juicio contempla la necesidad del interesado de obtener una rápida y eficaz decisión judicial que ponga fin a los conflictos y situaciones de incertidumbre y evite, dentro de los límites de lo razonable y conforme a las circunstancias de cada caso, una dispendiosa y eventualmente inútil actividad jurisdiccional, exigencia del propósito de "afianzar la justicia" enunciado en el preámbulo de la Constitución (Voto del Dr. Julio S. Nazareno).

*** Corte Suprema de Justicia de la Nación * Administración Nacional de Aduanas s/ denuncia contrabando * 28/09/1993 * Fallos, 316:2063.**

- Debe dejarse sin efecto el pronunciamiento de cámara que - al revocar un sobreseimiento definitivo por entender que era absolutamente improcedente en orden a calificaciones legales - importa ignorar el alcance de que la garantía constitucional de la defensa en juicio incluye el derecho a obtener un pronunciamiento rápido, dentro de lo razonable, circunstancia que no se cumple en el caso, que lleva 12 años de trámite y en el que ni las partes ni el tribunal de segunda instancia solicitaron o propusieron medida procesal alguna.

*** Corte Suprema de Justicia de la Nación * Compañía Arenera del Río Luján SA. c/ De Castro, Francisco y otros s/ indemnización * 01/09/1992 * Fallos, 315:1779.**

- La garantía constitucional de la defensa en juicio y el debido proceso no se agota en el cumplimiento formal de los trámites previstos en las leyes adjetivas, sino que se extiende a la necesidad de obtener una rápida y eficaz decisión judicial que ponga fin a los conflictos y situaciones de incertidumbre, evitando, dentro de los límites de lo razonable y conforme a las circunstancias de cada caso, una dispendiosa y eventualmente inútil actividad jurisdiccional (Voto del Dr. Carlos S. Fayt).

*** Corte Suprema de Justicia de la Nación * Cardozo, Miguel Oscar * 09/01/1987 * Fallos, 310:57.**

- Con fundamento en la garantía de la defensa en juicio, el imputado tiene derecho a obtener después de un proceso tramitado en legal forma un pronunciamiento que ponga término, del modo más rápido posible, a la situación de incertidumbre y restricción a la libertad que comporta el enjuiciamiento penal. De ese derecho deriva la razonable expectativa a contar con una vía idónea que le permita impulsar el proceso al que se ve sometido, y ejercitar sus derechos en la forma y con las solemnidades establecidas por las leyes de procedimientos, de modo tal

que su prisión preventiva no se convierta en una verdadera pena impuesta con anterioridad al dictado de la sentencia definitiva y conserve su fundamento de evitar que se frustre la justicia.

PARTE ESPECIAL II

PRINCIPIOS

CAPÍTULO XII

EL PRINCIPIO DISPOSITIVO

CAPÍTULO XIII

EL PRINCIPIO DE CONGRUENCIA

CAPÍTULO XIV

EL PRINCIPIO DE BUENA FE EN EL PROCESO CIVIL

CAPÍTULO XV

EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD DE LAS FORMAS

CAPÍTULO XVI

EL PRINCIPIO DE BILATERALIDAD

CAPÍTULO XII

EL PRINCIPIO DISPOSITIVO

1. Nociones generales

Hace mucho tiempo atrás, David Lascano dijo que el principio dispositivo o “derecho de disposición”, tenía un valor importante en todos los países civilizados, pero como su interpretación no era uniforme, resultaba preciso aclarar su concepto y determinar sus alcances para ver hasta dónde se podía conciliar con la “publicización” del proceso, que por entonces, era otro principio que hacía camino y pugnaba por imponerse⁽³⁸⁴⁾.

Obsérvese que esta relación entre principio dispositivo y publicización del proceso civil (cuyo significado explicamos más adelante) fue un alerta inmediato entre los juristas que presenciaron el cambio. Veamos porqué:

En la consideración del principio de *disposición* u *oportunidad*, surgen varios brocardos romanos: *ne eat iudex ultra petita partium; nemo iudex sine actore; ne procedant iudex ex officio; secundum allegata et probata iudex iudicare debet*.

Con ellos se estableció una clara pauta: el juez actúa únicamente a petición de parte interesada, y por ello debe abstenerse de obrar por sí (de oficio) determinados hechos, aunque no impliquen modificar la demanda⁽³⁸⁵⁾. Al tener que fallar conforme lo pedido y probado, se agregó el *principio de congruencia* entre la pretensión y la sentencia definitiva. De este modo, el pronunciamiento definitivo se debía referir a lo reclamado por las partes; nunca menos, diferente o en demasía.

³⁸⁴ . Lascano, David, *El principio dispositivo en el proceso moderno*, Revista de Derecho Procesal (dirigida por Hugo Alsina), 1951-2, 1 y ss., Ediar, Buenos Aires.

³⁸⁵ . Chioventa, Giuseppe, *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, Tomo 3, Cárdenas, México, p. 60.

El problema fue que no siempre el principio dispositivo quedó circunscrito en los límites previstos, porque a veces se lo replegó al principio de “aportación de parte” (que se relaciona con los hechos alegados y la carga de la prueba sobre ellos), y en otras quedó alterado con las interferencias que generó sobre la congruencia procesal y el alcance subjetivo de la cosa juzgada.

En otros términos, la cuestión “política” o “ideológica” del principio dispositivo fue señalar como participaba el Estado (a través de los jueces) en la contienda particular y privada, de manera que la respuesta osciló generando la polémica entre pertenencia del proceso (cosa absolutamente de las partes), o el interés jurídico a tutelar (interés público siempre presente, aun en los conflictos entre partes).

Así se llegó a plantear si “lo dispositivo” era una regla pensada para las partes; o si estaba destinada a organizar la intervención del Estado en los asuntos que fueran de su interés. En uno y otro caso, el principio de congruencia quedaba inmerso en las posibilidades de cada cual (o se reducía al marco de las peticiones; o se ampliaba a otras situaciones amparadas en la extensión de dar a cada uno lo suyo <<haciendo justicia>>).

Por eso, esta ambivalencia propia de la política científica y, también ideológica, vinculó al “*tipo procesal dispositivo*” con los sistemas liberal-individualistas, y el “*tipo procesal inquisitivo*” con las formas autoritarias de gobierno (³⁸⁶); y más recientemente Montero Aroca encuentra que esa no es una relación comparable, al sostener que cualquier ley o código, sea cual fuere la materia que regula, “es siempre expresión de la concepción ideológica propia de la sociedades que se hace y de la sostenida por los responsables políticos que lo hacen” (³⁸⁷).

De esta manera al llevar la discusión al campo de las ideas, sostiene el profesor de Valencia, hay que tener en cuenta el sentido que ocupa el “liberalismo individualista”, es decir, la libertad de empresa en un mercado libre y su relación con el derecho de propiedad, pues ello supone que el proceso civil se asienta en el “principio de oportunidad”, por cuanto lo determinante de la iniciación del proceso es la voluntad del ciudadano, el

³⁸⁶ . Díaz, ob. cit., p. 339.

³⁸⁷ . Montero Aroca, Juan, *Proceso Civil e Ideología*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, p. 134.

cual decide, atendiendo a razones de oportunidad, el acudir o no al proceso para impetrar la tutela por el Estado de su derecho (³⁸⁸).

Para comprender mejor donde radica el conflicto es necesario puntualizar el origen de los cambios.

2. El proceso individualista

La concepción establecida en las primeras codificaciones procesales fue absolutamente pensada para tutelar el derecho subjetivo del individuo que requería la actuación judicial.

Es la impronta que tenía el derecho privado del siglo XIX donde todo giraba en derredor del “derecho de propiedad”, por eso, no había acción sin

³⁸⁸ . Montero Aroca, *Proceso Civil e Ideología*, cit., p. 141. También, en esta línea, dice Cipriani, que el gran mérito de Klein fue aquel de individualizar el aspecto sociológico–económico del instituto del proceso (...). La disciplina del proceso austriaco 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 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 austriaco 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. Compendiendo el pensamiento de Klein, dice Baur (*Potere giudiziale e formalismo del diritto processuale*, en *Rivista Trimestrale di diritto e procedura civile* 1965, pág. 1689): «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» (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).

derecho, porque quien reclamaba algo ante la justicia debía ser dueño del derecho pretendido.

Es cierto, también, que la famosa polémica entre Windscheid y Muther dio nacimiento a las teorías sobre la acción, permitiendo desde entonces elaborar principios procesales para la iniciación de la instancia y reglas para resolver quienes podían estar, o no, en juicio. De este modo, no importó en más analizar la persona que pide ante la justicia (cuestiones de legitimación y personalidad) sino ver los efectos que producía el primer movimiento realizado ante los jueces: la acción.

La estricta utilización del *nemo iudex sine actore*, con referencia a quien puede promover una demanda; y el *ne procedat iudex ex officio*, respecto a la prohibición judicial para hacerlo, dejaron asentado que jamás podía ser el juez quien abriera la defensa de un interés particular; con ello se echaron bases para la teoría de la legitimación procesal.

El principio dispositivo, en consecuencia, no fue sólo un estándar para la iniciación del proceso, sino un derrotero a seguir en la concepción absolutamente privada del proceso judicial.

Esto equivale a sostener que, si únicamente los particulares pueden activar la función jurisdiccional, son también ellos, solamente, quienes pueden indicar el objeto de la actuación que se pide: la pretensión.

Desde esta visión, el único que tiene posibilidades de ampliar el marco de conocimiento es el demandado, estableciendo en la relación jurídica procesal el *ne eat iudex ultra petita partium*. No puede el juez resolver en forma distinta a lo que se le pide (principio de congruencia).

3. La publicización del proceso

El llamado paso del “procedimentalismo” (proceso guiado únicamente por reglas técnicas, que llevó a la denominación del derecho procesal como derecho puramente adjetivo, o herramienta de los derechos materiales) al “procesalismo” (establecimiento dogmático de la ciencia a partir de teorizar sobre la acción, la jurisdicción y el proceso), modificó significativamente el principio individualista que tenía al proceso como una lucha entre partes, donde el principio de legalidad (el juez es la boca de la ley) impedía al tribunal (salvo raras excepciones, como en la justicia de equidad) interpretar las normas y aplicarlas en un marco diferente al pensado para la generalidad.

La justicia del caso concreto, más allá de traer consigo el interrogante de la creación del derecho desde las sentencias, y con ello, el

ardid de señalar al juez como legislador, fue una revolución en el pensamiento jurídico europeo del siglo XX.

El juez, antes mecánico aplicador de la ley, comenzaba a actuar con poderes funcionales y con una autoridad propia tomada de las reformas procesales, en donde el Código Italiano de 1940 (vigente desde 1942) fue un puntal del cambio.

El paso siguiente fue la creación de los Tribunales Constitucionales para impedir que los conflictos sobre garantías fundamentales pudieran llegar a manos de un juez ordinario, cuya función exclusiva era resolver controversias entre particulares (³⁸⁹).

La “publicización” significó aumentar los poderes de conducción del juez (³⁹⁰) en un conflicto privado; pero al mismo tiempo, delineó un cuadro

³⁸⁹ . De nuestra parte, hemos insistido fervientemente en que estas modificaciones son trascendentes para implementar la noción de debido proceso, pero teniendo muy presente, que el fenómeno Europeo no se puede traer a América y aplicarlo sin variación o ajuste alguno. Esta diferencia es muy notable en la actividad jurisdiccional, pues mientras un juez Europeo solo resuelve controversias en el marco de un litigio entre partes (donde aplicará los principios del proceso, del procedimiento con sus reglas, además de las garantías constitucionales pertinentes), solo será esta su función, pues el conflicto constitucional no le pertenece, tampoco la controversia administrativa, menos aún el conflicto regional, sencillamente, porque la división jurisdiccional en Europa es estricta e implementa claramente en el juez ordinario una sola obligación: *aplicar la ley*. En cambio, el juez americano, y sobre todo, el de Latinoamérica, reúne en su función todas esas competencias (al llegar a su despacho tiene el amparo constitucional, la impugnación de un proceso licitatorio, la revisión judicial del acto administrativo, y siempre aplica un mismo código y alguna que otra ley reglamentaria que no afecta el sistema de enjuiciamiento). Por eso, hay que tener muy en cuenta que cuando se debate sobre los principios y las garantías, el tema de la “confianza” en los jueces es más que un discurso de apoyo ideológico; es una idiosincrasia de nuestros pueblos que no quiere dejar en organismos no jurisdiccionales el control de constitucionalidad; y porque ello es así, el aumento de los poderes del juez es algo natural que debe equilibrarse con las garantías del debido proceso para evitar cualquier atisbo autoritario o arbitrario (Cfr. Gozaíni, Osvaldo Alfredo, *Derecho Procesal Constitucional - Debido Proceso*, Rubinzal, Buenos Aires / Santa Fe, 2004, ps. 13 y ss.).

³⁹⁰ "El fenómeno de la publicización se ha basado -entiende Benabentos- en 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" (Benabentos, Omar Abel, *Teoría General Unitaria del Derecho Procesal*, Juris, Rosario, 2001).

de competencias donde al magistrado europeo se le dio la tarea central de resolver controversias sin poder extender su actividad a otras funciones propias del juez americano, como era y es, el control de la constitucionalidad de las leyes (³⁹¹).

Esta no es una diferencia baladí, sobre todo si tenemos en cuenta que en América hemos resuelto adoptar la línea procedimental de los códigos europeos, particularmente las viejas leyes de enjuiciamiento civil española (con su impronta del juez del principio de legalidad) y, en materia constitucional, optamos por confiar en los jueces (no en Tribunales especiales) para concretar la fiscalización del principio de supremacía constitucional.

En alguna medida, el garantismo no cuestiona la dirección procesal que se manifiesta en acciones propias del impulso procesal, el control de la conducta de las partes, las facultades disciplinarias, el control de la admisión formal y sustancial de la demanda, la regularidad de los presupuestos procesales, entre otras facultades generadas por la publicización. En cambio, se opone rotundamente a que el juez se entrometa en el material litigioso, en la investigación de los hechos, en la determinación de prueba no ofrecida por las partes, en la declaración de la existencia de un derecho que no tenga previa contradicción, en la inversión de reglas procesales como la carga de la prueba (cfr. Gozaíni, Osvaldo Alfredo, *Problemas actuales del Derecho Procesal. Garantismo vs. Activismo judicial*, Fundap, Querétaro <México>, 2002, ps. 23 y ss.)

³⁹¹ . Explican Hazard y Taruffo que, en la tradición pre-moderna se consideraba que la ley era la voz del rey, y que el proceso representaba la justicia del rey. Esta misma concepción tiene su reflejo en el positivismo jurídico, tal y como lo expuso Kelsen respecto de la cultura europea continental y Austin respecto de la inglesa. El positivismo jurídico sostiene que la ley es mandato, pero ¿cuál es la naturaleza del poder del que emana? La filosofía jurídica ha formulado al menos dos respuestas generales a esta cuestión. Una de ellas consiste en concebir la ley como un mandato que procede del Estado, y es la predominante en la tradición cultural europea. La otra respuesta, que prevalece en la tradición cultural del *common law* y en particular en su versión americana, consiste en concebir el Derecho como una directiva que expresa el consenso común del cuerpo político. En la concepción del Derecho como proveniente del Estado, la legitimidad de la ley depende esencialmente de la legitimación de la fuente de la que ésta trae su origen...[...] La concepción americana del Derecho y de la función del juez es muy diferente. No existe ningún concepto de <<Estado>>: en los Estados Unidos el término <<Estado>> se refiere a las cincuenta unidades que conforman el sistema federal...[...] El Derecho existe al margen de cualquier otro poder o autoridad, y es comprensible para cualquier ciudadano, puesto que todos ellos crean el Derecho...” (Hazard, Jr., Geoffrey C. – Taruffo, Michele, *La justicia civil en los Estados Unidos*, traducción de Fernando Gascón Inchausti, Thomson – Aranzadi, Navarra, 2006, ps. 86/7).

Esta característica se tornó mas clara después del impacto y repercusión que tuvo la justicia constitucional en Europa, pero no impide advertir la función que ejerció el juez en los procedimientos.

Antes que neutral era un espectador del litigio; un mero árbitro que aplicaba las reglas del juego. En cambio, la dirección del proceso comulgó una aspiración por una justicia más efectiva; más cercana con los hechos reales que debían suscitarse y con mayor injerencia en el control de los presupuestos procesales.

Empero, la conducción material del proceso fue duramente criticada, porque se creyó que convertía al magistrado en un *juez dictador*, característica de Estados autoritarios donde el predominio del principio de investigación o de aportación de hechos se asienta en el mismo órgano jurisdiccional. La preocupación fue elocuente en Europa, acostumbrada si se quiere, al juez autómatas, simple aplicador de la norma sin poder interpretarla.

No se nos escapa que esta lectura puede ser correcta para los conflictos constitucionales, pero en las controversias privadas son los hechos los que señalan el poder de conducción de los jueces. En éstos, una vez más, el principio dispositivo estableció que sólo las partes podían enunciar las circunstancias a resolver, sin que pudiera el juez agregar hechos no invocados, alegados ni mencionados.

No obstante, la publicización trajo una innovación en este sentido. Algunos dijeron que el cambio de visiones (si la misión del proceso no se analizaba desde el litigante que pide, sino por la jurisdicción que actúa) entrañó la desprivatización absoluta del proceso, ingresando no sólo en terreno de lo puramente adjetivo, sino también, en cuanto ocupa al derecho subjetivo (o material) (³⁹²).

Con ello el rol del juez pasó a ser de *director* del proceso. Característica que potencia sus poderes de iniciativa y dirección. Respecto a la instrucción se confirma el papel activo que le toca asumir en el proceso, confiriéndole una amplia potestad para controlar los presupuestos de admisión de la demanda; así como desarrollar el curso de la instancia desde el impulso con sus propias decisiones.

En líneas generales, se robustece el juzgamiento más que la composición, esto es, se dota al juez de poderes y deberes que no se

³⁹² . Barbosa Moreira refiere a un “neoprivatismo” en el proceso civil (*Proceso Civil e Ideología*, Montero Aroca <coordinador>, cit., ps. 199 y ss.).

pueden, por vía de principio, apartar del cuadro que las partes concretan en sus escritos postulatorios (³⁹³).

4. Las dudas del principio dispositivo

Se ha planteado que el uso de estas facultades provoca cierto conflicto con la imparcialidad, porque si el juez conduce el proceso, y con los poderes que la dirección le otorga, adopta resoluciones que pueden influir en el resultado final de la causa, es evidente –se afirma– que afecta la igualdad de trato y consideración de las partes.

Alvarado Velloso insiste que el desequilibrio transforma al juez en parte, porque aun sin quererlo, genera acciones que confunden el rol director convirtiéndolo en protagonista indeseado en un conflicto que es sólo de dos (³⁹⁴).

Sin embargo, pese a la aparente verdad de tal afirmación, ello sería cierto si el juicio solamente fuera producto de versiones contrapuestas donde el juez no tendría más que una función puramente formal reducida a dictar sentencia, aplicando la ley y convencido por quien ha utilizado mejor el derecho de defenderse (la famosa alocución de Savigny, según la cual el derecho es el arma que inviste al guerrero, de manera que si es una

³⁹³ . Quizás sea Clemente Díaz quien, con prudencia y agudeza, muestra las proyecciones que tiene el principio dispositivo sobre las actuaciones procesales. Es evidente que tomar el principio acotado a la sola característica de promover la acción, significa tener al proceso como un contrato entre partes, porque precisamente la voluntad individual es la que se considera. Por ello, decía, el problema consiste en determinar la *extensión y los límites de los poderes y facultades del juez y de las partes*. En este sentido, el postulado del poder de iniciativa no interesa tanto el primer acto de puesta en marcha del aparato jurisdiccional como sí la implicancia que ello tiene para fijar la extensión y la amplitud de la tutela jurídica (la llamada fijación del *thema decidendum*, y su correlato en la posibilidad de establecer el conocimiento del tribunal de primera y segunda instancia <<*tantum appellatum quantum devolutum*>>). A su vez, concluye Díaz, el postulado de la conducción del proceso implica que el juez solo actúa por rogación; y también, desde lo dispositivo queda determinado quienes son partes y cuáles los hechos a juzgar; radicando en el postulado de la investigación una variación imprudente que trae el tipo inquisitorio al proceso civil (cfr. ob. cit., ps. 342 y ss.).

³⁹⁴ . Cfr. Alvarado Velloso, Adolfo, *La imparcialidad judicial y el sistema inquisitivo de juzgamiento*, ponencia presentada en el XXVI Congreso Colombiano de Derecho Procesal (Bogotá, 2005); también en *Proceso Civil e Ideología*, Montero Aroca <coordinador>, cit., ps. 217 y ss.).

herramienta, el que mejor la usa gana en la lucha, aunque no tenga razón) ⁽³⁹⁵⁾.

En este contexto, la polaridad ideológica arroja posiciones diametralmente opuestas; sencillamente porque la perspectiva que se tiene en el problema, se focaliza desde ángulos distintos. Mientras unos quieren que el proceso dispositivo sea aquél que las partes promueven y desarrollan con sus tiempos y sin intervención activa del magistrado; los otros, sostienen que el juez “no es un convidado de piedra” sino el director del proceso, y como tal su función es dinámica y predominantemente activa.

De todos modos, la duda principal queda implícita en el significado que tiene el principio dispositivo. Porque ya no estaría referido, únicamente, al señorío de promover actuaciones judiciales, sino a modificar el objeto a tutelar desde la intervención de los jueces. ¿Es esto cierto?

El interrogante parte de una realidad: el procedimiento se divide entre versiones, donde las partes aportan su propia lectura, demandando del juez una singular interpretación sobre los efectos que piden y reclaman, como derivados de esa subsunción de hechos en el derecho.

Así las cosas, 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 pre adquiridos, 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 afirmación ratifica la línea que ve en el proceso 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

³⁹⁵ . El abandono de la regla procesal que tiene al proceso como una lucha, o un duelo, para usar la expresión de Barbosa Moreira, está explicada con suma claridad por el eximio profesor carioca (ex presidente del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal). El espíritu de competición ya no es propio del litigio, porque no es la justicia una teoría deportiva ni se puede resolver sobre la belicosidad de los ánimos (Barbosa Moreira, José Carlos, *Duelo e processo*, en Revista Iberoamericana de Derecho Procesal, Año 2 n° 3 [2003], p. 25).

potestades judiciales no pueden quedar postergadas por las alegaciones interesadas de las partes.

En síntesis, el principio dispositivo es más que el poder de iniciar el proceso, porque instala el quid de resolver los hechos que originan el conflicto y quienes son los legitimados para aportarlos a la causa.

5. La misión constitucional del juez y el principio dispositivo

Nosotros, no queremos centrar las dudas en una cuestión de *principios*; sino analizarla desde la misión constitucional que tiene el juez en el proceso. Vale decir, analizar el problema desde las *garantías*.

Los europeos continentales clásicos sostenían que la función del juez era aplicar la ley sin mirar a quien; debía resolver las controversias humanas y nunca entrometerse en cuestiones de inconstitucionalidad presunta de las leyes, o de ejercicios arbitrarios del poder de gobierno, porque no eran ellas actividades que pudiera concretar. Si lo hacía, invadía el campo del Tribunal Constitucional; si controlaba la legalidad de la conducta administrativa, se inmiscuía en una jurisdicción especialmente reglamentada para esa tarea.

Por su parte, los americanos no hemos aceptado esta idea afincada en la limitación de la actividad de la magistratura, sencillamente porque nuestro esquema para el control de constitucionalidad es jurisdiccional, en el sentido de poner en manos de los jueces la fiscalización del principio de supremacía de la Norma Fundamental. Y ello lo puede hacer no solo en los procesos constitucionales específicos, sino además, en cualquier procedimiento donde la crisis constitucional sea manifiesta.

Es lógico así que “nuestros jueces” tengan una dimensión de funciones aumentada a la que sirven los magisterios del viejo continente, y es plausible que no se recorten esas potestades por cuestiones puramente técnicas, desde que no puede ser el proceso entre partes una contienda donde puedan quedar socavados, justamente, la misión constitucional que vienen dados a cumplir.

La reducción del problema ideológico al poder de dirección formal, por más que se focalice como violación del principio de bilateralidad y contradicción, no tiene asidero ni lógica. Sigue creyéndose que el proceso es cosa privada, cuando el cambio vino ya de la mano de Chiovenda.

En efecto, en sus “*Principios*” formuló la afirmación siguiente: “En el proceso se desarrolla una función pública y ésta es la *actuación de la ley*,

o sea del derecho en sentido objetivo. Este es el fin del proceso, no la *defensa* de derechos subjetivos, como muchos afirman” (396).

Por eso descartó de plano el argumento por el cual se dijo que la finalidad de todo juicio es resolver conflictos entre partes, sean de actividad o de voluntad, “porque tales conflictos se dirimen también fuera del proceso (agente que impide robar a un ladrón, alcalde que ordena la demolición de una obra que se opone a los reglamentos municipales)” (397).

Además, la diferencia entre interpretar y aplicar la ley no es tan rotunda como para convertir al juez en legislador, porque –siguiendo a Chiovenda-, “como juez actúa la ley según la interpretación que su cultura le sugiere, y precisamente la tendencia más autorizada en el método de adaptación histórica quiere que la función del juez esté preparada para cualquier hipótesis nueva de la ciencia jurídica” (398).

6. Extensión del principio dispositivo

Para hablar de una extensión del principio dispositivo tenemos que observar dos situaciones. Una, centrada en la posibilidad de alterar la regla de iniciación del proceso; y otra, para ver si el juez puede trabajar sobre hechos que no llegan de las alegaciones de las partes.

En el primer caso, podríamos regresar al tiempo de las discusiones sobre el “principio dispositivo” y el “principio inquisitorio”, que en esencia constituye la raíz ideológica del antagonismo. En el otro, para resolver cuáles son los hechos del proceso, que trae a colación otro principio: el de *aportación*.

Los efectos implican, asimismo, otras repercusiones, por ejemplo, resolver si en el marco de la pretensión y la resistencia donde se ubica el principio de la congruencia procesal, es permeable o inflexible con lo anterior.

En todo caso, las respuestas deben ser prudentes porque, el principio dispositivo difícilmente pueda modificar la llegada al proceso de causas que no sean iniciadas por el interés particular de quien las motiva (aun cuando sea el juez quien tome conocimiento del entuerto, no sería él quien

³⁹⁶ . Chiovenda, José, *Principios de Derecho Procesal Civil*, Tomo I, traducción de José Santais y Santaló, Reus, Madrid, 1977, p. 95.

³⁹⁷ . *Ibíd*em, p. 99.

³⁹⁸ . *Ibíd*em, p. 104.

podría promover la causa) (³⁹⁹); y el alcance de la sentencia, sea por el objeto o por los sujetos, puede afectar otras garantías, como la defensa en juicio (tercero alcanzado por la sentencia); la irrazonabilidad (pronunciamiento que falla cuestiones no propuestas); la cosa juzgada (con sus límites precisos).

6.1 El proceso inquisitivo

Al estudiar el principio dispositivo, David Lascano aclaró que, [...] “desde luego el principio de la *oficialidad* contraría la regla *ne procedant iudex ex officio* formulada por el derecho medieval y que ha sido aceptada como un dogma por la doctrina y la jurisprudencia. La prohibición impuesta al juez de proceder sin petición de parte, es una consecuencia del *nemo iudex sine actore*, aunque con mayor alcance, porque rige para todo el procedimiento, en tanto que éste es válido principalmente para el acto inicial del juicio. Pero su misma amplitud admite la posibilidad de algunas excepciones; sólo que tales excepciones deben estar justificadas, o mejor dicho, no deben afectar la naturaleza del proceso” (⁴⁰⁰).

¿A qué se refería con la frase *algunas excepciones*? Evidentemente no fue intención del autor eludir el cerrado principio de la iniciativa (o derecho de acción), sino de ofrecer desde los poderes de dirección y saneamiento en el proceso (propios del publicismo o de la *publicización*) una actividad jurisdiccional propia destinada a mejorar la eficacia de la función.

³⁹⁹ . Ya Calamandrei dijo que una jurisdicción ejercida de oficio repugnaría, por una razón psicológica antes que jurídica, al concepto que modernamente nos hemos formado de la función del juez, el cual, para conservarse imparcial, debe esperar ser llamado y limitarse a hacer justicia a quien la pide; de suerte que, si nos dijeran que un magistrado, sin ser solicitado por nadie, se ha puesto en viaje para ir en busca de entuertos a enderezar, nos sentiríamos llevados a considerarlo, más bien que como un héroe de la justicia, como un monomaniaco peligroso del tipo de Don Quijote o del legendario zapatero de Mesina. Mientras la justicia sea administrada por hombres, la omnipotencia del Estado no podrá destruir la necesidad lógica y psicológica (especialmente imperiosa en la fase de cognición) de confiar a los diversos órganos aquellas dos actividades complementarias pero bien distintas, hasta el extremo de no poder ser confundidas sin reducir la justicia a un pueril soliloquio, que son respectivamente, la función de preguntar y la de responder, la de proponer un problema y la de resolverlo, la de denunciar un entuerto y la de repararlo (Cfr. cita de Lascano, ob. cit., p. 3).

⁴⁰⁰ . Lascano, ob. cit., p. 10.

En esta línea se agruparon los controles sobre los presupuestos procesales, la depuración del objeto a resolver, la iniciativa probatoria, y algunas extensiones del principio de congruencia, como veremos más adelante (⁴⁰¹).

Antes de ello había alertado Guasp que el principio dispositivo que prescribe la inactividad del juez debía aplicarse solamente al material de hecho, siendo, por tanto, de la mayor relevancia rehusar incluir en este apartado a figuras que en él no encajan (⁴⁰²).

En consecuencia, el poder de conducción del proceso jamás podía significar la oficialización del principio dispositivo ni la reversión hacia un proceso inquisitivo. Esta diferencia puede encontrarse en la iniciación del proceso penal, donde por razones absolutamente fundamentadas, no se puede esperar de la acción privada la actuación punitiva del delito. Por ello, regresemos una vez más al interrogante planteado por Guasp:

[...] “Pero si la oficialidad del proceso depende, en último término, de la presencia de un interés público al que el Estado concede garantías especiales en cuanto a la efectividad de su satisfacción, inmediatamente surge ante nosotros la dificultad de saber cuando nos hallamos ante un interés de aquella clase y, sobre todo, si no es posible que en materias de orden exclusivamente civil aparezca también aquél interés que el Estado trata de salvaguardar. ¿Cómo hacer compatibles estos casos con la subsistencia de la regla *nemo iudex sine actore* que deja a la iniciativa extrajurisdiccional el planteamiento de cuestiones cuya solución preocupa al Estado?” (⁴⁰³).

La duda tuvo respuestas rápidas e inteligentes que no confundieron la división de aguas perfectamente trazada por la lógica y la experiencia. Vale

⁴⁰¹ . Agregó Lascano que, para llegar a esta conclusión era preciso determinar si tales poderes invaden o no la esfera de los derechos privados, o si por el contrario, se mantienen en terreno propio. Sosteniendo que, la cuestión se resuelve determinando el grado de relación en que se encuentran esas facultades con respecto a la litis y al proceso. Si inciden o influyen sobre el “fondo del asunto”, indudablemente que afectan el derecho de los litigantes, porque el conflicto de intereses, atañe a ellos solamente; si, por el contrario, no se dirigen al material del juicio sino que se refieren al procedimiento, no salen de la órbita en que deben ejercer su función, porque, como órgano de la jurisdicción, debe tener lugar prominente en la conducción y vigilancia del proceso (ob. cit., p. 12).

⁴⁰² . Guasp, Jaime, *juez y Hechos en el proceso civil*, Bosch, Barcelona, 1943. Recopilado en *Estudios jurídicos*, edición al cuidado de Aragoneses Pedro, Cívitas, Madrid, 1996, ps. 279 y ss.

⁴⁰³ . Guasp, ob. cit., p. 297.

decir, el principio inquisitivo propio del régimen penal, y la iniciativa privada, particular del proceso civil, eran perfectamente compatibles desde que no eran los principios los que se oponían, sino tan solo, el aporte de los hechos a la causa.

No obstante, la polémica se abrió sobre aspectos imposibles de circunscribir en la polaridad que se presenta. Es decir, se ha pretendido calificar la función del juez como “inquisitiva” o “autoritaria”, por el hecho de ejercer una actividad más comprometida con la eficacia institucional y singular del proceso.

De este modo, sostiene Alvarado Velloso que, el sistema inquisitivo de enjuiciamiento está inserto en casi toda América latina desde siempre (aunque algunas veces notablemente disfrazado de *dispositivismo atenuado* en lo civil), y espera de los jueces que lo practican un esforzado *averiguamiento de la verdad* de lo acontecido en el plano de la realidad social (más allá de lo que los propios interesados -las partes procesales- quieran sostener o confirmar al respecto) para lograr *hacer justicia a todo trance en cada caso concreto*. A este efecto, aplican sus *facultades-deberes* (¿?) de producir oficiosamente la prueba del caso ordenando al efecto *medidas para mejor proveer* o actuando directamente en forma oficiosa...⁽⁴⁰⁴⁾.

Con mayor énfasis Cipriani hace responsable a Franz Klein del aumento de los poderes del juez y llega a sostener que nunca nadie ha pensado, ni piensa, que las partes deban dirigir el proceso, tanto es así que –afirma– “[...] con nuestro viejo código, la dirección correspondía al juez y no ciertamente a las partes ⁽⁴⁰⁵⁾. Pero, parece evidente que, una cosa es dar al juez los poderes estrictamente necesarios, y no por ello poco vastos ⁽⁴⁰⁶⁾,

⁴⁰⁴ . Trabajo presentado por el autor al XVIII Congreso Panamericano de Derecho Procesal, Arequipa (Perú), octubre de 2005.

⁴⁰⁵ . Ver, en efecto, Diana, *Le funzioni del presidente nel processo civile*, Milán 1911, I, p. 13 y ss. Es cierto que aquí se confunde la dirección con el impulso de las partes. Por ejemplo, Hazard y Taruffo, *La giustizia civile negli Stati Uniti*, Bologna, 1993, pp. 101 y 105, al relevar que el juez americano normalmente «se limita a responder los argumentos de las partes», afirman que el juez, en los países del *common law*, sería sólo un árbitro en posición neutral y esencialmente pasiva y tendría un papel de segundo plano en la conducción del proceso. No creo que sea así: también en esos países el proceso está dirigido por el juez; es el impulso del proceso lo que queda en manos de las partes.

⁴⁰⁶ . Cfr., Raselli, *Il potere discrezionale del giudice*, II Padova 1935, p. 190, el cual, con el viejo código, llegó a notar que nuestro juez, contrariamente a lo que se sostenía, tenía una miríada de poderes directivos discrecionales.

para dirigir el proceso y otra muy distinta es establecer que el juez pueda hacer todo aquello que considere oportuno ⁽⁴⁰⁷⁾ o, peor aún, que en el proceso civil no se pueda mover un dedo sin el permiso del juez ⁽⁴⁰⁸⁾.

“Y, en efecto, confirmando el equívoco que se encuentra en la base del pensamiento de Klein y de sus secuaces, puede observarse que es al menos forzado sostener que el juez, en los ordenamientos liberales, sea un «rey madero»^(*) o, como también se ha llegado a decir, una «marioneta», un «títere» ⁽⁴⁰⁹⁾, una «grabadora automática» ⁽⁴¹⁰⁾, un sujeto -en suma- que dicta sentencia sin siquiera saber por qué lo hace, «como un autómatas que, activado por el peso de la moneda que cae, emite un dulce o un boleto de entrada» ⁽⁴¹¹⁾. El juez, siendo aquél a quien le corresponde juzgar, es la persona más importante y más temida del proceso, aquél frente al cual las partes -y sobre todo los abogados- se han siempre inclinado y siempre se

⁴⁰⁷ . Se piense, por ejemplo, en el art. 118 del C.P.C., en virtud del cual el juez puede ordenar la inspección corporal de un tercero. Vale decir, por si eventualmente no quedare claro, que en un proceso civil entre Ticio y Caio, ¡el juez puede ordenar la inspección corporal de Sempronio! La norma, por suerte y naturalmente, no se ha usado nunca, pero nos hace estremecer. Pese a ello, hay quienes la consideran insuficiente pues si el tercero rehusare ser inspeccionado, sólo puede ser condenado a una multa no superior a las diez mil liras (Cappelletti, Mauro, *Libertà individuale e giustizia sociale nel processo civile italiano*, (1972), en *Giustizia e società*, Milán 1972, p. 34, que escribía cuando la multa no podía superar las ocho mil liras, pero que no considera que en 1940 el techo de la multa fue fijado en dos mil liras, que en esa época era un patrimonio).

⁴⁰⁸ . Para dar sólo un ejemplo, los arts. 169 C.P.C. y 77 de las Disposiciones de Actuación, quieren que las partes, para retirar el propio expediente de la secretaría [*cancelleria*], deban pedir permiso (con papel timbrado) al juez. En esta línea, se sostiene que nuestro código, lejos de ser antiliberal y autoritario, estaría inspirado en una concepción privatista del derecho y del proceso civil (así, Cappelletti, *Libertà individuale*, cit., p. 33 y ss), más precisamente en la ideología liberal que gusta a los abogados (así, Denti, *Processo civile e giustizia sociale*, Milán, 1971, p. 19).

(*) «*Re travicello*» en el original, haciendo referencia a una conocida poesía satírica de Giuseppe Giusti (1809-1850), poeta del «risorgimento» italiano. La poesía hace referencia a un madero enviado por Júpiter para reinar en un estanque de ranas, que por ser de madera, era ciertamente inofensivo, inactivo y tolerante con sus «súbditos» (las ranas): obvia metáfora del soberano moderado (T).

⁴⁰⁹ . Así, Sprung, *Le basi*, cit. p. 31.

⁴¹⁰ . Andrioli, *Il nuovissimo progetto di riforma del processo civile*, en *Diritto e giurisprudenza* 1947, p. 24.

⁴¹¹ . Chiovenda, *Le riforme*, cit., p. 385. De «autómata» habla también Segni, *La riforma del processo civile e le sue direttive*, (1924), en *Scritti giuridici*, I, Torino, 1965, p. 309.

inclinarán, por lo que no se ve cómo se pueda seriamente compararlo con los fantoches ⁽⁴¹²⁾ y con las maquinillas automáticas ⁽⁴¹³⁾. Por otro lado, el que, el juez civil pueda (y deba) juzgar sólo a instancia de parte es otro – civilización e insuprimible- discurso ⁽⁴¹⁴⁾ ⁽⁴¹⁵⁾.

Tales posiciones ideologizan el proceso y desnaturalizan el concepto natural del principio inquisitivo. Acentúan en las circunstancias históricas la pretendida pérdida de libertades que se dio con el paso del proceso hacia la conducción del juez, sin dejar de mencionar para la ocasión, la intención política de los autores que actuaron en las reformas del sistema. Por eso, acusan a Klein, perdonan a Chiovenda (muerto en 1937) y señalan a Calamandrei como ideólogo principal.

En tal sentido simplifica Montero Aroca al concluir que, “en la actualidad y en la mayor parte de las regulaciones positivas se ha atribuido al juez la dirección formal del proceso. El juez se ha convertido en todos los ordenamientos civiles en quien dirige el proceso, bien entendido que esa dirección se refiere a las que antes hemos llamado facultades procesales, bien en lo atinente al control de la falta de los presupuestos procesales de los que depende, si no la existencia del proceso, sí la validez del mismo, bien en lo que atiende a hacerlo avanzar de una fase a otra en la dirección que conduce a la sentencia. En este sentido no hay oposición a que el juez controle los presupuestos procesales, en cuanto de la concurrencia de los mismos depende la validez del proceso y la posibilidad de que se dicte sentencia sobre el fondo del asunto, o a que al tribunal se le atribuya el impulso procesal, entendido éste como posibilidad de que, una vez iniciado el proceso por el actor, el procedimiento como cauce formal de la serie de actos se desarrolle por los pasos previstos en la norma; más aún, nada se opondría a que sea también el juez, siempre con las partes, el que controle la realización de los actos conforme al principio de legalidad”.

⁴¹² . En efecto, en el sentido de que en los Estados Unidos (donde, según la concepción analizada en el texto, los jueces serían marionetas) los abogados saben bien que los jueces «no son muñecos», ver, Roberg de Laurentis, *La difesa del povero in America*, Milán 1957, p. 43.

⁴¹³ . De hecho, en el sentido de que ya Gnaeus Flavius advirtiera que los jueces no son maquinillas automáticas, Calamandrei, *Il processo como giuoco*, (1950), en *Opere giuridiche*, cit., I, p. 539.

⁴¹⁴ . Es significativo que el mismo Cappelletti, que años atrás había dicho estar complacido de que en los países comunistas hubieran «dejado de lado el principio de la demanda» (Ver, *Ideologie nel diritto processuale*, cit., p. 18), haya ahora cambiado de opinión (Ver, *Dimensione della giustizia*, cit., p. 162).

⁴¹⁵ . Cipriani, Franco, *En el centenario del Reglamento de Klein*, Bari, 1995, passim

“Lo anterior no significa que el juez <<gestione>> el proceso, por lo menos si la palabra gestionar se entiende como sinónima de administrar una empresa, una iniciativa o una actividad influyendo de modo determinante en su desarrollo. Se trata sólo de ejercer unas facultades de dirección formal, sin influir en el que pueda ser el resultado del proceso”⁽⁴¹⁶⁾.

6.2 La aportación de los hechos por las partes

Centremos, de ahora en más, el eje central de la polémica entre estas ideologías que observan al juez como un auténtico interesado en la gestión eficaz del proceso. Que persigue trabajar sobre verdades antes que actuar con ficciones, teniendo para ello poderes suficientes para inquirir y resolver en consecuencia; enfrentado al que asiste al litigio conduciéndolo de manera formal, porque solo del interés de las partes depende el impulso y la confirmación de las alegaciones que llevan a la certeza judicial.

Para ello hemos de compartir con Pico I Junoy que la ideología social emergente en el siglo XX, lleva consigo en Europa y América latina, el fenómeno de la “socialización” del proceso civil (sin darle a la palabra connotaciones políticas, aunque pueda ser ideológica) que, con el objetivo de incorporar a los clásicos principios del liberalismo determinadas exigencias del Estado Social de Derecho, pone de manifiesto la distinción entre objeto del proceso y proceso como instrumento idóneo para alcanzar la efectiva tutela, por parte del Estado, de los intereses litigiosos⁽⁴¹⁷⁾.

Precisamente, una de las consecuencias más importantes que se dan después de esta renovación, asienta en los poderes de dirección del juez civil, que sin hacer mella al principio dispositivo, puede ocuparse del principio de “aportación de parte”, según el cual es potestad de cada litigante indicar los hechos sobre los que recaerá el objeto del proceso.

Ahora bien, principio dispositivo y principio de aportación de parte no es la misma cosa. Mientras uno se vincula con el tiempo y las personas que pueden requerir la tutela jurisdiccional; el segundo se relaciona con la

⁴¹⁶ . Montero Aroca, *Proceso civil e Ideología*, cit., p. 308.

⁴¹⁷ . Pico I Junoy, Joan, *La iniciativa probatoria del juez civil y sus límites*, Revista Peruana de Derecho Procesal, nº 2, marzo, 1998, p. 17. También en *El juez y la prueba*, Bosch, Barcelona, 2007, ps. 99 y ss.

autonomía de las partes para llevar al proceso los hechos y las pruebas de que intenten valerse (⁴¹⁸).

Con el primero se conecta el “principio de oportunidad” que suele establecer diferencias entre la naturaleza de los intereses que se llevan a juicio. Mientras los intereses públicos deben actuarse de oficio por el principio de necesidad; los intereses privados son de exclusiva pertenencia del titular a quien se le atribuye el derecho subjetivo y la voluntad para actuar.

Con el segundo, en cambio, se debate, entre otras cuestiones, sobre la posibilidad de la iniciativa probatoria del juez, la fijación de los hechos controvertidos, el alcance de la cosa juzgada, etc.

De este modo, para concentrar el tema únicamente en la aplicación del principio dispositivo, y en especial, en el momento inicial del proceso al ejercer el derecho de acción, hemos de proyectar nuestra perspectiva sobre las alteraciones que tiene dicho principio en las actuales circunstancias.

7. ¿Puede el juez iniciar el proceso?

La fórmula romana que impide al juez promover de oficio una causa judicial (*ne procedant iudex ex officio*) consecuencia natural de la regla por la cual no hay juicio sin actor (*nemo iudex sine actore*), son preceptos muy poco discutidos.

Sólo por mencionar alguna de las tantas legislaciones que tienen esta guía, la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil española dice en su exposición de motivos que, “...sigue inspirándose en el principio de la justicia rogada o principio dispositivo, del que se extraen todas sus razonables consecuencias, con la vista puesta, no solo en que, como regla, los procesos civiles persiguen la tutela de derechos e intereses legítimos de determinados sujetos jurídicos, a los que corresponde la iniciativa procesal y la configuración del objeto del proceso, sino en que las cargas procesales

⁴¹⁸ . En este sentido compartimos con Montero Aroca que [...] “tradicionalmente dentro del principio dispositivo se han venido confundiendo dos principios distintos, aunque complementarios: el principio dispositivo en sentido estricto, esto es, la disponibilidad que las partes tienen sobre el interés privado y la conveniencia o no de acudir al órgano jurisdiccional pretendiendo su satisfacción y, en segundo lugar, el principio de aportación de parte, por el que las partes tienen también el monopolio de aportar al proceso los elementos de hecho y los medios de prueba (*Los principios políticos de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil española*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, p. 63).

atribuidas a estos sujetos y su lógica diligencia para obtener la tutela judicial que piden, pueden y deben configurar razonablemente el trabajo del órgano jurisdiccional, en beneficio de todos”.

Una consecuencia previsible del principio dispositivo es que la persona que pide debe señalar, precisamente, qué quiere (pretensión) y qué espera de la jurisdicción (sentencia favorable), argumentando con pruebas y razones los fundamentos que tiene la demanda.

Hasta aquí todo es lógico y no admite reparos ni observaciones. Es una derivación obvia aplicada al proceso civil donde se debaten intereses y conflictos de pertenencia privada. El problema aparece cuando la naturaleza del tema excede al derecho subjetivo y trasciende la controversia singular.

Un ejemplo sería ¿puede la suegra promover el divorcio de su hija? Obviamente NO, sin embargo, el derecho de acción lo tiene, pero el juez, en ejercicio de potestades procesales que le son propias, podrá repeler de inmediato semejante pretensión, directamente improponible por carecer de legitimación.

Pero ¿qué sucede si entre los argumentos señala que los hijos del matrimonio han sido abandonados por su padre y están en situación de mendicidad, desnutridos y un sinfín más de atrocidades? ¿Rechazará de oficio la demanda y hará oídos sordos a los motivos? ¿Pensará que solo la madre tiene el “derecho subjetivo”? ¿Es un interés totalmente privado el que se presenta?

Está claro que la hipótesis es descabellada, pero en la dinámica de ver el cambio, hay una variable en el criterio que tiene el derecho subjetivo como derecho de pertenencia única e intransferible que puede ser analizado dejando de lado la corriente tradicional.

Claro resulta que el reclamo tiene dos caras: la pretensión de divorcio que es improponible; y la denuncia implícita que puede o no ser derivada por el juez hacia el correspondiente carril de actuación.

El primero es un derecho indisponible para quien no tiene la propiedad del derecho material (ser cónyuge); el segundo es un interés público que merece la “actuación de la voluntad legal” para hacer uso de un término de la doctrina Chiovendiana.

¿Podrá el magistrado actuar de oficio en este tipo de intereses?

En los procesos constitucionales americanos (no es igual en Europa que tramitan ante jurisdicciones especiales como son los Tribunales

Constitucionales) la iniciativa de oficio siquiera podría ponerse en duda, si razonamos como Couture al decir:

“No parece posible hablar de inconstitucionalidad de la ley procesal por exceso de garantías a favor de la persona humana. No debe descartarse que tal cosa ocurra, en aquellos casos en que el exceso de garantías haga ilusoria la certeza del derecho; pero no es esa la situación que ha creado problemas en el ámbito de la experiencia jurídica. En cambio, puede hablarse de inconstitucionalidad de la ley procesal por ausencia de garantías para la persona humana”⁽⁴¹⁹⁾.

Un caso evidente es la inconstitucionalidad que se decreta de oficio (*iura curia novit*); o la admisión de pretensiones fundadas en derechos difusos o colectivos donde la titularidad individual no se puede precisar.

Bidart Campos fue pionero en esta senda aperturista que hoy renovamos. Decía el maestro que, “una cosa es decidir en la sentencia que quien en su pretensión sustancial alegó un derecho suyo no tiene la titularidad de ese derecho; o que quien fue señalado como demandado carece de relación jurídica que lo grave con un débito frente al actor; o que debe darse prioridad a un derecho que en la escala axiológica es superior al invocado por el actor; y otra cosa, harto distinta –y en principio disvaliosa– es resolver el rechazo de la pretensión so pretexto de que quien la articuló no ostenta legitimación (si es que tal denegatoria se escuda superficialmente en alguno de aquellos *slogans* ya citados: carencia de interés concreto, propio, inmediato, y diferente al de cualquier otro sujeto). [...] Estamos aludiendo directamente a los casos en que, sin tipificarse un claro derecho subjetivo o un interés legítimo, el justiciable ha fundado su pretensión en un interés difuso, o colectivo, o compartido con otros, o igual al de otros o, acaso, usando terminología del actual artículo 43 de la Constitución, un derecho de incidencia colectiva en general”⁽⁴²⁰⁾.

La renovación de la Ley de Defensa del Consumidor también permite llamar a la litis a quienes se interpreta que la sentencia puede alcanzar, ya sea para constituirlo en parte o fiscal de la Ley (caso del Ministerio Público) o para controlar el régimen de ejecución y cumplimiento de la condena (v.gr.: intervención de las asociaciones de protección de los derechos de usuarios y consumidores).

⁴¹⁹ . Couture, Eduardo J., *El “debido proceso” como tutela de los derechos humanos*, La Ley, tomo 72 p. 808, sec. Doctrina, Buenos Aires, 1953.

⁴²⁰ . Bidart Campos, Germán J. *El acceso a la justicia. El proceso y la legitimación*, en “La legitimación”, libro homenaje al profesor Doctor Lino Enrique Palacio, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1996, p. 19.

En suma, no tratamos de confundir al lector proponiendo que el proceso se inicie desde la jurisdicción, sino mostrar como la teoría de la legitimación procesal que se funda en la pertenencia exclusiva del derecho subjetivo ha quedado en desuso, permitiendo al juez abrir las puertas del tribunal a la pretensión material suficientemente motivada sin importar el estudio de la personalidad procesal, que, en todo caso, se verá al tiempo de dictar sentencia.

8. El principio dispositivo y la iniciativa probatoria

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 retardatorias 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" (⁴²¹).

Por eso, el eje central de la controversia, radica en la iniciativa probatoria del juez, pues allí se argumenta que suple una tarea propia de las partes, teniendo en cuenta que el proceso no persigue investigar ni

⁴²¹ . Cappelletti, Mauro, *La oralidad y las pruebas en el proceso civil*, Ejea, Buenos Aires, 1972, ps. 122/123.

descubrir la verdad, sino –afirman- se conforma con la certidumbre lograda tras la producción de la prueba que las partes han actuado (⁴²²). Ello sin olvidar que la carga de la prueba reposa en quien afirma los hechos que alega.

Sin embargo, si volvemos al punto de origen, es probable que no sea dentro del principio dispositivo donde se pueda discutir el alcance que se quiere encontrar.

En efecto, recordemos que el principio dispositivo (presente ya en el derecho medioeval) acentúa el carácter privado para la iniciación del juicio. Al juez le está prohibido proceder sin petición de parte. La pretensión señala el marco de actuación, pero el objeto del proceso es el que se modifica con la publicización. No es la iniciativa ni la puesta en marcha lo que se transforma.

Si antes fue el interés particular, ello no cambia, pero la función jurisdiccional no descansa ahora en la sola aplicación de la ley, sino en la misión de hacer justicia sobre los hechos reales de la causa.

Esto que es muy claro en América, creemos confunde a los Europeos, y mayormente, a quienes se apegan al procedimentalismo del siglo XIX pensando que el proceso sigue siendo una cosa entre partes, donde ellos dominan todos los aspectos del conflicto, inclusive, el propio sistema de enjuiciamiento.

Oportunamente Lascano apuntó que, teniendo en cuenta esta variación de objetivos, la cuestión se simplifica considerablemente. “El juez no puede proceder de oficio, pero es entendido que su inhibición ha de serlo solamente en todo lo que importe contrariar su función específica. La

⁴²² . Podemos reconocer aquí, el riesgo de una actuación parcial del juez, que se concretaría si él ejercitase sus poderes en el interés exclusivo de una de las partes. Más el riesgo de la parcialidad ronda al juez, que es y no puede dejar de ser humano, a lo largo de toda su actividad; y la única manera de eliminarlo completamente sería confiar a una máquina la dirección del proceso. Atar las manos al juez en la investigación de la verdad es pagar un precio demasiado alto por la prevención de un peligro que, aun sin tal exorcismo, normalmente permanece en "estado de peligro" y sólo en casos excepcionales se convierte en daño actual. El remedio más eficaz contra el riesgo de la parcialidad no consiste en argüir obstáculos en la investigación de la verdad. Consiste sí, en imponer al juez el respeto escrupuloso de la contradicción en la actividad instructora y la estricta observancia del deber de motivar sus decisiones, mediante el análisis cuidadoso de la prueba producida y la indicación de las razones de su convencimiento acerca de los hechos (Cfr. Gozaíni, *Problemas actuales del Derecho Procesal. Garantismo vs. Activismo Judicial*, cit., ps. 67 y ss.).

actividad que no suponga sacarlo de su posición de juzgador como tercero imparcial, no está alcanzada por la prohibición referida. Lo que supone el principio no es tanto evitar la usurpación de facultades que pertenecen a las partes, como procurar que el órgano jurisdiccional se mantenga en el lugar que le corresponde en el proceso” (⁴²³)

Por entonces Calamandrei, al explicar las orientaciones del nuevo código italiano, después de ratificar que se habían conservado todos los aforismos de la antigua sapiencia, dijo: “Sin embargo, se debe poner de relieve que, si bien el principio dispositivo ha sido mantenido, ha encontrado, no obstante, en el nuevo Código, atenuaciones y limitaciones notables, respecto de las cuales no se puede aquí guardar silencio [...]. Tales atenuaciones y limitaciones se refieren, sobre todo, a la elección y a la proposición de los medios de prueba, en relación a los cuales los poderes de iniciativa del juez han sido notablemente ampliados respecto de aquellos, mucho más restringidos, admitidos por el código anterior. En realidad, mientras para el ejercicio de la acción y para la concreta determinación del tema de la demanda, todo poder de iniciativa reconocido al juez sería incompatible con la naturaleza misma del derecho privado, no se puede decir igualmente que el carácter disponible de la relación sustancial controvertida lleve necesariamente a hacer depender de la iniciativa de parte la elección y la puesta en práctica de los medios de prueba... Se puede, para concluir, poner de relieve que el nuevo Código ha hecho corresponder a la naturaleza disponible de la relación sustancial controvertida la adopción en el proceso del principio dispositivo: pero ha considerado que el mantenimiento de este principio no es, en general, inconciliable (como tradicionalmente se enseñaba) con el poder del juez de escoger por sí los propios métodos de investigación...” (⁴²⁴).

Quizás el gran cambio que marca el centro de gravedad del principio, está en la copernicana variación realizada en el objeto del proceso civil contradictorio, pretendiendo que el clásico debate dialéctico abandone la naturaleza de ser una lucha entre partes, para ubicarse en el plano del deber de colaboración de los contradictores, y encontrar una solución justa, afirmada sobre la verdad de los hechos (⁴²⁵).

⁴²³ . Lascano, ob. cit., p. 10.

⁴²⁴ . Calamandrei, Piero, *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, Volumen 1, Ejea, Buenos Aires, 1986, ps. 405 y ss.

⁴²⁵ . No está de más regresar a Calamandrei, que es el gran responsable –según los garantistas– del cambio de tornas. Sostenía el maestro florentino que, “en la concepción tradicional del proceso civil de tipo dispositivo el resorte de todo mecanismo procesal estaba constituido por el conflicto de los intereses individuales

Desde esta perspectiva, no solo queda modificado el sentido del principio dispositivo, sino también el de igualdad y, en definitiva, alcanza a lo que se debe interpretar por debido proceso.

Era obvio que no se postulaba la amistad entre adversarios, sino que el procedimiento no aumentara la hostilidad (por ello la aparición de los principios de lealtad, probidad y buena fe) y dejara de ser un sofisma actuado sobre versiones procurando la auténtica exposición de los hechos y sus consecuencias. Con estos parámetros puede hablarse de un “proceso social”, pero es extremadamente capcioso decir que la socialización del proceso significó amputarle a las partes la libertad y señorío sobre el objeto a resolver ⁽⁴²⁶⁾.

de las partes, que encontraba su terreno de lucha en el contradictorio. A cada parte se le dejaba plena libertad de comportarse en el proceso tal como le era sugerido por su propio interés; pero este estímulo del interés individual se encontraba en definitiva dirigido, sin que la parte se diera cuenta de ello, a la satisfacción del interés público, porque la actividad de cada litigante encontraba frente a sí el control y la reacción de la parte contraria, de suerte que este choque de esfuerzos individuales contrapuestos, del que nacía para el juez imparcial la verdad, se resolvía involuntariamente en una colaboración a los fines de la justicia. Aquel delicado mecanismo de precisión que era, en su concepción tradicional, el principio dispositivo, estaba destinado a funcionar como una ingeniosa combinación de libres cargas, sin necesidad de recurrir a la presión de obligaciones, que forzasen a las partes a realizar, en interés de la justicia, algo que estuviese en pugna con su interés individual. Esto tenía aplicación, sobre todo, para la constatación de la verdad en el proceso de cognición: la parte no tenía, por lo general, la obligación de decir la verdad, sino que tenía solamente la carga de probar, con los medios proporcionados por ella, que sus afirmaciones eran verdaderas...[...]" (ob. cit., p. 413).

⁴²⁶ . No es cierta esa derivación porque es diferente el principio dispositivo respecto de la regla de “aportación de los hechos por las partes”. Un fallo del Tribunal Supremo español se hace cargo de la distinción al señalar que, ...”aunque ambos aparezcan muy interrelacionados entre sí, el principio dispositivo, mejor poder dispositivo, significa que en el campo del proceso civil, las partes disponen del objeto del proceso, en el sentido de ejercitarlo o renunciarlo a su voluntad. Comenzando, respecto del demandante, con la libertad de accionar y en cuanto a la elección de la oportunidad del momento de realizarla, limitado en el orden temporal a la prescripción de la acción y asimismo, iniciado el proceso con el poder de disposición sobre la pretensión, renunciándola o transigiendo, y en cuanto al demandado con la libertad de comparecer o no y de allanarse o transigir la pretensión adversa. En íntima relación con tal principio, pero con independencia o al menos autonomía, figuran los de justicia rogada y de aportación de parte, el primero en cuanto a que el actor determina la iniciación del proceso (*ne procedat iudex ex officio y nemo iudex sine actore*) y puede desistir. En cuanto al de aportación de parte, significa la asunción por cada parte de los elementos de alegación, petición y prueba que vinculan al juez dentro del margen de la pretensión y de su oposición

En consecuencia, no es en el campo de los *principios* donde deben quedar las respuestas, sino, en nuestro parecer, en el terreno de las *garantías*.

9. Conclusiones

Al llegar al final de estas reflexiones de inmediato advertimos lo profundo de los cambios, el esfuerzo de adaptación que los Jueces han realizado en el curso de los tiempos, y la poca sintonía de los códigos procesales que han mantenido un esquema de debate aplicado rigurosamente al principio dispositivo clásico, sin advertir que desde Chiovenda (1903) las variaciones fueron significativas.

La misión constitucional de los jueces en el proceso ha desplazado las formalidades propias del procedimentalismo para centrar la función en la eficacia y en el sentido de “lo justo”.

Para ello, el rigor de los principios, y la poca permeabilidad de las reglas, se convierten en obstáculos al criterio principal que ahora se afirma, por eso, tanto el principio dispositivo como su influencia en la congruencia procesal contienen las extensiones que este capítulo resume desde la dogmática y que bien puede explicarse, con la constante prédica jurisprudencial. En resumen, hablamos de derechos y garantías, nada más.

(ST, sentencia del 7 de diciembre de 1999; cfr. *Los poderes del juez civil en materia probatoria*, Picó I Junoy, Joan – Lluch, Xavier Abel [coordinadores], J.M. Bosch, Barcelona, 2003, p. 22 nota 8).

JURISPRUDENCIA

*** Corte Suprema de Justicia de la Nación * Estado Nacional (Secretaría de Cultura de la Presidencia de la Nación) c/Chaco, Provincia del (Tribunal Superior de la Provincia del Chaco) s/interdicto de obra nueva * 19.09.2006 * Fallos, 329:3879**

- ✓ El principio iuria curia novit, por el que se concede a los jueces la potestad de suplir el derecho que las partes no invocan o que lo hacen erróneamente, no puede ser entendido con un alcance tal que no sólo sustituya instrumentalmente la vía procesal elegida por el demandante mediante la calificación jurídica apropiada, sino que incluso altere la naturaleza y alcances de la pretensión que se promueve, supliendo una actuación que, en el ámbito del principio dispositivo vigente en el proceso civil, es personal de todo sujeto que petitiona ante el Poder Judicial.

*** Corte Suprema de Justicia de la Nación * Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/Estado Nacional y otros s/daños y perjuicios (daños derivados de la contaminación ambiental del río Matanza - Riachuelo) * 24.08.2006 * Fallos, 329:3445**

- ✓ No obstante las importantes razones de economía procesal que justifican la intervención voluntaria de terceros -en cualquiera de sus versiones- en un proceso en trámite, dicho fundamento es desplazado y deja de ser predicable cuando mediante una actuación de esa naturaleza se pretende modificar el contenido objetivo y subjetivo dado por el demandante a la pretensión promovida, pues lo impide el principio dispositivo que mantiene su sitial preeminente.

*** Corte Suprema de Justicia de la Nación * Banco Sudameris Argentina Sociedad Anónima c/ Entre Ríos, Provincia de s/ acción declarativa (inconstitucionalidad) * 20.09.2005 * Fallos, 328:3478**

- ✓ La parte que promueve un proceso asume la carga de urgir su desenvolvimiento y decisión en virtud del principio dispositivo y únicamente queda relevada cuando sólo al tribunal le concierne dictar una decisión.

*** Corte Suprema de Justicia de la Nación * Quiroga, Edgardo Oscar s/ causa N° 4302 * 23.12.2004 * Fallos, 327:5863**

- ✓ El principio acusatorio impone simplemente dissociar las funciones requirente y decisoria, mientras que el principio dispositivo se relaciona con la titularidad del derecho material en crisis (Voto del Dr. Carlos S. Fayt).

*** Corte Suprema de Justicia de la Nación * Fisco Nacional (Dirección General Impositiva) c/ Mendoza, Provincia de s/ ejecución fiscal *06.02.2001 * Fallos, 324:160**

- ✓ La parte que promueve un proceso asume la carga de urgir su desarrollo en virtud del principio dispositivo, sin perjuicio de las facultades conferidas al órgano judicial, y únicamente queda relevada de dicha carga procesal cuando sólo al Tribunal le concierne dictar una decisión.

*** Corte Suprema de Justicia de la Nación * Cabrera, Sergio Daniel s/ p.s.a. robo calificado - causa N° 18/98 * 01.06.2000 * Fallos, 323:1440**

- ✓ En la instancia recursiva rige el principio dispositivo y la voluntad del imputado es la que resulta decisiva, de allí que él pueda desistir de los recursos interpuestos por su defensor, y que a éste, a su vez, se le exija mandato expreso de su representado para hacerlo (arg. art. 443, Código Procesal Penal de la Nación) (Disidencia del Dr. Enrique Santiago Petracchi).

*** Corte Suprema de Justicia de la Nación * De La Torre, Juan Carlos s/ hábeas corpus - causa 550 * 22.12.1998 * Fallos, 321:3646**

- ✓ El principio dispositivo que impera en el hábeas corpus y el carácter sumarísimo del trámite no pueden emplearse en perjuicio de la garantía de la defensa en juicio de los interesados.

*** Corte Suprema de Justicia de la Nación * La Romería S.A. s/ concurso preventivo s/ incidente de revisión promovido por la concursada contra el crédito de Cattorini Hnos. S.A. * 11.06.1998 * Fallos, 321:1669**

- ✓ La función jurisdiccional que la ley asigna al juez concursal está asignada por las facultades inquisitoriales que le confiere en tutela del interés general comprometido y de eventuales acreedores ausentes, y no puede ser resignada so pretexto de hallarse atado por los límites del principio dispositivo.

*** Corte Suprema de Justicia de la Nación * Flores de Carrizo, Zulema Noemí c/ Paulino, Armando Carrizo y otro s/ sumario * 27.12.1996 * Fallos, 319:3363**

- ✓ Debe rechazarse el agravio fundado en que el principio dispositivo impide alterar la sentencia consentida por uno de los litisconsortes, pues su mecánica aplicación llevaría a la contradictoria solución de que mientras el tercero civilmente responsable es liberado de toda obligación por no haber cometido su dependiente un hecho ilícito, éste es condenado a resarcir por un hecho del cual fue exculpado (Disidencia de los Dres. Julio S. Nazareno, Eduardo Moliné O'Connor y Gustavo A. Bossert).

*** Corte Suprema de Justicia de la Nación * Mostaccio, Julio Gabriel s/ homicidio culposo * 17.02.2004 * Fallos, 327:120**

- ✓ El modelo procesal delineado por la Constitución distingue claramente la función de perseguir y acusar de la función de juzgar y penar, las cuales son independientes y distintas, y cada una de éstas está a cargo de órganos diferenciados y autónomos y el principio acusatorio sintetizado en los aforismos latinos *ne procedat iudex ex officio* y *nemo iudex sine actore* -el juez no actúa de oficio y no hay juicio sin actor- tiene por finalidad asegurar que el tribunal que juzga no se encuentra comprometido con la imputación que está llamado a resolver, asegurando la imparcialidad del tribunal (Disidencia de los Dres. Carlos S. Fayt y Adolfo Roberto Vázquez).

*** Corte Suprema de Justicia de la Nación * Banco Nación Argentina s/ sumario averiguación defraudación * 10.04.2003 * Fallos, 326:1106**

- ✓ Detrás del aforismo *ne procedat iudex ex officio* se pretende reflejar un sistema gobernado por principios que se asemejan a los de los procedimientos acusatorios. El carácter "formal" con el que se caracteriza al principio en los sistemas de enjuiciamiento denominados mixtos, por oposición a su vigencia "real" en los antiguos procesos acusatorios, encuentra razón de ser en que sigue siendo el Estado, a través de un órgano especial, el que produce el impulso externo que exige el aforismo; de allí la importancia de la división de órganos y la conservación de la especialidad de las competencias en la tarea de persecución penal (Disidencia del Dr. Augusto César Belluscio).
- ✓ A través del aforismo *ne procedat iudex ex officio* se pretende centrar la atención en un concepto del principio acusatorio para transformarlo en garantía orgánica, que no sólo sirva para asegurar el derecho de defensa en juicio y la imparcialidad del juzgador, sino también como forma de ejercer el poder penal que intente reflejar, en el ámbito que le corresponde, el origen iluminista de la división de poderes, según el cual la actividad requirente y la decisoria no pueden quedar en manos de la misma persona ni de los mismos órganos o poderes (Disidencia del Dr. Augusto César Belluscio).

CAPÍTULO XIII

EL PRINCIPIO DE CONGRUENCIA

1. Significados de la congruencia

El juez no puede actuar fuera del marco de lo pedido por las partes. La aplicación práctica del principio significa que le está prohibido resolver sobre cuestiones no propuestas.

Tampoco puede dar una solución distinta o diferente a la que se planteó entre el objeto de la demanda y la resistencia; ni tiene la posibilidad de ampliar la condena superando la expectativa que se expuso en los escritos postulatorios.

Una incursión distinta genera los llamados “defectos de congruencia”, que se relacionan con los deberes del juez al tiempo de dictar sentencia, los que si bien se vinculan con la pretensión y los sujetos procesales, en materia probatoria puede ser extendido. Así lo permite, por ejemplo, el art. 163 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, cuando dice que: “*La sentencia podrá hacer mérito de los hechos constitutivos, modificativos o extintivos, producidos durante la sustanciación del juicio y debidamente probados, aunque no hubiesen sido invocados oportunamente como hechos nuevos*”.

También la congruencia puede quedar afectada si los hechos que se reciben en el proceso son ampliados o replanteados, y con ello se permite modificar o transformar la demanda.

Si bien es cierto, en la mayoría de los ordenamientos procesales rige la regla de preclusión, por el cual, todo tiene su tiempo y ocasión para quedar en el proceso; también lo es que en un sistema que no sea rigurosamente preclusivo, existe la posibilidad de deducir nuevas pretensiones (⁴²⁷), modalidad que no se da en ninguno de los códigos procesales de nuestro país.

⁴²⁷ . En la historia del proceso civil el principio de la *preclusión elástica* de las deducciones (cfr. Díaz, ob. cit., p. 377) fue explicada por Calamandrei sosteniendo que tenía nacimiento en el código de procedimiento civil italiano. En la Relación de

En suma, el principio de congruencia es una proyección del principio dispositivo exigiendo que la sentencia definitiva se refiera estrictamente al objeto procesal planteado como pretensión de las partes; por lo cual, sólo éstas podrán quedar alcanzadas por el pronunciamiento; y los hechos referidos serán, únicamente, los alegados por las partes (⁴²⁸).

2. Ampliaciones de la congruencia hacia sujetos que no son partes

No obstante la afirmación que cierra el párrafo que precede, es posible constatar que, sin que signifique quiebre alguno en el derecho de defensa en juicio, la sentencia puede alcanzar a terceros que no fueron “parte” en sentido procesal.

a) Un caso posible surge del artículo 96 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación cuando tolera que la sentencia dictada en los autos principales afecte a terceros como a quienes son partes originarias en el proceso.

Esta disposición ha generado interpretaciones distintas. Un sector de la doctrina indica que hay que distinguir, a los fines de establecer el alcance de la condena, si el tercero que concurre el proceso llega por citación de la parte actora o del demandado.

Grandi se dijo: “Reiteradas experiencias históricas han demostrado que, si son graves los inconvenientes derivados de adoptar el principio de libertad de las deducciones, no son menos serios los que pueden provenir de la rígida aplicación del principio de preclusión y de eventualidad. También aquí están en juego dos exigencias opuestas: por una parte, está el interés en la consecución de la verdad, el cual aconseja dejar hasta el momento de la decisión definitiva, abierta la puerta a todas las deducciones, incluso tardías, ya que ellas pueden aportar al juez elementos de convicción útiles a los fines de la justicia; por la otra, está el interés en la rapidez y en la buena fe procesal, que exige que las partes no prolonguen el proceso con una bien dosificada destilación de las deducciones mantenidas en reserva, y quiere que desde el principio vuelquen ellas el saco de sus razones, sin preparar los expedientes para las sorpresas de última hora. En un sistema procesal que satisfaga plenamente la primera exigencia, se corre el riesgo, por amor a la verdad, de dejar libre el campo a la táctica dilatoria; mientras que si se satisface plenamente la segunda exigencia, hay peligro, en gracia a la rapidez de sacrificar la justicia” (Calamandrei, *Instituciones*, ed [1943], p. 310).

⁴²⁸ . Dice el art. 364 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación: “No podrán producirse pruebas sino sobre hechos que hayan sido articulados por las partes en sus escritos respectivos. No serán admitidas las que fueren manifiestamente improcedentes o superfluas o meramente dilatorias”.

Si fuera el demandante quien lo emplaza, no hay dudas que la decisión lo comprende con la extensión que adquiere al convertirse en parte. Mientras que si el comparecimiento proviene por el pedido del demandado, al que no adhiere el actor, la sentencia no lo puede afectar, toda vez que el actor no ha hecho extensiva la demanda (principio dispositivo); y si al tercero se le aplica el efecto del art. 96 se alteraría el principio de congruencia según el cual no se puede dictar sentencia más allá de lo pedido.

Cuando se trata de citación directa, el emplazamiento en los términos de los arts. 94 a 96 del Código Procesal supone convertir en una verdadera parte al tercero citado (⁴²⁹).

En consecuencia, la participación del tercero en el juicio estaría limitada a su interés, sin que pueda extenderse fuera de lo que afecta a su derecho.

La Cámara Nacional en lo Civil, en pleno, ha resuelto que *no es factible dictar condena contra el tercero obligado, que fuera citado al proceso a propuesta del demandado y que constituye con éste un litisconsorcio pasivo facultativo* (1992/03/04, "*Balebona, Manuel c. Storzi, Daniel*", DJ, 1992-1, 961).

No obstante, la Corte en votos disidentes ha dicho que, el tercero citado a juicio en los términos de los arts. 94 y 96 del Código Procesal debe ser admitido como parte demandada si contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones del actor y solicitando su rechazo. Por tanto, en la medida del alcance de su responsabilidad, corresponde incluirlo en la sentencia, que deberá afectarlo como a los litigantes principales (del voto del doctor Vázquez) (⁴³⁰)

⁴²⁹ . La intervención de la aseguradora citada en garantía constituye un supuesto de litisconsorcio pasivo necesario pues el tercero está coactivamente obligado mientras esta intervención es de carácter accesorio; solo puede hacerse en el juicio contra quien será civilmente responsable y conforme con el principio de que lo accesorio sigue la suerte de lo principal. En este caso no hay dudas que la sentencia dictada lo alcanza plenamente. Por eso se afirma que: "Cuando se trata de supuestos de intervención simple, se argumenta que el tercero convocado a juicio a pedido del demandado en los términos del art. 94 del Código Procesal no puede ser objeto de condena, pese a lo dispuesto en el último párrafo del art. 96 del mismo cuerpo legal" (CNFed. Civ. y Com., Sala III, 1999/12/16, "*Avellaneda Coop. de seguros Ltda. c. Capitán y/o Arm. y/o Prop. Buque Prosperity*", La Ley, 2000-C, 901 [42.655-S] - DJ, 2000-2-222).

⁴³⁰ . CS, 1996/08/20, "*Barrio Juniors S. R. L. c. Marich, Santiago*", La Ley, 1997-C, 502). Los tribunales inferiores sostienen que la regla por la cual la sentencia afecta al

Ahora bien, si nos guiamos por los principios procesales aplicables a todo tipo de procesos, la demanda se dirige contra quienes el actor menciona en el escrito constitutivo y persigue alcanzar y comprometer con sus pretensiones. Por su parte, el demandado resiste a la pretensión, es decir, no tiene una demanda propiamente dicha contra el actor; sólo se defiende.

En consecuencia, la *litiscontestatio* supone el enfrentamiento entre partes conocidas y libremente dispuestas por quienes son "justas partes"; mientras que la incorporación de terceros, es un fenómeno extraño pero necesario para la regularidad de la instancia y el derecho a obtener una sentencia útil y efectiva.

Por ello, la expresión del artículo 96, huidiza e imprecisa, que supone hacer extensiva la sentencia a los terceros como si fueran los litigantes principales, debiera interpretarse de acuerdo con las modalidades del comparecimiento.

Si es parte, con iguales facultades que el actor, y sin sujeción alguna respecto a éste, es obvio que la decisión lo afecta como a los demás.

Si es un tercero adhesivo simple, la sentencia no lo puede alcanzar, porque la decisión tiene a su respecto efectos declarativos.

Si el tercero resulta emplazado por el demandado y el actor no adhiere a la citación, la concurrencia de aquél al proceso significará asumir la posición que le corresponda como parte, pero la sentencia tendrá sobre él efectos declarativos y no constitutivos.

El párrafo final del artículo 96 es un agregado de la ley 25.488. Por él se deja en claro que la discusión antes expuesta se resuelve en favor de la ejecución de la sentencia contra el tercero, siempre que sus posibilidades de alegato y prueba no se encuentren disminuidos en el proceso donde interviene, o se trate de cuestiones donde no pudiera argumentar y obtener una sentencia exclusiva pues le estaría vedado por la materia de debate y decisión donde interviene (⁴³¹).

tercero como a los litigantes principales no significa que pueda hacerse recaer el pronunciamiento condenatorio sobre aquél, sino que el mismo puede constituir un antecedente favorable para la fundabilidad de la pretensión de regreso que el demandado pueda interponer frente al tercero (CNCom., Sala B, 1999/09/13, "*Trans Cereal S. R. L. c. Sogemet S. A. y otro*", La Ley, 2000-E, 601, con nota de Eduardo L. Gregorini Clusellas - DJ, 2000-3-697).

⁴³¹ . Atinadamente afirma Mabel A. De los Santos que si bien es cierta la íntima vinculación entre el principio de congruencia y la garantía de la defensa en juicio; también lo es que esta relación no siempre se presenta tan estricta, sobre todo,

La reforma introduce la ejecución directa contra el tercero, evitando lo dicho respecto a que tenga la sentencia efectos declarativos que obligan a sustanciar otro procedimiento persecutorio de condena.

b) Además del supuesto de terceros alcanzados por la sentencia, hay otros donde siquiera toman intervención en el litigio ni son emplazados a constituirse en parte.

¿Puede la sentencia alcanzarlos sin mella a la garantía del debido proceso?

Observemos un ejemplo común: se demanda los daños y perjuicios habidos por la pérdida de una vida humana ocasionada al caer en una alcantarilla no tapada que queda cubierta en días de lluvia. La pretensión persigue solamente una indemnización dineraria. Luego, probados los hechos y determinada la culpa de los responsables, se decide dictar sentencia favorable, pero al mismo tiempo, se ordena que la alcantarilla sea cubierta para evitar perjuicios similares. La obra debe llevarla a cabo quien no fue parte procesal.

La actuación judicial es preventiva y, a pesar de estar fuera del marco de la congruencia objetiva (pretensión material) y subjetiva (partes del proceso), no afecta la garantía señalada pues se ha modificado el eje normativo de atención.

En efecto, existe un tránsito de la reparación *ex post facto* a la prevención del daño, que supone al mismo tiempo, alterar sin fisuras a las reglas de la bilateralidad y contradicción para lograr así una solución justa.

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 garantizar en su integridad al derecho en sí mismo.

El carácter de *mandamiento de abstención* o *la orden de hacer o no hacer* que con la extensión del fallo se propicia, enfrenta un conflicto

cuando es necesario acordar a los principios procesales un rango prevalente. Precisamente las excepciones legisladas al principio de congruencia tienen por finalidad suministrar instrumentos al juez para la correcta armonización de los principios y garantías vinculados al debido proceso. Pero además de los casos legislados, el juez puede flexibilizar la congruencia cuando sea menester a los fines de cumplir con la garantía de la tutela efectiva en tanto con ello no resulte afectado el derecho de defensa...[...] (*Postulación y flexibilización de la congruencia*, en Revista Iberoamericana de Derecho Procesal, año IV n° 6, 2004, p.245).

natural con la idea de reparar sin daño causado, porque la decisión judicial que en tal sentido pudiera ser dictada, tendría que elaborar un fundamento diferente a la definición clásica del hecho ilícito contractual, delictual o cuasidelictual.

Afirma Lorenzetti que la doctrina se ha concentrado en la redefinición de la causa fuente del crédito: si en el derecho clásico era el hecho ilícito contractual, cuasidelictual o delictual, ahora se avanza hacia la unificación y la sustitución de estos principios por la noción de daño injusto. A ello se le agrega un nexo adecuado de causalidad y un factor de atribución de responsabilidad, a fin de configurar finalmente el crédito indemnizatorio (⁴³²).

Probablemente desde la pura dogmática tal decisión esquive principios procesales muy arraigados; e inclusive, se podrá afirmar que altera la función judicial al provocar una decisión que se parece demasiado a un acto administrativo. No obstante, cómo negar que con ella se esta dando una solución justa.

c) Hay aún más supuestos donde la congruencia no se afecta más allá de condenar a sujetos que no han sido partes en el proceso que dicta la sentencia que los vincula.

Uno de ellos radica en los procesos constitucionales que permiten extender la cosa juzgada a terceros; supuesto lógico que solo enunciamos para no confundirlos con la extensión que queremos señalar para el proceso civil (⁴³³).

⁴³² . Lorenzetti, Ricardo L. *La tutela civil inhibitoria*, La Ley, 1995-C, 1217.

⁴³³ . El Código Modelo Tipo para acciones colectivas, aprobado en 1998 por el Instituto Iberoamericano de Derecho procesal, dispone: *Art. 33.- Cosa juzgada*: En los procesos colectivos de que trata este Código, la sentencia hará cosa juzgada *erga omnes*, excepto cuando la pretensión fuere rechazada por insuficiencia de pruebas, caso en el cual cualquier legitimado podrá intentar otra acción, con idéntico fundamento, si se valiere de nueva prueba.

Par. 1º. Asimismo, en la hipótesis de rechazo basado en las pruebas producidas, cualquier legitimado podrá intentar otra acción, con idéntico fundamento, en el plazo de 2 (dos) años contados desde el conocimiento de nueva prueba superveniente, que no hubiera podido ser producida en el proceso, siempre que ella sea idónea, por sí sola, para modificar el resultado del proceso.

Par. 2º - Tratándose de intereses o derechos individuales homogéneos, en caso de rechazo de la pretensión, los interesados podrán deducir la acción de indemnización a título individual.

Otros ocurren con los denominados procesos sociales, en los cuales el juez o Tribunal deben trabajar sobre un concepto diferente.

Nos referimos a la función social que se reclama de los jueces. De hecho son múltiples las manifestaciones que dan muestras suficientes de la adaptación permanente de las sentencias a la realidad donde se insertan (⁴³⁴), morigerando con ellas el rigor técnico de algunos principios procesales.

El análisis que se propone para convalidar este criterio es diferente al tradicional. 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

Par. 3°. Los efectos de la cosa juzgada en los procesos de tutela de intereses o derechos difusos, no perjudicarán las acciones de indemnización por daños personalmente sufridos, propuestas individualmente o en la forma prevista en este Código, pero si hubiera sido declarado procedente el pedido, tales efectos beneficiarán a las víctimas y a sus sucesores quienes podrán solicitar la liquidación y la ejecución en los términos de los artículos 22 a 24.

Par. 4°. Lo dispuesto en el párrafo anterior, es aplicable a la sentencia penal condenatoria.

Par. 5°. La competencia territorial del órgano juzgador no implicará una limitación para la cosa juzgada *erga omnes*.

⁴³⁴ . Por ejemplo, para analizar la constitucionalidad del art. 24 de la ley 24.463, que establece su aplicación inmediata a las causas en trámite y la conversión de las radicadas ante la Cámara de Apelaciones de la Seguridad Social que se encuentren pendientes de sentencia al procedimiento previsto en esa ley, debe considerarse que la naturaleza alimentaria de los créditos previsionales exige una consideración particularmente cuidadosa para que no se afecten sus caracteres de integrales e irrenunciables. Asimismo, no debe olvidarse que el tema se relaciona con la justicia de protección o acompañamiento y que el derecho a obtener una rápida y eficaz decisión judicial integra la garantía de la defensa en juicio (CNSeg. Social, Sala II, 995/09/27, “Hussar, Otto c. ANSeS”, La Ley, 1996-B, 83, con nota de María del Carmen Besteiro - DJ, 1995-2-821 - DT, 1995-B, 2157).

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) (CS, 1983/08/02, “*Abal Medina, Juan M.*”, ED, 107-165 - Fallos, 305-973 - JA, 984-I-30).

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 vincula directamente con este poder.

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, tal como veremos en el párrafo siguiente.

Finalmente, la función ha de estar atenta a toda alteración que esté en sus manos corregir.

Se ha dicho que, episodios como el del "*sub judice*" en que empleados policiales exigen dinero para no llevar adelante un procedimiento merecen severo repudio y ejemplificadora sanción, para desalentar a quienes no quieren aún comprender que no pueden agraviar impunemente a las instrucciones sobre las que se asienta la paz y la seguridad de todos. Hechos de esta naturaleza, de reiteración desafortunada en los últimos tiempos producen alarma social, pues se ha corrompido la conciencia del servicio público y se ha adulterado hasta lo profundo la responsabilidad de aquellos a quien el Estado arma para defensa de sus conciudadanos. Ocasiona ello hondo deterioro que salpica a los que cumplen fielmente con su deber, al envolverlos en la generalizada desconfianza que se despierta en el hombre común cuando precisamente aquellos destinados a custodiarlo, lo esquilmán y escarnecen con la alta misión que les fuera conferida (en el caso, se imponen cuatro años de prisión, ocho de inhabilitación especial, accesorias legales y costas para cada uno de los condenados, habiéndose absuelto a uno de los procesados por aplicación del art. 13 del Código de Proced. Criminal (CNCrim. y Correc., Sala IV, 1979/10/12, “*Lepera, José A.*”, La Ley, 1980-A, 531) ⁽⁴³⁵⁾).

⁴³⁵ . Claro es que esta posición es resistida por un sector polémico de la doctrina. Montero Aroca afirma que después de casi todo un siglo de entrecruzarse de concepciones sobre 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

3. Ampliaciones de la congruencia en la pretensión

La posibilidad de resolver fuera del marco de lo pedido no agravia el derecho de defensa ni conspira con la garantía del debido proceso (⁴³⁶).

No se trata de cambiar el interés puesto de manifiesto en la demanda, ni de socavar el derecho del litigante a satisfacerlo en la misma proporción que ha propuesto, sino de advertir que, la cosa demandada no es un objeto estanco y acotado, sino un marco de referencia donde el poder del que pide e inclusive, la misma negociación entre las partes, permite reconducir o replantear la pretensión llevándola a una flexibilidad que el principio de congruencia, en los parámetros actuales, no admite ni tolera.

No se trata, claro está, de alterar la pretensión sin que la parte interesada resuelva el cambio o la reversión, sino de impulsar la transformación del objeto pedido cuando de las propias contingencias de la causa se advierte la eficacia de propiciar soluciones alternativas.

Este fenómeno se visualiza en diversas variables, como puede ser la determinación en la sentencia condenatoria de una reparación en cuotas; o en especie. O bien, cuando se restituye el derecho alterado y se promueve entre las partes la negociación para evitar conflictos futuros. También, cuando se interpreta la conducta de las partes y se altera el sentido de la

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 (*Los principios políticos de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil española*, cit., p. 76).

⁴³⁶ . Afirma Oteiza que el juez llamado a decidir el conflicto puede enfrentarse a la necesidad de indagar sobre lo realmente pedido, lo cual no significa que haga suya la petición o la desarrolle a su gusto. En una contienda referida a derechos privados la decisión debe guardar correspondencia con el pedido de reconocimiento de esos derechos, lo cual no soluciona el problema de la falta de claridad en el lenguaje utilizado en el proceso. Cierta flexibilidad otorgada al juez a la hora de meritar el alcance de lo pedido y su correspondencia con el eje del debate no supone una injerencia del Estado en la esfera de la autodeterminación, sino la capacidad de moderar las formas empleadas para discutir con mayor libertad en el campo favorable a la fiel expresión de las posiciones de las partes (Oteiza, Eduardo D., *El juez ante la tensión entre libertad e igualdad*, en *Revista de Derecho Procesal* (número extraordinario en homenaje a J. Ramiro Podetti), Rubinzal, Buenos Aires / Santa Fe, 2004, p. 226).

pretensión sin quebrar la índole de la satisfacción y el derecho a una sentencia justa (⁴³⁷).

⁴³⁷ . El voto de Eduardo De Lázari en los autos "*L. F. F. c/ Municipalidad de La Plata s/ Demanda contencioso administrativa*", causa B.58.760 (SC Buenos Aires, 7.03.2007) testimonia como se puede variar la pretensión haciendo verdadera justicia. Sostiene entre muchos y variados fundamentos el profesor de La Plata que [...] las normas deben ser interpretadas de un modo que permita descubrir su armonía con los derechos por cuyo ejercicio velan. Que existe una coherencia de contenido entre los requerimientos procesales y los derechos fundamentales. Y que unos y otros no pueden ser entendidos aisladamente, sino leerse como una conjunción sistémica de resguardos a la dignidad personal (conf. mi voto en Ac. 35.064, sent. del 22.X.1985; Ac. 52.544; sent. del 7.II.1995; Ac. 75.329, sent. del 18.V.2001, entre muchas otras). Es tiempo una vez más de recordar y aplicar esa doctrina, sobre todo cuando se trata, como en el caso, de restaurar la vigencia de los derechos de la parte manifiestamente más débil en la relación sustancial. 3. Decidir que al actor le cabe razón pero, en vez de restituirlo adonde trata de volver para ejercer su actividad injustamente impedida, abrir un prisma de posibilidades inciertas que en definitiva tendrá que ofrecer la misma entidad a la que demandó, me parece que sólo sirve para que permanezca la situación de conflicto.

Si la decisión a la que arriba luego de todo este largo tiempo resulta ser que las propias partes deben acordar la solución a su controversia (aunque se le dé sentido imperativo a esa necesidad): ¿qué pasará si, como hasta ahora, siguen sin lograrlo? ¿se reiniciarán las actuaciones fenecidas?

Podrá decirse que comportará flagrante violación del principio de congruencia, estrepitoso desborde del juzgador extra, *infra* y *ultra petita*, instalación en un terreno no querido por las partes, quebrantamiento de principios procesales consagrados desde siempre. Sin embargo no me arredran tales objeciones en esta insoslayable misión de hacer justicia. Sostengo la posibilidad de trascender en las especialísimas circunstancias del caso el marco estricto y a la vez estrecho? si se lo interpreta cerradamente? de la pretensión y su réplica, aprehendidas en forma literal. Sobre la base de los ya recordados principios fundamentales contenidos tanto en la Constitución de la Nación como en la de la Provincia, que exigen prioritaria atención al problema de la discapacidad, al cobijo de la tutela judicial continua y efectiva que consagra el art. 15 de la carta magna local, entiendo que una particularísima circunstancia acaecida en la causa permite hacer pie en ella para otorgar el sentido que postulo a la decisión a adoptarse. Me refiero a la conducta de la propia Municipalidad, que precedentemente ha quedado debidamente esclarecida mediante la transcripción de lo que expresara en su presentación de fs. 172 vta. Allí ofreció un permiso de uso de espacios públicos en diversos lugares alternativos, atendiendo a la discapacidad del demandante y procurando hallar salida a su problema. Mediante esa propuesta superadora, ha tenido lugar una suerte de allanamiento parcial al sentido último de la pretensión, exteriorizando una voluntad razonablemente componedora. A todo esto, la conducta de las partes en el proceso es pauta primera de interpretación (doctrina del art. 163 inc. 5° del C.P.C.C. de la Nación).

En esa línea, de lo demandado debe extraerse el verdadero núcleo, soslayando la ya demostrada improcedencia de atribución de un puesto determinado en un lugar determinado [...]

La evolución de nuestros tiempos procesales demuestra acabadamente que es posible la solución que procuro. Repasando sucintamente distintos fenómenos, puede apreciarse por ejemplo que la Corte Suprema ha dado cabida desde hace décadas a la doctrina de la arbitrariedad, sin texto alguno que la consagre y aún en contra de los textos que explícitamente discriminan las hipótesis de admisibilidad del recurso extraordinario federal. Nuestro propio Tribunal, constreñido legalmente al tratamiento de cuestiones de derecho, interviene cotidianamente en las de hecho y prueba sobre la base del concepto de absurdo. La misma Corte federal, en el desgraciado caso "Morales María Soledad", (7-VII-1992), ha expresado que "la utilización de los poderes destinados a salvaguardar el correcto y eficaz ejercicio de la función jurisdiccional por parte de los magistrados intervinientes, constituye un imperativo categórico". Agregando en el mismo precedente que la necesidad de "afianzar la justicia" impone la exigencia de encauzar las actuaciones de modo que ambas partes puedan alcanzar rápidamente el objetivo que persiguen mediante su actuación en el proceso.

El soporte, entonces, de esta manera de situar el litigio, proviene de la propia Constitución. Ha expresado Morello, en este sentido, que ella es una norma cualitativamente distinta porque incorpora el sistema de valores esenciales que ha de contribuir al orden de conveniencia social. Se adapta, vía interpretación, a todos los tiempos y circunstancias e informa y orienta a la totalidad del ordenamiento. Es el espejo en el que al cabo se refractan las libertades y sus razonables limitaciones. La observancia del sistema de valores incorporados en la Constitución requiere la más exquisita, prudente y lúcida interpretación teleológica (El proceso justo, p. 567 y sgts.). En el área de la justicia de protección? nada menos que a la discapacidad?, la flexibilidad llega al máximo, vedándose cualquier frustración de derechos de hondo contenido social. La dignidad de la persona humana constituye el centro sobre el que gira la organización de los derechos fundamentales del orden constitucional (CS, Fallos, 314:424, 441/442). El art. 22 de la Declaración Universal de Derechos Humanos establece que toda persona tiene derecho a la satisfacción de los derechos económicos y sociales "indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad". Todo lo cual armoniza con otro principio señero de nuestra Constitución nacional y del Derecho Internacional de los Derechos Humanos: la Justicia Social, conceptuada por el Máximo Tribunal de la Nación como "la justicia en su mas alta expresión", consistiendo "en ordenar la actividad intersubjetiva de los miembros de la comunidad y los recursos con que ésta cuenta con vistas a lograr que todos y cada uno de sus miembros participen de los bienes materiales y espirituales de la civilización", "por medio de la cual se consigue o se tiende a alcanzar el bienestar, esto es, las condiciones de vida mediante las cuales es posible a la persona humana desarrollarse conforme con su excelsa dignidad" ("Fallos", 289:430, 436; 293:26,27; art. 75 inc. 19, CN).

En resumen, el camino esbozado ciertamente no refleja la ortodoxia procesal. Pero los jueces deben juzgar las cuestiones meramente formales con criterio amplio a

En definitiva, hablamos de “hacer justicia”, y a sabiendas de que el principio de congruencia se instala entre las garantías propias del derecho de defensa, no existirá contraste si quien peticiona una cosa, y encuentra que en la sentencia no hay conformidad, adecuación o correlación con ella, pero se le da el sentido de lo justo, no importará el defecto o el exceso.

En otros términos, no existirá incongruencia cuando se decida sobre una pretensión que, aunque no fue formal o expresamente ejercitada, estaba implícita o era consecuencia inescindible o necesaria de los pedimentos articulados o de la cuestión principal debatida en el proceso. Porque para que el vicio afecte el derecho de defensa deberá mostrar un absoluto desvío de la pretensión con consiguiente indefensión y sustracción a las partes del verdadero debate contradictorio produciéndose un fallo extraño a las respectivas pretensiones de las partes, de forma que la decisión judicial, se

fin de no perjudicar un reclamo que se vincula con un beneficio de naturaleza alimentaria (C.S., Fallos, 280:75; 294:94). Un estricto apego al principio de congruencia conduciría a la ya enunciada repulsa. Sin embargo, los conceptos procesales admiten flexibilización en supuestos excepcionales como el que nos ocupa. De allí que corresponda armonizar aquellas exigencias de tipo formal con las particularidades que se presentan, para que las decisiones judiciales sean verdaderamente útiles. Hay un verdadero principio de utilidad de la sentencia, que se vincula con otro preponderante que es el valor eficacia del servicio de justicia, que ha de servir verdaderamente para cumplimentar el auténtico rol de la jurisdicción de suprimir los conflictos y lograr la paz social. En otras palabras, debe tenerse clara conciencia de la función instrumental del proceso, cuyo objeto radica en la efectivización de los derechos (conf. L. 81.216, "*Castro*", sent. del 22-X-2003; L. 82.888, "*Adasme*", sent. del 18-II-2004; L. 79.806, "*Pungitore*", sent. del 1-III-2004, entre otras).

Pesa sobre los jueces un específico deber: el de ponderar qué es lo que se seguirá de su fallo, cuáles consecuencias o efectos, el sentido, alcance y derivaciones del resultado al que arriben. No pueden permanecer indiferentes a esos resultados. Habrán de representárselos formulando una tarea de verificación de los mismos en función del valor justicia. Esta ponderación de las consecuencias de la decisión ha sido sostenida reiteradamente por la Corte Suprema: "Si la inteligencia de un precepto, basada exclusivamente en la literalidad de sus términos, conduce a resultados que no armonizan con principios axiológicos superiores, arriba a conclusiones reñidas con las circunstancias del caso o a consecuencias notablemente disvaliosas, la interpretación de la ley debe integrarse a su espíritu, a sus fines y a los principios fundamentales del derecho en grado y jerarquía en que estos son valorados por el todo normativo" (Fallos, 302:1284). "La aceptación de soluciones disvaliosas es incompatible con la misión de los jueces" ("Fallos", 313:1238).

Es por ello que existe un compromiso y una responsabilidad social de la justicia en cumplimentar tales objetivos y en desarrollar acciones que prevengan, eviten o hagan cesar determinados daños o circunstancias disvaliosas, lo que emerge de la propia Constitución (Preámbulo, arts. 14, 28, 33, etc.).

haya pronunciado sobre temas o materias no debatidas oportunamente en el proceso y respecto de las cuales, por consiguiente, las partes no tuvieran oportunidad de ejercitar adecuadamente su derecho de defensa, formulando o exponiendo las alegaciones y argumentos que tuvieran por conveniente en apoyo de sus respectivas posiciones procesales (⁴³⁸).

⁴³⁸ . Cfr. Revista Internauta de Práctica Jurídica Núm. 3 (septiembre- diciembre, 1999), “*La congruencia como requisito de la sentencia en la jurisprudencia constitucional del año 1998*”, Sergio González Malabia, Universidad de Valencia.

JURISPRUDENCIA

*** Corte Suprema de Justicia de la Nación * Asociación de Superficiarios de la Patagonia c/Y.P.F. S.A. y otros s/daño ambiental * 26/08/2008.**

- ✓ Si los serios defectos que sostuvieron el anterior pronunciamiento del Tribunal que admitió la defensa de defecto legal no han sido subsanados en una medida apta para permitir una defensa constitucionalmente sostenible por parte de las emplazadas ni una sentencia fundada y respetuosa del principio de congruencia, corresponde hacer efectivo el apercibimiento dispuesto por el art. 354, inc. 4° del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación teniendo a la actora por desistida del proceso (Disidencia de los Dres. Ricardo Luis Lorenzetti y Carmen M. Argibay).

*** Corte Suprema de Justicia de la Nación * San Luis, Provincia de c/Graciela Puw Producciones s/ordinario * 12/08/2008.**

- ✓ Si de los términos en que quedó trabada la litis surge que la actora demandó a una comunidad patrimonial imprecisa caracterizada por un nombre de fantasía que en el caso -frente a terceros- identifica inequívocamente a uno de sus integrantes, quien -por otra parte-se presentó en interés propio reconociendo tanto la relación contractual como la existencia de un débito, admitiendo su responsabilidad como integrante de una sociedad de hecho, debe ser considerada como sujeto pasivo de la pretensión y definida su situación en la sentencia con arreglo al principio de congruencia, sin perjuicio de diferir para la etapa de ejecución de sentencia el conocimiento de la responsabilidad concreta que podrá extenderse a las personas físicas que hubieran desarrollado una actividad -en nombre y por cuenta de la sociedad - de la que pueda inferirse una relación societaria (arts. 23 y 56 de la ley 19.550).

*** Corte Suprema de Justicia de la Nación * Medina, Orlando Rubén y otro c/Solar Servicios On Line Argentina S.A. y otro s/interrupción de prescripción * 26/08/2008.**

- ✓ El artículo 18, ítem 2, de la ley n° 24.557, en su redacción original, en cuanto soslaya a los progenitores del trabajador siniestrado, afecta su derecho de propiedad, pues no resulta razonable, en un marco de congruencia y ecuanimidad legal, que se prive a aquéllos de reparación, colocándolos en peores condiciones a las que se hallaban antes de acaecer el evento, pues se trata de familiares consanguíneos a quienes la ley reconoce derecho a los alimentos (art. 367, C.C).

*** Corte Suprema de Justicia de la Nación * Banco Cetelem Argentina S.A. c/Director Nacional de Comercio Interior -disp. 174/05- * 26/08/2008.**

- ✓ El agravio invocado en el recurso extraordinario -violación del principio de congruencia- suscita cuestión federal suficiente para habilitar la instancia, pues la sentencia que confirma la sanción impuesta al banco por supuesta violación a la norma que preveía el tamaño de letra a emplear en los convenios de consumo, no satisface las condiciones de validez en tanto en él ninguna referencia se hace a las cuestiones planteadas por el recurrente, sustentándose exclusivamente en fórmulas dogmáticas y genéricas, menoscabando la adecuada fundamentación exigible a los fallos judiciales y lesionando el derecho de defensa en juicio.

*** Corte Suprema de Justicia de la Nación * Antognazza, María Alexandra s/p.s.a. abandono de persona calificado -causa N° 19.143/2003- * 11/12/2007 * Fallos, 330:4945**

- ✓ El recurso extraordinario carece de la fundamentación autónoma que exige el artículo 15 de la ley 48, si no se demuestra, en las circunstancias concretas del sub lite, la vulneración constitucional invocada, ya que el apelante alega la afectación al principio de congruencia sólo con base en el cambio de calificación legal dispuesto por el a quo y en el análisis que dicho tribunal realizó acerca de ambas figuras penales, mas omite referirse a los hechos que constituyeron la materia del juicio e indicar en qué consistió la variación que -en su opinión- habrían sufrido, a pesar de que esta última circunstancia es la que importa y decide la cuestión.
- ✓ El principio de congruencia alude a que cualquiera sea la calificación jurídica que en definitiva efectúen los jueces, el hecho que se juzga debe ser exactamente el mismo que el que fue objeto de imputación y debate en el proceso, es decir, aquel sustrato fáctico sobre el cual los actores procesales desplegaron su necesaria actividad acusatoria o defensiva. (Disidencia de los Dres. Ricardo Luis Lorenzetti, Juan Carlos Maqueda y E. Raúl Zaffaroni).

*** Corte Suprema de Justicia de la Nación * Ciuffo, Javier Daniel s/causa N° 5579 * 11/12/2007 * Fallos, 330:5020**

- ✓ Si bien el principio de congruencia exige que el hecho que se juzga debe ser exactamente el mismo que fue objeto de imputación y debate en el proceso, es decir, aquel sustrato fáctico sobre el cual los actores procesales desplegaron su necesaria actividad acusatoria o defensiva, de ello no se sigue que los cambios de calificación no generan agravio constitucional alguno si versan sobre los mismos hechos que fueron objeto de debate en el juicio, pues sólo se ajustarán al art. 18 de la Constitución Nacional los que no hayan desbaratado la estrategia defensiva del acusado impidiéndole formular sus descargos (Voto de los Dres. Ricardo Luis Lorenzetti y E. Raúl Zaffaroni).
- ✓ Si mediante una interpretación inadecuada sobre el alcance que cabe atribuir a la regla que exige congruencia entre la acusación y la sentencia, el a quo convalidó una sorpresiva calificación jurídica más gravosa que desvirtuó la defensa del acusado y determinó la imposición de un monto de pena mayor —por el mínimo de la escala penal— que la que había solicitado el fiscal por el transporte de estupefacientes, corresponde habilitar la instancia extraordinaria para reparar la

violación a la garantía de la defensa en juicio (art. 18 de la Constitución Nacional) (Voto de los Dres. Ricardo Luis Lorenzetti y E. Raúl Zaffaroni).

*** Corte Suprema de Justicia de la Nación * Abrego, Jorge Edgardo c/Encotel s/demanda laboral (accidente de trabajo) * 27/11/2007.**

- ✓ La circunstancia de que los agravios remitan a aspectos fácticos y de índole procesal y derecho común no resulta óbice decisivo para habilitar el recurso extraordinario cuando el tribunal excedió la jurisdicción conferida por el recurso de apelación, límite que tiene jerarquía constitucional en cuanto implica afectación del principio de congruencia y, consecuentemente, de las garantías de defensa y propiedad -Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema-.

*** Corte Suprema de Justicia de la Nación * Fisco Nacional Dirección General Impositiva c/Llámenos S.A. * 06/11/2007 * Fallos, 330:4749.**

- ✓ Si bien la primera exigencia de cualquier método hermenéutico en la interpretación de las leyes es dar pleno efecto a la intención del legislador, también lo es, y desde el plano normativo, la de estimar que uno de los índices más seguros para verificar la razonabilidad de la inteligencia de una norma y su congruencia con el resto del sistema a que está engarzada, es la consideración de sus consecuencias (Disidencia del Dr. E. Raúl Zaffaroni).

*** Corte Suprema de Justicia de la Nación * Fossati, Pablo Alfredo y otro c/Banco Bansud S.A. s/despido * 04/09/2007 * Fallos, 330:3787**

- ✓ No respeta el principio de congruencia y agravia la garantía de la defensa en juicio el pronunciamiento que desconoció que las partes -a lo largo de todo el proceso- habían concordado en que se trataba de un despido sin causa justificada, esto es, que se hallaba reunido el presupuesto necesario al que se refiere el art. 16 de la ley 25.561 para la procedencia de la doble indemnización a la que alude la norma y sólo expresaron su disenso con respecto a si dicha norma se hallaba vigente o no a la fecha en que los actores fueron despedidos.

*** Corte Suprema de Justicia de la Nación * Boleso, Héctor Hugo c/Estado de la Provincia de Corrientes * 04/09/2007.**

- ✓ Debe desestimarse la objeción dirigida a cuestionar la decisión del tribunal superior local en cuanto aplicó las leyes 4558 y 4726 de Corrientes sin haber mediado petición de parte, pues no importa violación al principio de congruencia la actividad del juzgador que subsume en la regla jurídica adecuada la pretensión deducida, máxime cuando las leyes que se aplican establecen que sus disposiciones son de orden público (Voto de los Dres. Enrique Santiago Petracchi y Juan Carlos Maqueda).

*** Corte Suprema de Justicia de la Nación * Distribuidora San Diego S.R.L. c/Cervecería y Maltería Quilmes S.A.I.C.A. y G. * 07/08/2007 * Fallos, 330:3494.**

- ✓ Es arbitraria la sentencia que, al condenar a la recurrente a adquirir el stock de botellas vacías y cajones plásticos que pudieran todavía estar en poder de la actora, se apartó del objeto del litigio y del contenido de las pretensiones de las partes violentando el principio de congruencia y el derecho de defensa en juicio, toda vez que la demanda no tuvo como objeto la recompra de tales bienes, sino el reintegro del cincuenta por ciento del gasto incurrido por la demandante para adquirirlos.

*** Corte Suprema de Justicia de la Nación * Machado, Juana Catalina y otros c/E.B.Y. s/demanda de expropiación inversa * 12/06/2007 * Fallos, 330:2639.**

- ✓ No corresponde encauzar la pretensión -de quienes vieron afectada su fuente de trabajo a consecuencia de una obra pública- como de responsabilidad por actividad lícita pues los actores fundaron su demanda en la ley 21.499, razón por la cual, de así procederse, se afectaría gravemente el principio de congruencia y, con ello, la garantía constitucional de la defensa en juicio (art. 18).

*** Corte Suprema de Justicia de la Nación * Cachi, Ester c/La Albertina S.A. y otro s/despido * 10/04/2007 * Fallos, 330:1398.**

- ✓ Corresponde dejar sin efecto el pronunciamiento que no examinó las defensas sustentadas en la reglamentación de la ley 25.345 plasmada en el decreto 146/01, por considerar, erróneamente, que al tiempo del distracto no se encontraba vigente, cuando su publicación en el Boletín Oficial aconteció con anterioridad, oportunamente propuestas y conducentes para la solución de la controversia, por lo que emitió un pronunciamiento sin arreglo a las constancias probadas de la causa y al derecho aplicable, como establece el art. 163 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, vulnerando el principio de congruencia y, con ello, la garantía de la defensa en juicio.

*** Corte Suprema de Justicia de la Nación * Gómez, Carlos Alberto c/Argencard S.A. y otro s/ordinario * 27/12/2006 * Fallos, 329:5903.**

- ✓ La facultad de los jueces de examinar de oficio la constitucionalidad de las leyes, en ningún caso podría conducir a dictar sentencias violatorias del principio de congruencia, tanto más si se pondera que con la inconstitucionalidad de la ley 25.820 se llega a un resultado económico más amplio que el pretendido por el actor.

*** Corte Suprema de Justicia de la Nación * Calas, Julio Eduardo c/Córdoba, Provincia de y otro s/acción de amparo * 18/10/2006 * Fallos, 329:4372.**

- ✓ Los jueces -en el cumplimiento de su misión constitucional de discurrir los conflictos litigiosos- tienen el deber de examinar autónomamente la realidad

fáctica subsumiéndola en las normas jurídicas que la rigen. Atribución que por ser propia y privativa de la función jurisdiccional lleva a prescindir de los fundamentos y calificaciones normativas que postulen las partes, aun cuando concordaren en ellos; y que encuentra su único límite en el respeto al principio de congruencia, de raigambre constitucional, en cuanto invalida todo pronunciamiento que altere la causa petendi o introduzca planteos o defensas no invocadas.

*** Corte Suprema de Justicia de la Nación * Bocci, Mario Roberto y otros c/ Caja de Retiros Jub. Pens. Policía Federal Argentina s/ personal militar y civil de las FF.AA. y de seg. * 11/07/2006 * Fallos, 329:2844.**

- ✓ Si los interesados limitaron su reclamo al reconocimiento de la naturaleza general de las asignaciones, a fin de que fuesen incluidas en sus haberes de retiro, sin deducir pretensión alguna dirigida a la forma como debían ser computados o integrados en la liquidación, al ordenar que tales suplementos fueran incorporados al rubro sueldo, la cámara excedió los límites de su jurisdicción, violó el principio de congruencia y la garantía de la defensa en juicio (art. 18 de la Constitución Nacional).

*** Corte Suprema de Justicia de la Nación * Bustos, Ramón Roberto c/ La Pampa, Provincia de y otro s/ daños y perjuicios * 11/07/2006 * Fallos, 329:2688.**

- ✓ Si las partes han consentido la calificación de la acción en el ámbito de la responsabilidad contractual, ello no puede ser alterado judicialmente, porque resultaría afectado tanto el principio de congruencia como el derecho de defensa, que son elementos del debido proceso legal (Disidencia parcial del Dr. Ricardo Luis Lorenzetti).

*** Corte Suprema de Justicia de la Nación * Peralta, Joaquín Alberto c/ Administración Federal de Ingresos Públicos - Dirección General Impositiva * 23/05/2006 * Fallos, 329:1787.**

- ✓ No importa violación al principio de congruencia la actividad del juzgador que subsume en la regla jurídica adecuada la pretensión deducida.

*** Corte Suprema de Justicia de la Nación * Mignone, Mario c/ Telefónica de Argentina S.A. y otro s/ amparo * 28/03/2006 * Fallos, 329: 899..**

- ✓ Es violatorio del principio de congruencia el pronunciamiento que, al desestimar el amparo cuando sólo estaba habilitado para resolver la apelación contra la medida cautelar otorgada en primera instancia, excedió el ámbito de su jurisdicción.

*** Corte Suprema de Justicia de la Nación * Zubeldía, Luis y otros c/ Municipalidad de La Plata y otro * 07/02/2006 * Fallos, 329:28.**

- ✓ El principio de congruencia, ínsito en la garantía constitucional del debido proceso del justiciable, obliga a atender las posiciones de las partes, por lo que la decisión de intimar a la demandada a que retire la tribuna en construcción y ejecute el proyecto de remodelación, vulneran el referido principio al haber incurrido el tribunal de alzada en un exceso de jurisdicción, lo que torna descalificable la sentencia (Voto de los Dres. E. Raúl Zaffaroni y Ricardo Luis Lorenzetti).

*** Corte Suprema de Justicia de la Nación * Rodríguez, María Alejandra c/ Obra Social del Personal de la Sanidad y otros * 01/11/2005 * Fallos, 328:3878**

- ✓ Corresponde rechazar el intento de extender la demanda por mala praxis a toda la actuación del médico -invocando manifestaciones efectuadas en oportunidad de practicarse una pericia- si ello encuentra suficiente respuesta en los argumentos del juzgador, no rebatidos por el apelante, en orden a que implicaría una contradicción al principio de congruencia.

*** Corte Suprema de Justicia de la Nación * Nallar, José Alberto c/ Estado provincial - Dirección Provincial de Vialidad * 24/05/2005 * Fallos, 328:1695.**

- ✓ El pronunciamiento que, si bien declaró la competencia del juez de primera instancia mediante argumentos suficientes de derecho público local, confirmó el rechazo de la excepción de inhabilidad de título resuelta por aquel magistrado -y la consiguiente condena- sin dar fundamento alguno para ello ni examinar los agravios expuestos sobre el punto por el demandado al apelar dicha sentencia, comporta un claro apartamiento de los hechos de la causa y del contenido de las pretensiones de las partes, con grave violación del principio de congruencia y el derecho de defensa de la administración.

*** Corte Suprema de Justicia de la Nación * Santander, Mario Armando y otros c/ ANSES * 03/03/2005 * Fallos, 328:327**

- ✓ Si frente al recurso concedido por la alzada, el a quo tenía jurisdicción para conocer respecto de los agravios relativos al tema sustancial que fue objeto de debate y decisión en la instancia de grado, el fallo que prescindió de esos límites y omitió hacerse cargo de los argumentos de la apelación y de las diferencias fácticas y procesales que separaban el caso del precedente invocado, infringe el principio de congruencia.

*** Corte Suprema de Justicia de la Nación * Ferrer, Horacio c/ COMFER y otro s/ acción meramente declarativa * 16/11/2004 * Fallos, 327:4969.**

- ✓ Si los jueces entendieron que la situación jurídica del actor se había clarificado, la condena al demandado a soportar las transmisiones no autorizadas, es violatoria del principio de congruencia que rige la actuación de los órganos jurisdiccionales y de la garantía de la defensa en juicio de las partes (art. 18 de la

Constitución Nacional), pues el objeto de la acción meramente declarativa es despejar un estado de incertidumbre.

*** Corte Suprema de Justicia de la Nación * Cavallo, Domingo Felipe s/ recurso de casación * 19/10/2004 * Fallos, 327:4376.**

- ✓ Los postulados constitucionales contenidos en los arts. 68, 71 y 106 de la Constitución Nacional deben ser examinados desde una visión panorámica del texto formal como una unidad sistemática de distintas normas, correlacionando y coordinando unas con otras de tal forma que haya congruencia y relación directa entre ellas, siendo de suma significación considerar, además de la letra de las normas, la finalidad perseguida y la dinámica de la realidad, teniendo en miras también el particular diseño institucional elaborado por la Constitución Nacional.

*** Corte Suprema de Justicia de la Nación * González, Adriana Ruth c/ Gorbato, Viviana * 31/08/2004 * Fallos, 327:3560.**

- ✓ Si bien la actora manifestó -ante la insistencia del juzgado- que el monto del reclamo por daño moral ascendía a la suma simbólica de \$ 1, ya que el único objeto perseguido por su demanda era el de limpiar su buen nombre y honor y no obtener ningún tipo de indemnización, afecta el principio de congruencia la estimación del daño efectuada por la alzada en la suma de \$ 10.000, pues para justificar ese temperamento sólo se ha mencionado genéricamente que hacía uso de las facultades que le conferían diversas normas del Código Procesal y atendía a las características especiales en que se suscitaban los hechos que dieron origen a la causa.

*** Corte Suprema de Justicia de la Nación * Franco, Carlos Gustavo s/ recurso de apelación ley 24.521 art. 3227 * /05/2004 * Fallos, 327:1607**

- ✓ El principio de congruencia se vincula con la garantía de la defensa en juicio, ya que como regla el pronunciamiento judicial que desconoce o acuerda derechos no debatidos es incompatible con las garantías constitucionales, pues el juzgador no puede convertirse en la voluntad implícita de una de las partes, sin alterar el equilibrio procesal de los litigantes en desmedro de la parte contraria -Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema-.

*** Corte Suprema de Justicia de la Nación * Brusa, Víctor Hermes s/ pedido de enjuiciamiento * 11/12/2003 * Fallos, 326:4816**

- ✓ La inteligencia de las normas de la Ley Fundamental no debe realizarse en forma aislada, desconectándola del todo que compone, y la interpretación debe hacerse, al contrario, integrándolas en la unidad sistemática de la Constitución, comparándolas, coordinándolas y armonizándolas, de forma tal que haya congruencia y relación entre ellas (Voto del Dr. Augusto César Belluscio).

*** Corte Suprema de Justicia de la Nación * Pefi S.A. c/ Y.P.F. S.A. s/ daños y perjuicios * 27/05/2004* Fallos, 327:1463.**

- ✓ Corresponde declarar desierto el recurso ordinario en cuanto atribuye a la sentencia apelada una violación al principio de congruencia procesal, ya que no controvierte adecuadamente las razones por el tribunal a quo según las cuales el examen de la cosa juzgada quedaba habilitado por las expresiones vertidas en la contestación de la demanda (Voto de los Dres. Carlos S. Fayt y Adolfo Roberto Vázquez).

*** Corte Suprema de Justicia de la Nación * Sánchez Granel c/ O.S.N. s/ incumplimiento de contrato * 04/11/2003 * Fallos, 326:4428.**

- ✓ Si la apelante, al contestar la demanda, no negó las características explosivas del siniestro, y tampoco objetó al respecto el informe pericial de ingeniería, la cuestión no puede ser examinada por la Corte Suprema sin afectar el principio de congruencia.

*** Corte Suprema de Justicia de la Nación * Mairata, Miguel Angel c/ Lix Klett S.A.I.C. * 05/08/2003 * Fallos, 326:2581.**

- ✓ Si la juez de grado acogió la demanda tanto en lo que atañe a la dolencia auditiva como dermatológica y la citada en garantía limitó sus agravios al segundo de estos ítems, asiste razón a la quejosa cuando asevera vulnerada la noción de congruencia, en tanto la a quo excedió el límite de los agravios llevados a su conocimiento al revocar inmotivadamente la sentencia de primera instancia en todos sus aspectos.

*** Corte Suprema de Justicia de la Nación * Galinger, Carlos Alberto y otro c/ Estado Nacional y otro * 15/07/2003 * Fallos, 326:2418**

- ✓ Debe rechazarse el agravio fundado en la falta de congruencia en el pronunciamiento si la cámara no extendió al fallo la consideración efectuada acerca de la competencia de la justicia nacional para revisar lo resuelto en el laudo, pues sólo se limitó a hacer lugar a la defensa de inmunidad de jurisdicción interpuesta, sin pronunciarse sobre la procedencia de la acción.

*** Corte Suprema de Justicia de la Nación * Noir, Fernando Gabriel c/ Microómnibus Quilmes S.A. y otro * 11/06/2003 * Fallos, 326:1877**

- ✓ No dimana de la sentencia que estableció la responsabilidad en un accidente de tránsito que el a quo se haya apartado de la aplicación de la normativa vigente, de acuerdo con los antecedentes fácticos discutidos, y la jurisprudencia de la Corte en lo que es motivo de agravios. Por el contrario, de ella se desprende la razonabilidad de la solución propiciada y su congruencia con el sistema en que está engarzada la norma.

*** Corte Suprema de Justicia de la Nación * Autolatina Argentina S.A. (TF 7919-A) c/ Dirección General de Aduanas * 03/04/2003 * Fallos, 326:1027**

- ✓ Se aparta del principio de congruencia -con mengua del derecho de defensa del recurrente- el pronunciamiento que confirmó los cargos formulados por la Aduana por diferencia de derechos y adicionales con argumentos no sólo distintos a los propuestos y discutidos en el sub lite, sino ajenos también a la resolución del Tribunal Fiscal, sin pronunciarse respecto del planteamiento efectuado ab initio, o sea, la supuesta extemporaneidad en la presentación de los certificados de origen y su consecuente invalidez por tal motivo.

*** Corte Suprema de Justicia de la Nación * Roviralta, Huberto c/ Editorial Sarmiento S.A. * 04/03/2003 * Fallos, 326:385.**

- ✓ Corresponde dejar sin efecto la sentencia que rechazó la demanda de daños y perjuicios contra una editorial si -con grave violación del principio de congruencia- omitió el tratamiento de las supuestas injurias y afectaciones al honor que dijo sufrir el demandante, en cuanto la publicación había afirmado la veracidad de un romance clandestino y le había atribuido adulterio, infidelidad y especulación.

*** Corte Suprema de Justicia de la Nación * Tecnología Integral Médica S.A c/ Estado Nacional -Ministerio de Economía- Banco Central de la República Argentina * 26/11/2002 * Fallos, 325:3201.**

- ✓ Resulta admisible el recurso extraordinario en cuanto se refiere al cómputo de los intereses posteriores a la iniciación de la demanda dentro del monto del proceso a los fines regulatorios, si pese a haber sido consentido este aspecto de la decisión adversa del juez de primera instancia por los beneficiarios de las retribuciones, el a quo sostuvo que ellos integraban el monto del proceso, violentando así el principio de congruencia que se sustenta en los arts. 17 y 18 de la Constitución Nacional (Voto del Dr. Carlos S. Fayt).

*** Corte Suprema de Justicia de la Nación * Giménez, Irma Marcelina c/ Rocha, Teresa y otro * 19/11/2002 * Fallos, 325:3045.**

- ✓ Corresponde dejar sin efecto la sentencia que condenó a las accionadas, de manera solidaria, a abonar diversos rubros emergentes del despido incausado, si la actora introdujo el tema del art. 30 de la Ley de Contrato de Trabajo recién en oportunidad de la audiencia del art. 94 de la ley 18.345, por lo que lo resuelto se revela falto de congruencia con los términos de la demanda, al exceder el mero suplir una omisión del litigante, mediante la variación de la acción originariamente deducida.

*** Corte Suprema de Justicia de la Nación * Asociación Mutual de Protección Recíproca de Bomberos Voluntarios de la República Argentina c/ Editorial Sarmiento S.A. * 21/05/2002* Fallos, 325:1099.**

- ✓ La jurisdicción de las cámaras está limitada por el alcance de los recursos concedidos, que determinan el ámbito de su facultad decisoria, y la prescindencia de tal limitación infringe el principio de congruencia que se sustenta en los arts. 17 y 18 de la Constitución Nacional (Disidencia de los Dres. Julio S. Nazareno, Eduardo Moliné O'Connor y Guillermo A. F. López).

CAPÍTULO XIV

EL PRINCIPIO DE LA BUENA FE EN EL PROCESO CIVIL

1. Introducción

El principio de la buena fe aplicado al desarrollo del proceso civil ha tenido a lo largo de la historia una lectura variable que se fue modificando con la propia evolución de la ciencia. Por eso, aunque la regla moral en el derecho es de antigua prosapia, en el derecho procesal se podría afirmar que es casi novedosa, porque teniendo presente que el derecho romano (⁴³⁹)

⁴³⁹ . En el *derecho romano*, el principio de la “*bona fides*” era consagrado como un deber divino. Obedecer las leyes era, según Platón, rendir culto a los dioses. Por eso, para los antiguos, más que humana, la de las leyes era obra divina. La jurisdicción contenciosa importaba entender en un conflicto de intereses privados, de carácter moral o económico, en el cual, tanto en la época de las *legis actionis*, como en el proceso formulario, establecieron “penas procesales” (*poenae temere litigantium*) cuya finalidad era influir a las partes para litigar sin ligerezas o valerse de “chicanas”. La *legis actio sacramento* constituía un mecanismo por el cual las partes debían depositar, en confianza por la verdad de sus afirmaciones, una prenda que sólo retiraba luego el vencedor. Este procedimiento, denominado “de la apuesta” (*actio per sacramentum*), fue evolucionando y la consignación del valor pasó a suplirse por la exigencia de constituir un *sponsio*, es decir, la acción por la cual un tercero debía garantizar el cumplimiento de la obligación. En la faz siguiente, la *actio per conditionem* o acción que tiene por fin el cobro de una suma de dinero, el deudor reclamado que negaba su deuda era condenado a una multa igual al tercio del monto debitado (*restipulatio tertia partis*).

Arangio Ruiz entiende que este sistema obedece a la siguiente evolución: 1) Antes de la Ley de las XII Tablas, la estipulación de una suma de dinero se reclamaba mediante el *sacramentum* o apuesta; 2) Por medio de la *iudicis postulatio*, la ley puso a disposición de las partes un medio más lógico para que el promitente cumpliera su obligación de entregar el dinero o cuerpo cierto; 3) Mediante la Ley Silia fue establecido, primero, que la apuesta no sería entregada al tesoro público sino al vencedor y, segundo devolver a éste la suma prometida (Cfr. Zeiss, Walter, *El dolo procesal*, Ejea, Buenos Aires, 1979, ps. 34 y ss.). Esta multa podía ser incrementada cuando el demandado obraba con imprudencia o maliciosidad (*litiscrecencia por infitatio*) (Cfr. Cuenca, Humberto, *Proceso civil romano*, Ejea, Buenos Aires, 1957, p. 45).

fustigó las conductas atípicas, la interpretación de la *bona fides* como principio autónomo del proceso es relativamente reciente (⁴⁴⁰).

Es más, recién se instala la discusión sobre la necesidad de obrar con lealtad y probidad, cuando se advierten los desatinos de la conducta de las

Abandonado el sistema de las *legis actionis*, la función de advertencia que cumplían las penas procesales, fue a cumplirse por el “juramento de calumnia”. Este requerimiento consistía en la promesa de litigar con buena fe, absteniéndose de toda tergiversación o fraude. El *iusiuriandum calumniae*, se encuentra receptado en las Instituciones de Gayo (IV-172): *Quood si necque sponsionis necque duplin actionis periculum ei, cum quo agitur, iniugatur ac ne statim quidem ab initio pluris quam simpli sit actio, permitit praetor iusiuriandum exigere non calumniae causa infitias ire* (Pero si no hay peligro con quien se litiga, ni de suspensión ni de acción por doble pago, ni tampoco haya acción desde un principio, entonces el pretor permite exigir el juramento y no replicar por razón de calumnia). Asimismo, en IV-17 se dice: *Liberum est autem ei, cum quo agitur...iusiuriandum exigere non calumniae causa agere* (Aquél con quien se litiga tiene libertad para exigir el juramento y no litigar por razón de calumnia).

En la época de Justiniano, el Código establecía que el juramento de calumnia debía prestarse con las manos puestas sobre las sagradas escrituras y afirmar que no se tenían otros medios de inquirir o manifestar el verdadero estado de las cosas hereditarias (Cfr. Gozaíni, Osvaldo Alfredo, *La conducta en el proceso*, Librería editora Platense, La Plata, 1988, ps. 19 y ss.).

⁴⁴⁰ . No obstante nuestra afirmación, sostiene Esguerra Portocarrero, que la inclusión de la buena fe dentro del conjunto de los instrumentos internacionales de los derechos, en modo alguno significa que se haya hecho una construcción jurídica novedosa. Para sostener lo contrario afirma que la noción de buena fe fue obra de los romanos y constituye una de las más notables creaciones de su genio jurídico. De este modo, la palabra *fides*, se predica como la confianza que logra inspirar en los demás aquellos que han sabido hacer honor a sus compromisos; y con el tiempo fue ampliando su concepción para comprenderlo como una exigencia de la conducta (origen de la *bona fides*). Así se consolidó la buena fe como una idea dotada de claro sentido jurídico; como un mandato perentorio que forzosamente debe regir las relaciones sociales gobernadas por el derecho y, de modo particular, todas aquellas que requieren un cierto grado de fe recíproca, en las cuales no pueden estar presentes ni el engaño ni el recelo (Esguerra Portocarrero, Juan Carlos, *La Protección Constitucional del Ciudadano*, Legis, Bogotá, 2004, p. 63).

Pese a ello, Montero Aroca dice que [...] “Ni en el *Liber iudiciorum*, ni en Las Partidas, ni en la Nueva ni en la Novísima Recopilación, esto es, en ninguno de los más importantes cuerpos legales que van desde el año 654 con Recesvinto hasta el año 1805 con Carlos IV y Reguera Valdelomar, se encuentra norma alguna que contenga una regla legal del proceso, de cualquier proceso, que asuma ese pretendido principio de la buena fe procesal...[...]

(Montero Aroca, Juan, *Ideología y proceso civil. Su reflejo en la “buena fe procesal”*, en “El Debido Proceso”, AAVV, Ediar, Buenos Aires, 2006, p 252).

partes, y las continuas posibilidades de exceso que facilitaba el principio dispositivo, interpretado sin otro límite que el "interés de los litigantes", o el "ejercicio del derecho de defensa" ⁽⁴⁴¹⁾.

Es cierto que la aparición de un estándar para la conducta en el proceso no fue bien visto por algún sector de la doctrina; pero también lo es que, prontamente, se expandió la regla para quedar instalada en un importante conjunto de códigos procesales ⁽⁴⁴²⁾.

El precedente se encuentra en la Ordenanza Procesal Civil alemana de 1933 que, siguiendo la inspiración del modelo austriaco proyectado por Franz Klein, estableció en el art. 138 (Deber de declaración sobre hechos: deber de decir la verdad) la prescripción siguiente: "1) *Las partes deben*

⁴⁴¹ . Por eso suele mencionarse al Código italiano de 1940 como un precedente válido. El art. 88 estableció una regla general en cuya virtud "las *partes y sus defensores deben comportarse con lealtad y probidad*". Afirma Palacio que esta norma no instituye un verdadero deber si no se la coordina con los arts. 92 y 96 del mismo ordenamiento: "El primero faculta al juez para imponer el pago de las costas a la parte vencedora respecto de los actos procesales que aquélla ha cumplido transgrediendo los referidos deberes, y el segundo dispone que <<si resulta que la parte vencida ha accionado o resistido con mala fe o culpa grave, el juez a instancia de la otra parte, la condenará, además del pago de las costas, al resarcimiento de los daños que liquidará, incluso de oficio, en la sentencia>> ..." (Palacio, Lino E., *Los deberes de lealtad, probidad y buena fe en el proceso civil*, en "Tratado de la buena fe", Marcos A. Córdoba (director), Tomo I, La Ley, Buenos Aires, 2004, ps. 813 y ss.).

⁴⁴² . En este sentido Montero Aroca afirma que las referencias en las leyes a la buena fe se han producido normalmente en normas dictadas por regímenes políticos por lo menos autoritarios; y así ha ocurrido desde la alemana Ley de 23 de octubre de 1933 hasta el *Codice* italiano de 1940, pasando por todos los códigos y leyes socialistas. Este es un dato que no puede olvidarse porque significa que estas referencias a la buena fe o a la probidad o a la lealtad se producen en una base ideológica que hace al juez, no a un tercero imparcial entre dos partes parciales que pelean por lo que creen su derecho con todas las armas que el ordenamiento jurídico pone en sus manos, esto es, por lo que estiman es la justicia (sin comillas y en redonda) que les reconoce la ley material, sino una especie de ser superior revestido de todas las virtudes imaginables cuya misión es lograr una especie de "justicia" que está más allá de la ley y en la búsqueda de la cual deben colaborar activamente las partes y sus abogados. Estamos en la esencia del autoritarismo, en la que el ciudadano no tiene verdaderos derechos frente al Estado sino deberes, y en la que el juez tratará a ese ciudadano como un menor de edad intelectual, de modo que todo lo que haga para defender su interés serán artimañas...[...] (Montero Aroca, Juan, *El proceso civil llamado "social" como instrumento de "justicia autoritaria"*, en "Proceso civil e ideología", obra coordinada por Juan Montero Aroca, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, p. 161).

hacer sus declaraciones sobre cuestiones de hecho en forma completa y adecuadas a la verdad” (⁴⁴³).

Después fue el código italiano, y aquellos que siguieron sus aguas. En suma, como dice Liebman, la regla significa, en sustancia, que si bien en el proceso se desarrolla una lucha en la que cada uno se vale libremente de las armas disponibles, esta libertad encuentra un límite en el deber de observar las "reglas del juego"; éstas exigen que los contendientes se respeten recíprocamente en su carácter de contradictores en juicio, según el principio de la igualdad de sus respectivas posiciones; por eso cada parte debe evitar recurrir a maniobras o artificios, que podrían impedir a la otra hacer valer sus razones ante el juez en todos los modos y con todas las garantías establecidas por la ley (⁴⁴⁴).

2. Planteos que genera la consagración del principio de buena fe

El principio de la buena fe nace en el derecho civil. Desde aquí se transporta a los procedimientos judiciales, y con ella van influjos y particularidades, que con el paso del tiempo, provocaron un cambio importante en el control jurisdiccional pensado originariamente para la dirección formal del litigio.

Recuérdese que, en sus comienzos, el denominado estándar de la buena fe fue previsto para evitar las conductas irrespetuosas hacia el contrario que evidenciare una actuación desleal, deshonesto, o de poca seriedad. La penalización era para el comportamiento, sin alcanzar al derecho material controvertido. Pero el progreso ideológico permitió considerar a la conducta de las partes como prueba (art. 163 inc. 5°, CPCC); a generar un cartabón en el lenguaje a utilizar en el proceso (art. 35 inc. 1°, CPCC), e inclusive, a provocar la intervención de los tribunales profesionales de ética desde las constancias de las irregularidades cometidas en el litigio (art. 45, CPCC).

Por tanto, si se acepta el predominio de los cambios, puede darse una primera conclusión: La buena fe se exige para el ejercicio de cualquier acción y derecho. Este principio fundamenta todo el ordenamiento jurídico,

⁴⁴³ . Cfr. *Código Procesal Civil alemán (ZPO)*, traducción a cargo de Pérez Ragone, Alvaro J. y Ortiz Pradillo, Juan Carlos, Konrad Adenauer Stiftung, Montevideo, 2006, p. 195.

⁴⁴⁴ . Liebman, Enrico Tullio, *Manual de derecho procesal civil*, traducción de Santiago Sentís Melendo, Ejea, Buenos Aires, 1980, p. 89.

tanto público como privado, al enraizarlo con las más sólidas tradiciones éticas y sociales de la cultura.

Por eso, ni el individuo que acude al proceso para solucionar su conflicto ni el abogado que planifica la estrategia, se pueden mostrar desinteresados de esas notas que vienen a ser constitutivas de una regla de convivencia; de este modo, la buena fe procesal destaca el íntimo parentesco que existe entre la moral y el derecho (⁴⁴⁵).

Ahora bien, si a la buena fe se la adopta como un principio general del derecho, e inclusive, como una garantía constitucional (⁴⁴⁶), la cuestión sobre el alcance que tiene este deber de comportarse a tono, necesita de adecuaciones al medio donde se desarrolla y exige. Porque si el proceso civil se colige como un problema entre partes donde un tercero actúa solamente para decir el derecho que a cada uno le corresponde, y en el que tras el devenir del conflicto resulta un ganador y un derrotado; con este emplazamiento, el principio de buena fe debería ser, nada más, que una regla del juego.

En cambio, si el proceso se mide por su eficacia y trascendencia, no habrá que analizar únicamente la victoria de uno o el sinsabor de otro, porque la sociedad toda estará interesada en ese resultado, y la buena fe entre partes será un principio superior a la ética a cumplir.

Pero cuidado, porque deducir de ello que el principio de moralidad (por ahora, como sinónimo de la buena fe en el proceso) alcance al ejercicio del derecho de defensa puede ocasionar disfunciones; en cuyo caso es mejor interpretar que la regla pervive para evitar situaciones de abuso (*con* el proceso o *en* el proceso).

3. La penalización del proceso civil

No hay que perder de vista en ambas situaciones, que el proceso es antes que un método de debate, una *garantía fundamental* del hombre que,

⁴⁴⁵ . Gozaíni, Osvaldo Alfredo, *Temeridad y malicia en el proceso*, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2002, p. 38.

⁴⁴⁶ . El art. 83 de la Constitución de Colombia establece que: "*Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante éstas*". Cfr. también, Bidart Campos, Germán J., *Una mirada constitucional al principio de buena fe*, en "Tratado de la buena fe", Marcos A. Córdoba (director), cit., ps. 43 y ss.

encolumna tras las condiciones del debido proceso, un conjunto de reglas y principios que acondicionan la seguridad del derecho.

Tal como dice Ramos Méndez, "es el mecanismo de tutela que se ofrece al ciudadano, a cambio de su renuncia a la autodefensa. La forma de tutela civilizada pasa por el sistema procesal, que en la mayor parte de los casos aparece como de uso obligatorio. Desde este punto de vista, hay que ser sumamente cautos en poner trabas al uso libre del sistema, sin cortapisas que lo hagan impracticable" ⁽⁴⁴⁷⁾.

Esta claro así, que establecer en los procedimientos un sistema punitivo es un contrasentido con el mismo mecanismo de funcionamiento del proceso. Obsérvese, por ejemplo, cómo se presentan los hechos (donde muchas veces la verdad queda sorteada por la alegación de versiones), se ofrece y desarrolla la prueba (confirmando alegatos o demostrando verdades que no son tales), y se concreta la sentencia (donde el juez está obligado a respetar el principio de congruencia y resolver *secundum allegata et probata*).

En pocas palabras, ¿cómo se puede exigir a las partes una conducta monacal, cuando la técnica procesal es un juego de ficciones?

Por eso, postulamos la necesidad de esclarecer y delimitar el principio general de la buena fe como fundamento del ordenamiento jurídico, de los distintos modos en que aparece en el curso del proceso; pues no se trata de buscar su consagración en una norma jurídica positiva, sino de encontrar un rigor conceptual que dibuje los rasgos definitorios, que entrelace los parentescos que se definan y que, en suma, evite el desprolijo entender la buena fe, el abuso del derecho o el fraude a la ley, como figuras de una misma entidad.

De otro modo, existen 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 son los que el propio proceso judicial establece. 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

⁴⁴⁷ . Ramos Méndez, Francisco, *¿Abuso de derecho en el proceso?*, en "Abuso dos direitos processuais", obra coordinada por José Carlos Barbosa Moreira, Forense, Río de Janeiro, 2000.

criterio, habría 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, etc. etc.).

La confusión se observa, también, en la opinión de la doctrina. Oteiza, por ejemplo, sostuvo 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 n° 9/87) afirma 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 (⁴⁴⁸).

Mientras otros, como Ramos Méndez 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" (⁴⁴⁹).

La ambivalencia es manifiesta: en un extremo se instala como regla del debido proceso; y en otro como un deber de conducta formal sin demasiadas exigencias.

4. La buena fe como “hecho” (*buena fe creencia*)

Para comprender cómo funciona la buena fe en el proceso conviene mostrar dos aspectos de ella. Una perspectiva es observar la conducta que las partes desenvuelven en el proceso para derivar de ella consecuencias jurídicas; otra asienta en establecer un principio superior al que se deben ajustar todos aquellos que intervienen en un conflicto judicial. Vale decir que, puede ser entendida como un *hecho* (creencia de obrar con derecho) o como un *principio* (lealtad y probidad hacia el juez y su contraparte), teniendo cada una, explicaciones diferentes.

⁴⁴⁸ . 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, p. 8.

⁴⁴⁹ . Ramos Méndez, ob. cit., p. 6

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 protegido por el derecho.

Es la corriente que se adopta cuando se trata de condenar en costas eludiendo el principio objetivo de la derrota. Aquí se corrobora la senda que permite interpretar el comportamiento de las partes, 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). En éstas se expresa como una facultad jurisdiccional, o poder disciplinario del juez.

La convicción fundada de obrar ajustado a derecho significa que el argumento que porta la pretensión lleva consigo una razonable causa para pedir la actividad jurisdiccional. De otra manera, la simple necesidad de recurrir a los jueces no es suficiente para revertir una condena en costas ⁽⁴⁵⁰⁾.

La jurisprudencia, en este aspecto, cubre numerosos ejemplos de esta aplicación. Se ha dicho que, no obstante la plena vigencia del criterio objetivo para la imposición de las costas en los procesos de ejecución, en cuya virtud corresponde que ellas sean soportadas por quien sucumbe en sus pretensiones, no es posible desconocer que el hecho de la derrota no es siempre expresivo o indicativo de dicha pauta objetiva instituida por el legislador (arts. 539 y 588, Cód. Procesal), habida cuenta que el resultado ocasionalmente no traduce la procedencia o improcedencia de un temperamento propuesto oportunamente o, como podría ser el caso, el pleito entablado puede ser el resultado de diversas alternativas más o menos fortuitas o no enteramente imputables a una sola de las partes involucradas ⁽⁴⁵¹⁾.

⁴⁵⁰ . Gozaíni, Osvaldo Alfredo, *Costas Procesales*, Ediar (3ª ed.), Buenos Aires, 2007, en especial Capítulo VI.

⁴⁵¹ . CNCiv., Sala D, 1983/04/14, “*Municipalidad de la Capital c. Maulhardt y Cía., S. A., Juan H.*”, La Ley, 1983-D, 135 -ED, 104-767). Corresponde distribuir las costas en el orden causado, apartándose del principio objetivo de la derrota que consagra el art. 68 del Cód. Procesal, si las diversas aristas que las cuestiones sometidas a juzgamiento plantean, y que aún no se hallan completamente definidas, pudieron razonablemente hacer creer a la actora que le asistía derecho para litigar

También se establece en el art. 34 inciso 5° ap. d) que el juez debe “prevenir y sancionar todo acto contrario al deber de lealtad, probidad y buena fe”, que se integra con el inciso 6° al disponer que se debe “declarar, en oportunidad de dictar las sentencias definitivas, la temeridad o malicia en que hubieran incurrido los litigantes o profesionales intervinientes”.

Con ellas el ordenamiento procesal colige que la conducta de las partes en el proceso será objeto de atención como un “hecho” que no se podrá amparar, únicamente, en la convicción auténtica de sentirse con derecho a litigar.

Aparece así una suerte de “regla moral” desde la cual imperan las políticas del juego limpio. Bien recordaba Palacio que, por esta vía, [...] “no se condena la habilidad o la astucia, pero repudia la maniobra artera o cualquier artificio o trapisonda que impida al adversario el legítimo ejercicio de sus facultades procesales, o que la coloque en la necesidad de desplegar una actividad superflua u onerosa. Parece claro que, en tales casos, la cooperación procesal pierde su signo axiológico positivo y resulta excluida, por consiguiente, la base que brinda sustento a los deberes de que se trata, ya que estos difícilmente son conciliables con la actitud disgregante de una de las partes” (452).

En suma, la buena fe como “hecho” importa considerar la apariencia cierta de obrar de buena fe; ello significa reflexionar sobre la lealtad de la conducta, lo cual, en definitiva, debiera llevar a enunciar la regla de una manera diferente. Antes de indicar un deber típico de conducta, debiera desterrarse la mala fe estableciendo un deber de abstención.

Así, por ejemplo, lo establece el art. 45, párrafo final, del Código Procesal de la nación, cuando sanciona que: “Sin perjuicio de considerar otras circunstancias que estime corresponder, el juez deberá ponderar la deducción de pretensiones, defensas, excepciones o interposición de recursos que resulten inadmisibles, o cuya falta de fundamento no se pueda ignorar de acuerdo con una mínima pauta de razonabilidad o encuentre sustento en hechos ficticios o irreales o que manifiestamente conduzcan a dilatar el proceso” (453).

(CNFed. Civ. y Com., Sala II, 2000/03/16, “Novartis AG c. Ipesa S. A.”, La Ley, 2001-A, 671, J. Agrup., caso 15.528).

⁴⁵² . Palacio, *Los deberes de lealtad, probidad y buena fe en el proceso civil*, en “Tratado de la buena fe”, Marcos A. Córdoba (director), cit., p. 814.

⁴⁵³ . Cfr. Gozaíni, Osvaldo Alfredo, *Nuevos límites de la temeridad y malicia en el proceso*, La Ley, 2007-C, boletín del 15/05/07. El proyecto de modificación al art. 45 del Código Procesal Civil que aprueba la Cámara de Diputados de la Nación, en la

5. La buena fe objetiva: el principio de moralidad

El segundo aspecto a analizar se relaciona con la *buena fe objetiva*, entendida como *comportamiento de fidelidad*; es decir, situada en el mismo plano que el *uso de la ley*.

Para De los Mozos, 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 (⁴⁵⁴).

Llevado al proceso civil, esta tendencia muestra que la conducta de las partes tiene un patrón o regla de conducta inspirada por la buena fe, que supone esperar de los litigantes un desempeño con lealtad y probidad. Este aspecto no tiene presupuestos ni condiciones, porque es un principio amplio que podríamos denominar: *principio de moralidad*.

El problema del principio está en que no existe un estándar de buena fe que pueda ser apreciado sin analizar la conducta en el proceso. De este modo, la buena fe como hecho y como derecho a exigir, 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 reglas de conducta; y sancionando los abusos o desvíos de esa regla, tornando así la creación de un nuevo principio procesal que sería la prohibición de ejercer *abuso procesal* (⁴⁵⁵).

parte nueva dice: [...] *En todos los casos el juez deberá señalar detalladamente cada una de ellas, y fundamentar el motivo por el cual la considera incurso en tal irregularidad. Si entendiera que el letrado incurrió en tal conducta, deberá remitir las actuaciones correspondientes a las autoridades competentes establecidas por las leyes 22.192 y 23.187 a fin de que proceda a su juzgamiento.*

La reforma introduce dos cuestiones de importancia en la aplicación del precepto. El primero establece la obligación de fundar la imposición de la multa por temeridad y malicia, debiendo indicar el motivo por el cual encuentra responsable a la parte o al abogado. De este modo, no se podrá sancionar en más con remisiones genéricas, porque el juez tendrá que decir cuál es la irregularidad o el desatino. La segunda cuestión asienta en la intervención que tiene el juez para iniciar de oficio la actuación ante el Tribunal de Ética profesional que corresponda por la jurisdicción, convirtiendo al magistrado en denunciante.

⁴⁵⁴ . De los Mozos, José Luís, *El principio de la buena fe*, Bosch, Barcelona, 1965, p. 45

⁴⁵⁵ . El XX Congreso Nacional (Argentino) de Derecho Procesal, celebrado en la ciudad de San Juan del 13 al 16 de Junio de 2001, quedó puesto de relieve esta

El principio de moralidad cobra, en este sentido, un parámetro propio que se mide con los comportamientos habidos y los efectos consecuentes. Es decir, proscribire el abuso con y en el proceso, y señala las sanciones para quienes incurren en el desatino.

Además, con el establecimiento de este nuevo principio se evita confundir aspectos de la buena fe, como son la lealtad, la rectitud, la probidad, la honestidad, que suelen aparecer en los códigos como comportamientos de consideración aislada o autónoma.

De modo tal que el amplio espectro que ocupa la buena fe perdona la falta de definiciones precisas, y razona el motivo por el cual su estudio se bifurca en su consideración como hecho y como principio.

En cambio, la buena fe como precepto concibe un entendimiento más cabal y toma cuerpo preciso en el problema que interesa a este estudio: su presencia en el proceso (⁴⁵⁶).

Por su parte, actualmente se afirma la tendencia en encontrar, como una de las derivaciones del principio cardinal de buena fe, el derecho a que las partes se manifiesten con la verdad; sosteniendo un

figura, destacando la ponencia presentada por Marcos L. Peyrano que agudamente dice: "A poco que ahondemos en el análisis de la recepción legislativa del principio de moralidad, podemos ver que este ha sido acogido en los diversos códigos procesales nacionales mediante el establecimiento de deberes jurídicos generales de contenido ético (v.gr.: de lealtad, de buena fe, etc.), por lo cual resulta lógico que el legislador haya previsto sanciones de tipo general al respecto. Es que, justamente, el principio de moralidad apunta a lo genérico; busca proteger la correcta administración de justicia en su conjunto y, al efecto establece también "penas generales", que no significan una desventaja procesal para alguno de los sujetos procesales sino que afectan al penado extraprocesalmente (v.gr: multas). Por el contrario, el principio de abuso del proceso -si bien derivado del anterior- apunta a lo específico, tipificando conductas particulares (previstas o no expresamente por las normas procesales) dentro de un proceso particular que implican un desborde o desvío, el cual, puede o no responder a dolo o culpa; es decir, carecer de un elemento subjetivo que lo aliente pero constituirse en un exceso al fin..." (Libro de ponencias, tomo I, pág. 102).

⁴⁵⁶ . De manera acertada ha destacado Couture que el principio de buena fe y lealtad procesal debe ser de gran preocupación, en cuanto supone una pauta ética a la que deben adecuar su comportamiento los sujetos intervinientes en el debate procesal; el hecho de tener instaurado un determinado parámetro ético es la finalidad del proceso, consistente en hacer justicia en cada caso concreto, procurando que la decisión se ajuste a los hechos y al derecho vigente. Los obstáculos que alteren ese objetivo, aunque sean lícitos jurídicamente, alteran la noción de debido proceso, consagrada como derecho humano (Couture, Eduardo J., *Estudios de derecho procesal civil*, tomo III, Depalma (3ª ed.), Buenos Aires, 1979, ps. 235 y ss.).

comportamiento leal y coherente con los actos que preceden esas conductas, sin importar ni hacer diferencia entre las acciones de particulares o del Estado (⁴⁵⁷).

6. Actuación del juez en la aplicación del principio

La buena fe que inspira el cumplimiento y desarrollo de actos procesales se observa en el plano de los hechos. De allí surgen dos cuestiones distintas, aunque relacionadas: una es el significado de *lealtad* y el otro, qué se quiere decir cuando se pondera la *probidad* en la conducta de los litigantes.

En ambos casos la constatación es siempre objetiva, porque para afirmar que alguien se aparta de los deberes de lealtad y probidad es necesario encontrar concretamente el acto o la omisión que lo manifiesta.

Ocurre que la conducta leal y honesta cumplida en el curso de las actuaciones procesales supone la transferencia de “evidencias” de conductas o actitudes, que como tales, se valoran en conjunto para resolver la calidad del comportamiento.

Obviamente, dice Silveira, dicha actitud contiene un elemento objetivo que sirve de base a la conciencia individual, pero que es variable con la exigencia social y mutable de acuerdo a la relación jurídica que se entabla. Si recordamos -agrega- que la buena fe en el derecho es una integración compleja de elementos ético-sociales, advertiremos que, en el proceso, el primer elemento atañe a la buena intención que acompaña la conducta leal, honesta; en tanto el segundo, se compone de elementos accesorios que dependen de política y técnica jurídica (⁴⁵⁸).

Para comprender suficientemente como actúa la *buena fe - lealtad* es necesario apuntar la diferencia que existe cuando se interpreta la

⁴⁵⁷ . Esta es la opinión de Montero Aroca, quien desde su oposición a consagrar una regla moral en el proceso, sostiene, no obstante, que [...] “la regla debería enunciarse, no a favor de la buena fe, sino en contra de la mala fe, de modo que no se impusiera a la parte y a su abogado un deber positivo, sino un deber negativo, de abstención...Creo que éste debe ser el sentido en que deben interpretarse algunas normas en las que se habla de la <<probidad, lealtad, veracidad en cuanto al fondo de sus declaraciones o manifestaciones>>...” (Montero Aroca, *El proceso civil llamado “social” como instrumento de “justicia autoritaria”*, en “Proceso civil e ideología”, cit., p. 164).

⁴⁵⁸ . Silveira, Alipio, *La buena fe en el proceso civil*, en Revista de Derecho Procesal, año V nº II, Ediar, Buenos Aires, 1947, ps. 226 y ss.

buena fe - creencia. Mientras en ésta la consideración es subjetiva y expande sus resultados al campo de lo material y procesal; en el análisis objetivo el punto de partida es distinto porque la buena fe, como principio, queda desplazado por otra regla procesal que es el principio de moralidad (preventivo del abuso).

Basados en este encuadre, el desempeño objetivo de los actos de partes y terceros, y aun del mismo órgano jurisdiccional, se confronta con los principios y presupuestos del proceso, y en particular de requerimientos específicos como son: la legalidad formal de las actuaciones; la voluntad que se declara; el deber implícito, o no, de decir verdad; entre otros que cada código procesal dispone en particular.

Asimismo, existe dentro del principio de moralidad un aspecto distinto al de la buena fe que asienta en los efectos que tienen las acciones defectuosas. Mientras en el proceso civil la regla es la validez a pesar de la irregularidad, no sucede igual con los actos jurídicos. Se distingue el vicio de los actos jurídicos de los actos que no lo son (aunque se discuta si el acto procesal es una especie del acto jurídico), y por eso, no se transportan con plena libertad al proceso civil, situaciones tales como el error, dolo, fraude, deshonestidad, abuso de derecho, retrasos desleales, etc., que no tienen cabida en el régimen de las nulidades procesales.

En definitiva, el principio de moralidad que se aplica estrictamente a lo procesal, difiere de la buena fe como principio que regla las conductas en los actos jurídicos o en la contratación. Lo principal acontece en el plano de los hechos y su adecuación en cada uno de los actos del proceso.

Le corresponderá al juez la calificación de las conductas, para lo cual debe apelar a la sensibilidad social y a su obligación de atribuir a las acciones de los justiciables el verdadero sentido que los anima dentro del concepto de solidaridad que debe presidir la conducta humana.

El magistrado asume función de intérprete y debe preocuparse de ver cómo entiende el común de la gente una determinada conducta, ya consista ésta en pronunciar palabras, ya en ejecutar ciertos actos, ya en guardar silencio. Su misión es observar el sentido que se atribuye al negocio de que se trate, y la intelección permitirá arribar a una justa composición.

7. La conducta leal

Ahora bien, para comprender el alcance de la función jurisdiccional, es preciso delinear el significado de los tres parámetros que el código señala: lealtad, probidad y buena fe.

La lealtad es un concepto abierto en el aspecto procesal, porque muchas veces depende de variables éticas. El *honeste procedere* es una regla moral que se considera violada cuando las exigencias de decencia y probidad no están presentes en el proceso.

La conducta se analiza con un término específico cuando se trata de controversias ante la justicia: se denomina comportamiento procesal a la representación objetiva de los actos y al análisis que el juez celebra sobre ese desempeño para medir su adaptación a las reglas del precepto de moralidad.

El principio general de la buena fe, cuando se aplica al litigio, tiene un matiz que lo diferencia, sobre todo, en el aspecto vinculado a la confianza. Quizás, precisamente, porque el proceso surge como una etapa patológica de la relación humana, y su término de enlace, puntualmente es el contrario: la desconfianza.

Dicho en otros términos, el principio general de la buena fe juega, en el orden de las relaciones humanas, como el elemento esperado en otra persona, es decir, su conducta leal, honesta y estimada.

De modo, entonces, que la relación entre derecho y moral supone un entrelazamiento entre el derecho “correcto” y la moral “correcta”. La lealtad y la probidad son propiciadas por el poder estatal, a punto tal que obtienen una suerte de institucionalización y se convierten en un deber externo, indiferente al sentir interno del individuo que puede o no conformarse al principio.

Si la parte incurre en comportamientos desleales, el fundamento moral corre el riesgo de perderse, si no cuenta con elementos coactivos que lo impongan.

En este juego dialéctico entre lo bueno y lo malo, lo correcto y lo incorrecto, lo moralmente exigible y lo socialmente repudiable, existe una franja muy extensa de situaciones híbridas que sólo el juez puede ponderar y calificar según su ciencia y conciencia.

Quizás sea este aspecto el de mayor trascendencia, pues en esta medida, en términos de filosofía jurídica, el ordenamiento procesal apoya a través de la coacción la libre motivación moral del individuo. Ciertas normas morales (como la lealtad y probidad procesal) son consideradas tan importantes para la sociedad, que la motivación interna no parece ser suficiente ⁽⁴⁵⁹⁾.

⁴⁵⁹ . Reacciona Montero Aroca argumentando que: [...] “Llegamos así a la conclusión de que lo que se quiere imponer a las partes y a sus defensores en el art.

Desde este punto de vista (naturaleza y fin del principio), la lealtad puede asumirse como una regla de costumbre que no tiene sanción jurídica fuera del proceso, pero sí una grave reprimenda ética, relevante, de desestima y reprobación por la mayoría de los miembros de la colectividad, respeto de quienes no observan tales reglas.

Las manifestaciones de deslealtad son muchas y operan desde el fraude hasta el simple equívoco (error inintencional).

Según Silveira, por lo general, la deslealtad se asimila con la mentira procesal, aunque se pueda mentir para un fin bueno sin llamar desleal sino a quien miente en perjuicio ajeno (⁴⁶⁰).

Como en el deber de probidad, la violación a la lealtad puede originar consecuencias penales (fraude procesal, desobediencia procesal fraudulenta, estafa procesal, etc.).

El problema de la lealtad está íntegramente vinculado también al de la responsabilidad procesal, y la violación al deber en cita, importa una consecuencia agravada.

Couture ha distinguido cuatro grados de responsabilidad:

- 1) Responsabilidad procesal propiamente dicha, que es la condena al pago de los gastos del juicio;
- 2) Responsabilidad civil del litigante malicioso cuyo acto ilícito se proyecta más allá del proceso mismo;

247 de la LEC es un deber, y ahora debe precisarse que el mismo no debe confundirse (no ya con el abuso del derecho o con el fraude a la ley procesal, aparte de que con el fraude procesal, con los que la diferencia no se ha llegado a cuestionar), ni con lo que podríamos llamar el cumplimiento de la norma procesal, y las consecuencias de la inobservancia de la misma, ni con las multas coercitivas. El sometimiento a las normas procesales y las consecuencias de su inobservancia es algo muy distinto del pretendido deber de buena fe y la imposición de una sanción por incumplimiento. El proceso civil tiene, como es obvio, una regulación procedimental en la que cada trámite tiene un contenido determinado, de modo que si la parte no realiza el acto, o no lo realiza del modo previsto en la ley, la consecuencia no es la imposición de una sanción sino la pérdida del trámite...”. Asimismo [...] “las multas coercitivas previstas en la LEC no guardan relación con un pretendido deber de buena fe, al ser un medio coactivo de los titulares de potestad pública para imponer a los sujetos el cumplimiento de las decisiones adoptadas por esos titulares...” (Montero Aroca, Juan, *Ideología y proceso civil. Su reflejo en la “buena fe procesal”*, en “El Debido Proceso”, ob. cit., ps. 300 y ss.).

⁴⁶⁰ . Silveira, ob. cit., p. 234.

- 3) Responsabilidad por el litigio fraudulento, que alcanza al orden penal;
- 4) Responsabilidad administrativa de los profesionales que actúan en el litigio (⁴⁶¹).

En suma, la conducta procesal desenvuelta en la medida del principio de moralidad, consiste en encontrar el justo medio entre la habilidad y la astucia como compone el marco de exposición y/o defensa un abogado, y la argucia intencionada a buscar fines diferentes a la colaboración que deben tener las partes en un proceso. Como no se trata de quebrar el criterio de bilateralidad y contradicción permanente, los poderes del juez reclaman del mismo una ponderación con equilibrio y equidad, procurando no afectar el derecho de defensa en juicio.

8. Manifestaciones de la buena fe - lealtad

Como indicamos al comienzo, la *buena fe - lealtad* es un tema objetivo que se analiza sobre los hechos y las omisiones que las partes realizan en el proceso.

Sin embargo, no es fácil colegir cuándo y en qué oportunidades se puede aplicar la regla; en primer lugar porque en el ejercicio del derecho de defensa cada parte ensaya su propia estrategia, y como para ello no existe la imposición concreta de ayudar al juez a encontrar la verdad, sino antes bien, de persuadirlo sobre la razón de las respectivas afirmaciones, es obvio que la colaboración tiene un tinte más formal que estandarizar una conducta modelo.

Ahora bien, en este juego dialéctico que supone el litigio, hay preceptos que se vinculan con formalidades y solemnidades que impiden auspicar o tolerar actuaciones que no se adapten a ellas.

Aparece entonces el *principio de legalidad* de las formas que exige en los contradictores un modelo de expresión (que por la tradición e insistencia han llevado a encriptar el lenguaje jurídico y a alejarlo cada vez más de aquello que la gente común -no abogados- puede interpretar y entender). Quien se aparta no recibe sanciones graves, pero sufre amonestaciones, apercibimientos, y padece los efectos de esa inconducta específica como puede ser la devolución del escrito ausente de formas rituales, o el desglose provocado por la orden judicial.

⁴⁶¹ . Couture, Eduardo J., *Proyecto de Código de Procedimiento Civil*, Exposición de Motivos, Montevideo, 1945, p. 109.

Este principio de legalidad transita también por otro camino que es la forma de expresión. Habitualmente no se puede transferir al proceso la voluntad real y decirla tal como se quiere (para evitar impropiedades, denuestos o insultos); en realidad, afirmaba Guasp, la verdadera voluntad dicha en el proceso es la que se declara, como se debe (⁴⁶²).

El profesional tiene *obligación* de cuidar su técnica y de observarla con inteligencia y constancia. No se limita, por tanto, a considerar el concepto de ciencia como punto de referencia de un deber moral específico, sino que, junto a tal poder, existe la carga jurídica de comportarse según la técnica más apropiada.

La corrección profesional impone también otros deberes tales como el tacto, la escrupulosidad, el orden, la cautela, la prevención, la seriedad, y preparación en el estudio y despacho de los asuntos que se le asignan.

En cuanto al nexo con los principios de lealtad y probidad, va de suyo que aparejan una doble intención: respetuosidad hacia la parte y hacia el órgano jurisdiccional.

El sentido de este comportamiento, pretende la adecuación a las reglas del orden, decoro, corrección y buena educación. Entendiendo por *orden* a la tranquilidad, armonía y equilibrio que debe existir en el proceso para su normal desarrollo y por *decoro*, al respeto en sentido estricto que se debe tanto al Tribunal como a todos los intervinientes en el proceso.

La incorrección exhibida que figure como irrespetuosa en el sentir del juzgador, tiene que ser deducida o advertida por él mismo; su experiencia en el manejo de la cuestión procedimental forma bases suficientes para poder razonar la falta al decoro.

En este aspecto, la calidad del acto cumplido sólo puede controlarse y sancionarse dentro y en ocasión del proceso, pues la potestad disciplinaria del juez no puede enervar la natural jurisdicción que ejercen las entidades profesionales (⁴⁶³).

⁴⁶² . Guasp, Jaime, *Derecho Procesal Civil*, tomo I actualizado por Pedro Aragonese, Cívitas, Madrid, 1998, p. 254.

⁴⁶³ . Criterio que no pretende dividir aguas entre Jueces y Abogados, sino en consignar en sus respectivos territorios a las potestades disciplinarias. Una cosa es la cuestión ética que debe sancionarse y reprimirse por pares; y otra la cuestión disciplinaria donde es justo que el magistrado actúe con suficiente fuerza y ejecución las potestades que hagan cumplir el principio de buena fe en el proceso. Por eso compartimos la opinión de López Blanco cuando sostiene que, sin desconocer la actuación del extinguido Tribunal Disciplinario, cuyas funciones pasaron al Consejo Superior de la Judicatura, lo ideal sería dejar este aspecto del control de las faltas a la

En síntesis, los términos empleados en los escritos judiciales que, aun sin llegar a ser injuriosos, indecorosos u ofensivos, menoscaban el nivel de la controversia jurídica, además de ser francamente innecesarios desde que nada agregan a la eficacia como se puede sostener una postura frente a la cuestión surgida, autorizan al Tribunal a aplicar las medidas que les compete en ejercicio de la policía procesal que cumplen.

9. La probidad en la conducta

La probidad, en sentido general, atañe a la honorabilidad y, dentro de ésta, a la honestidad.

Según Lega, importa una doble consideración respecto de su participación en el proceso: la *probidad en las actuaciones procesales*, como obligación ética de comportamiento ritual, y la *probidad profesional* que, por su amplitud, puede extenderse a la conducta privada del abogado (⁴⁶⁴).

Esta claro que la conducta ímproba no puede ni permite al juez sancionarlo como falta ética, porque esa es una tarea de la corporación y sus tribunales propios. La actuación del juez opera en el campo de los poderes disciplinarios (⁴⁶⁵).

ética profesional al Colegio Único de Abogados, reforma sobre la cual se trabaja desde hace años atrás en el Ministerio de Justicia pero nada se ha concretado (López Blanco, Hernán Fabio, *Procedimiento Civil*, Parte General, tomo I, Dupré, Bogotá, 2002, p. 104).

464

. Lega, Carlos, *De*

⁴⁶⁵ . Dicho esto en términos generales, pues en Colombia es sabido que la condena al pago de los perjuicios impuestas al apoderado por cualquiera de las censurables conductas descriptas en el código, permitirá investigarlo, además, por violaciones del decreto 196 de 1971; por ello -dice López Blanco- cuando se configura una conducta temeraria o de mala fe por parte de un apoderado, el juez que la ha declarado deberá remitir copia a la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura del respectivo distrito (ley 270 de marzo 7 de 1996) para que imponga, además, la sanción por falta a los deberes del abogado, de ser hallado responsable dentro del proceso disciplinario (ob. cit., p. 384).

La posible reforma del art. 45 del Código federal argentino (ver nota 15) nos lleva a interrogar si al permitir que el juez denuncie al abogado que falta una regla ética vulnera el principio *ne procedan iudex ex officio*? Hasta hoy, el Tribunal de Disciplina del Colegio Públicos de Abogados de la Capital Federal ha tenido dos maneras de aceptar estas denuncias. Lo más corriente fue receptorlas y darles trámite de oficio; vale decir, supliendo la calidad de denunciante por la de instructor oficioso que debe velar por el comportamiento de los abogados. Pero también se ha planteado (así lo hicimos mientras actuamos en la Sala II del mencionado tribunal) que si el

Si conducta contraria a la probidad es inconducta formal, se pueden encontrar proyecciones del caso en lo dispuesto en el art. 39 (Colombia), donde el juez actúa dichas potestades disciplinarias al multar a empleados que no cumplen órdenes impartidas; al devolver escritos injuriosos u ofensivos (similar al art. 171 del código venezolano); o al sancionar al irrespetuoso con arresto, o aplicar al empleador obstruccionista una multa procesal.

En general, cuando so color de la defensa de los derechos se perturba el normal desenvolvimiento de las actuaciones mediante presentaciones inconducentes y manifiestamente improcedentes, éstas, sin lugar a dudas, encuadran en las previsiones que destacan un comportamiento ausente de probidad, porque tiene una intención dañina; o sea, que cuando se advierte que se litiga sin razón valedera alguna y con un evidente propósito obstruccionista, corresponde aplicar la sanción y actuar en defensa del principio de moralidad.

10. La buena fe como principio del proceso

A esta altura de la exposición puede quedar en claro que tanto la probidad como la lealtad son manifestaciones de la buena fe. Corresponde, ahora, observar en qué tramo se ubica a la *bona fides*, debiendo considerar las dos posiciones en debate: o es un *principio del proceso* (y en su caso, si puede ser mucho más y estar en el campo de las garantías constitucionales), o se trata, simplemente de una *regla a cumplir*.

Al derecho procesal civil no le corresponde calificar a la buena fe, pues ésta involucra otros aspectos como la filosofía jurídica que se conjuga con otras ciencias como la del derecho y la historia.

Hemos anticipado que la alternativa de considerar la *buena fe-creencia* y la *buena fe-lealtad* supone crear pautas que faciliten al juez interpretar la conducta en el proceso; al mismo tiempo que entrega a las

juez denuncia debería ratificar el informe que realiza como se le requiere toda persona que formula quejas contra un colega. En tal sentido ratificamos lo dicho mucho antes de ahora. Una cosa es que el juez fiscalice la conducta de las partes en el proceso; lo cual es un deber de su actuación. Y otra, diferente, es que se convierta en un tutor de la ética profesional que es una actividad que no está en sus manos ni disponibilidad (Gozaíni, Osvaldo Alfredo, *Sobre la hipotética derogación de las facultades disciplinarias del juez después de la Ley 23.187*, en *La Ley*, 1996-E, ps. 913 y ss.

partes un conjunto de reglas que se sostienen en el principio de buena fe procesal.

En el proceso, la buena fe surge bajo los dos aspectos. Está en la interpretación de la creencia de obrar honestamente, como en la conducta que se desenvuelve en los límites del principio de lealtad y rectitud hacia la contraparte.

Pero en todos los casos, no será la buena fe tomada desde sus bases genéricas la que dará orientación a los temperamentos a adoptar en el proceso civil, porque éste tiene un principio propio que es el de *moralidad* y consecuencias concretas cuando alguien (letrados, partes y jueces) se aparta de las reglas de conducta establecidas.

El derecho, en general, tipifica las conductas de los hombres pretendiendo en su contenido que aquellos se ajusten a las normas dispuestas, amparando con su protección a los que coinciden en el cumplimiento y sancionando a los infractores.

Esta lógica de las relaciones jurídicas provoca el natural encuentro de los hombres en el tráfico, en la convivencia diaria y en toda la variedad que produce la comunicación humana. Es natural pensar que estas vinculaciones se ligan bajo el principio de la *buena fe - creencia*, es decir, que el desenvolvimiento cotidiano se entrelaza por las mutuas conciencias de actuar conforme a derecho.

Pero además, el principio de la confianza tiene un elemento componente de ética jurídica y otro que se orienta hacia la seguridad de las relaciones. Ambos no se pueden separar.

Deviene así conmutable con estas ideas el segundo principio donde asienta el intercambio social: *la buena fe - probidad*, o conciencia de obrar honestamente.

Transportadas al proceso estas deducciones del comportamiento, resulta difícil aplicarlas estrictamente en la medida que el marco donde la conducta se desenvuelve es absolutamente diferente. Mientras en el negocio jurídico se parte de la base de la confianza, en el proceso la característica esencial es lo contrario. En términos estrictos significaría enfrentar un adversario y derrotarlo.

11. Significados de la buena fe

Cada una de las nociones tienen coloraciones que se deben precisar, debiendo en consecuencia destacar cinco significados corrientes, pero con singularidades al ser aplicados en su propia circunstancia:

1º) La buena fe refleja *lealtad, honestidad y fidelidad*, cuando el derecho de fondo exige acciones positivas para establecer una relación jurídica. Los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe, de acuerdo con lo que las partes verosímilmente entendieron al tiempo de contratar; ésta es la consigna en la formación y cumplimiento del contrato.

En el proceso civil, la conducta leal, honesta y fiel se colige como un principio abierto que reposa en un contenido deontológico, es decir, de ética en el comportamiento profesional y como una regla que gobierna la conducta de las partes.

La deslealtad, la deshonestidad y la infidelidad encuentran normas procesales que las sancionan tomando cuerpo en multas particulares o para entender que esa conducta supone una prueba en contra de quien la practica, etc. De alguna manera, tiene consecuencias que se advierten en el resultado (la sentencia), al aplicarse sanciones por temeridad y malicia, o por interpretar en contrario la prueba producida con argucias desleales, o sancionando al obstruccionista recalcitrante, etc.

2º) La buena fe supone *confianza*, como criterio de reciprocidad, en la cual está implícita la comunidad de intereses y los objetivos comunes. Son proyecciones de esta regla, la doctrina de los actos propios, y el abuso del derecho, que se acomodan tanto para los negocios como para el debate procesal.

Algunos sostienen que frente a la administración de justicia, no solo se espera que los jueces presuman la buena fe y la actuación honrada de quienes comparecen ante sus estrados, sino que como comportamiento correlativo el sistema jurídico demanda de las partes intervinientes en los procesos judiciales la exposición de sus pretensiones y el ejercicio de sus garantías y derechos con arreglo a una efectiva buena fe procesal, indispensable para que la normatividad alcance los fines a ella señalados por las normas fundamentales (en el caso de Colombia), que se sintetiza en el logro de un orden justo (⁴⁶⁶).

La confianza que inspira los actos se transmite al desarrollo procesal; por eso, en la perspectiva del principio según el cual no se puede amparar a quien *con sus propios actos* luego se pone en contradicción con sus comportamientos anteriores, se aplica y proyecta esta regla, cuyo

⁴⁶⁶ . *La buena fe procesal en los juicios concursales*, AAVV, Universidad Libre de Colombia, Bogotá, 2004, p. 117.

fundamento reposa en ese mandamiento moral que ordena no defraudar la confianza inspirada.

Cuando esta confianza suscita la vinculación contractual, es decir, cuando se crean, modifican o extinguen obligaciones jurídicas, el *venire contra factum proprium* adviene como un principio ordenador de la seguridad del tráfico.

Por su parte, la doctrina del abuso del derecho se ha imbricado dentro de la teoría general, de modo que su influencia se extiende a todas las ramas de un ordenamiento jurídico, sea derecho civil, comercial, administrativo, procesal, etc. El hecho de trastocar la buena fe, entendida como regla moral del proceso, no le otorga singularidad pues sus principios son generales y lo que interesa advertir son sus consecuencias.

Por ello el problema no apunta al proceso en sí mismo sino al curso de actos procesales regulares, válidos y eficaces que conformen el debido proceso y cuya virtualidad se pretende alterar con el uso abusivo que de ellos se hace. Abuso que consiste en utilizar una facultad procesal con un destino distinto al previsto constitucionalmente.

De manera, entonces, que si puede interpretarse autónomamente el principio general del abuso del derecho, su aplicación en el proceso no variará como principio, pero derivará el foco de atención hacia los efectos que produce.

3º) También puede manifestarse como *credulidad*, y obviamente se vincula a la confianza. Tal es el sentido de la ley penal cuando castiga los delitos que consisten en sorprender la buena fe de alguien (⁴⁶⁷).

El caso suele presentarse como “estafa procesal” que se perpetra cuando el destinatario del engaño es el juez interviniente en una causa, de quién se persigue lograr un fallo, influido por una falsedad, que lo favorezca en detrimento patrimonial de la contraparte. Del fraude, adopta la conciencia de obrar en contra del ordenamiento adjetivo (fraude a la ley); procurando asimismo una finalidad ilícita, aunque esto sea un destino mediato. Importa aquí sí observar que es una directa agresión a la buena fe y al principio de moralidad. Con el dolo se iguala en sus elementos subjetivo y objetivo. El primero, en tanto existe la intención de engañar sin

⁴⁶⁷ . Cfr. Teodoro Júnior, Humberto, *Abuso de directo processual no ordenamento jurídico brasileiro*, en "Abuso dos direitos processuais", obra coordinada por José Carlos Barbosa Moreira, Forense, Río de Janeiro, 2000, p. 103.

importar si con ello va a provocar un daño o no; el restante, porque también la estafa procesal constituye una expresión concreta de voluntad (⁴⁶⁸).

En la estafa el proceso judicial es un medio y se abusa de él sometiendo con permanente engaño la voluntad del magistrado, quien llegará a un resultado injusto (disvalioso) en función del artificio que se ha desarrollado a través de la contienda de intereses. La estafa procesal pretende, entonces, inducir a engaño al juez, reduciendo el proceso judicial a sus propios intereses, vulnerando la finalidad axiológica que está llamada a cumplir la jurisdicción.

4º) *Errónea creencia o convicción* respecto de una situación de hecho ligada al derecho, es otra lectura de la buena fe. Hay aquí un presupuesto que admite en el error involuntario un elemento de justificación. En el proceso, por ejemplo, la condena en costas puede exonerarse cuando se alega que alguien ha obrado en la creencia de estar asistido de razón y derecho. Son numerosos otros ejemplos, como los de la posesión de buena fe, o el matrimonio putativo. Esa ignorancia o errónea convicción es una señal de honestidad.

En esta dimensión, el principio de la buena fe actúa como excusa de quien la invoca. La jurisprudencia es nutrida, y entre muchos casos, sostiene que, el pronunciamiento que aplica una medida disciplinaria ante la existencia de conductas que no configuran temeridad o malicia carece de fundamentación suficiente y constituye una seria ofensa a la garantía de defensa en juicio, pues implica un reproche por el solo hecho de litigar, insuficiente como fundamento de la sanción impugnada (CS, agosto 20/996, DJ, 1997-1-214).

La ausencia de temeridad o de malicia deja sin sustento la imposición de sanciones disciplinarias, que no pueden tener como único fundamento la discrecionalidad del órgano con facultades para sancionar (CS, agosto 20/996, DJ, 1997-1-214).

Asimismo, no constituyen temeridad o malicia la simple negativa de un hecho luego comprobado en el juicio o la mera articulación de defensas luego rechazadas, en la medida en que no importen un deliberado retraso del trámite de la causa o una consciente resistencia a pretensiones en las que se advertía una clara sinrazón (CNCiv., Sala E, 1997/10/14, DJ, 1998-2-626).

⁴⁶⁸ . Gozaíni, *Temeridad y malicia en el proceso*, cit., ps. 333 y ss.

5º) Finalmente, la buena fe tiene un sentido valorativo que culmina con la *equidad* que debe presidir la interpretación, la ejecución y la revisión judicial de las convenciones. De algún modo, es el principio que permite la revisión del proceso fraudulento, o que posibilita revocar la cosa juzgada írrita.

Esta vastedad del principio no se agota en las utilizaciones descriptas. Se ha entendido que también constituye un principio de interpretación e integración del derecho ⁽⁴⁶⁹⁾.

Con tal medida, se afirma que [...] “la buena fe suele significar cierta *continuidad axiológica*. Sin embargo, vale recordar que existen, v.gr.: líneas de tensión entre la buena fe justicia y la realización de la verdad, como lo expresa el parecer platónico de las <<hermosas mentiras>> que hacen bien a los hombres. El gran griego, respecto de cuyas opiniones es al fin ubicable todo el desarrollo de la filosofía, llegó a decir <<Será pues lícito el ejercicio de la mentira a los gobernantes de la ciudad, quienes podrán utilizarla para engañar a los enemigos o a los ciudadanos, en beneficio de la ciudad misma; nadie más podrá emplear la mentira>>” ⁽⁴⁷⁰⁾.

12. La buena fe y la honestidad de la conducta

Concordante con la clasificación anterior, cada significado que tiene la buena fe se traduce en la convicción de actuar conforme a derecho; en esa noción se unifican el aspecto psicológico o creencia en el propio derecho, y el ético, o voluntad de obrar honestamente.

En el marco de las actuaciones procesales, supone la seguridad o también la ignorancia de no dañar un interés ajeno tutelado por el derecho, pero no es un principio dogmático ni producto de un dogma intuitivo, pues la creencia generadora del convencimiento del sujeto debe estar fundada en elementos exteriores que le proporcionen la información suficiente para lograr tal certidumbre.

Por eso, para reconocer valor a la *buena fe - creencia* como fuente de derechos es necesario que exista un fundamento real y serio para la formación de tal credulidad, debiéndose constatar el valor de los factores externos que provocaron la apariencia del derecho.

⁴⁶⁹ Silveira, *La buena fe en el proceso civil*, cit., p. 288.

⁴⁷⁰ . Cfr. Ciuro Caldani, Miguel Angel, *Aspectos filosóficos de la buena fe*, en “Tratado de la buena fe”, Marcos A. Córdoba (director), cit., p. 17.

En efecto, quien a sabiendas actúa en el litigio convencido de tener razón, no lo puede hacer por simple obsecuencia u obstinación; esa apariencia de actuar debe originarse con motivos y razones y de un modo que le sea imputable. Pero no podrá alegarse cuando el desconocimiento del verdadero estado de las cosas proviene de una negligencia culpable, y la actuación procesal se ejercita con abuso, propio del desatino o ligereza.

Cuando los códigos procesales latinoamericanos establecen entre los deberes de la parte y sus abogados el obrar con lealtad y buena fe, así como actuar sin temeridad, están indicando esa obligación moral de desempeñarse con probidad y honestidad. Con los actos se manifiesta la conducta, y por eso se faculta a los jueces a resolver en la dimensión de sus poderes de instrucción, para rechazar toda articulación manifiestamente dilatoria o improcedente; o, en el terreno de lo concreto que se declara en la sentencia, autoriza sanciones por la actuación temeraria o maliciosa.

En el campo del derecho contractual, la buena fe sólo se compadece con un error o ignorancia de hecho excusables, por lo que no puede invocar la calidad de contratante de buena fe quien no obra con cuidado y previsión de acuerdo a la naturaleza del acto y forma la creencia errónea por una actuación negligente.

Ahora bien, quien cree y actúa convencido de su derecho, se ampara en el ejercicio del derecho de defensa y en la honestidad de su comportamiento. Para ello se funda en situaciones objetivas antes que subjetivas. Es decir, quien cree actuar a sabiendas de su buena fe, debe tener fuentes suficientes de convicción para persuadir al juez que no lo está engañando.

En sus orígenes, la buena fe debía asegurarse con el "juramento de calumnia" que significaba prometer lealtad y actuación honesta, sin ánimo de injuriar ni provocar daño al contrario.

Explica Condorelli, que por esta senda se pretendía evitar la temeridad, que suponía obrar con inconsideración y aturdimiento, después concebido como malicia (⁴⁷¹).

⁴⁷¹ Al poco tiempo fue interpretada como calumnia o temeridad la forma más frecuente de su apariencia: la alegación de hechos falsos y la reclamación de créditos infundados, en el más amplio sentido de los dos conceptos. Como falsedades se consideraban, verbigracia, la relación incompleta de los hechos, es decir, la supresión de circunstancias relevantes, el recurso a documentos falsos; la pretensión de derechos no existentes; la formulación de demandas injustificadas; el exceso sobre el crédito fundado ("plus petitio") (Cfr. Condorelli, Epifanio José Luís, *Del abuso y la mala fe dentro del proceso*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1986, p. 79).

En síntesis, la actuación acorde con el principio de *buena fe - creencia* significa apuntalar la honestidad del comportamiento con hechos objetivos que demuestren sin fisuras que existe una razonable pauta de convicción que permite sostener con fundamentos las pretensiones expuestas.

No hablamos de *conducta leal*, sino de una actitud de razonable confianza hacia el derecho que invoca. Tampoco es una conducta que asiente en la *probidad*, porque esta difiere del criterio que se aplica a la creencia subjetiva de actuar con razón y fundamento. Lealtad y probidad, en todo caso, son figuras de la buena fe analizada objetivamente en los actos que se desarrollan en el proceso.

13. La buena fe ante la deshonestidad (mala fe)

La violación del principio de buena fe no tiene para el derecho procesal la misma trascendencia que adquiere en el derecho privado. La diferencia radica en los efectos que siguen al desvío y en la respuesta que tiene el ordenamiento jurídico para la represión de ese acto contrario a la moral.

Para el derecho de fondo, el principio de buena fe encuentra diversas aplicaciones, presentándose al intérprete como una norma necesitada de concreción que oscila entre la equidad y el derecho.

En cambio, en el derecho procesal, la *bona fides* tiende a la aplicación de una regla de conducta honesta en el curso de la litis, e incluso las variadas manifestaciones que encuentra, como el dolo, el fraude o la simulación, no coinciden exactamente con los conceptos que para estas figuras tiene el derecho civil.

Por otra parte, el proceso es una relación de tres personas: las partes y el juez, hecho que denota otro matiz distintivo. La consecuencia normal y habitual de toda irregularidad jurídica es la nulidad y la sanción por responsabilidad emergente.

Podríamos utilizar un concepto opuesto para tratar de explicar mejor el alcance que tiene.

La mala fe también 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 Argentina).

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 el sistema Colombiano tiene una aplicación concreta de este matiz, lo dispuesto en el art. 71 que dispone los deberes de conducta del abogado. No es solamente la exigencia de probidad y buena fe, también tiene que colaborar, actuar con corrección y evitar acciones o subterfugios obstruccionistas o meramente dilatorios.

Igual sucede con el art. 170 del Código de Procedimiento Civil de Venezuela, que impone la actuación con lealtad y probidad, estableciendo la obligación de decir verdad en los hechos (coincidente con el deber de exposición del art. 45 del CPCC argentino); la prohibición del obstruccionismo provocado (malicia), o la dilación innecesaria.

No obstante, instalar en una misma norma, todos los deberes sin establecer las consecuencias, puede llevar a confusiones respecto a las sanciones aplicables, que es preciso diferenciar; no tiene igual entidad el comportamiento incoherente respecto del que se presenta doloso o fraudulento. No significa lo mismo ocultar una prueba que destruirla; ni ocultar la verdad respecto a mentir.

Por eso, el sistema venezolano es mejor aunque insuficiente porque dispone que quien actúe con temeridad o mala fe, es responsable por los daños y perjuicios que causare.

14. La conducta temeraria y maliciosa

La mala fe objetivamente comprobada tiene sanciones y origina responsabilidades. Es la faz sancionatoria para quienes se apartan del principio de moralidad.

Tanto la temeridad como la malicia conforman tipos de conductas disvaliosas que enfrentan al principio de moralidad procesal. Ambos comportamientos no se identifican, por lo cual es preciso distinguirlos. La temeridad alude a una actitud imprudente o desatinada, echada a los peligros sin medir sus consecuencias. Es un dicho o hecho sin justicia ni razón y designado, especialmente, a aprender valores morales del prójimo (⁴⁷²). La malicia se configura por la omisión deliberada de un acto procesal, o cuando se lo ejecuta indebidamente para que pueda producir el mismo resultado. En general, expresa un propósito obstruccionista y dilatorio tendiente a la paralización o postergación de la decisión final que debe dictarse en el proceso.

El Código Procesal Civil y Comercial de la Nación establece en el art. 45, primera parte, que: “*Cuando se declarase maliciosa o temeraria la conducta asumida en el pleito por alguna de las partes, el juez le impondrá a ella o a su letrado conjuntamente, una multa valuada entre el diez y el cincuenta por ciento del monto del objeto de la sentencia...*”.

Como se advierte, la norma procesal no particulariza las figuras, estableciendo solamente la posibilidad de una sanción (multa) para la parte y/o su letrado que niegue la calidad moral exigida en sus actos.

No obstante, la doctrina diferencia entre una y otra; mientras la temeridad se vincula con el contenido de las peticiones o la oposición, la malicia se halla referida al comportamiento observado en la ejecución material de los actos procesales.

En consecuencia, conducta temeraria es la actuación a sabiendas de la sinrazón. Es una aplicación del principio de la *buena fe - creencia* (creencia subjetiva de actuar con derecho); en cambio, la malicia ocasiona acciones desleales o deshonestas, que representan obstruccionismo en la marcha regular del proceso, o dilación provocada con actuaciones inoficiosas.

La demanda es temeraria si, además de carecer de todo sustento fáctico o jurídico, es arbitraria por basarse en hechos inventados o jurídicamente absurdos, de manera que es evidente el conocimiento de la sinrazón. En cambio, por malicia (mala fe) se entiende la utilización arbitraria de los actos en su conjunto (inconducta procesal genérica) o aisladamente, si el cuerpo legal los conmina con una sanción especial (inconducta procesal específica). Así, es malicioso el empleo de las facultades otorgadas por la ley en contraposición con los fines del

⁴⁷² . Gozaíni, *Temeridad y malicia en el proceso*, cit., p. 77.

proceso, en violación de los deberes de lealtad, probidad y buena fe, con el objeto de dilatar indebidamente el cumplimiento de las obligaciones reconocidas por la sentencia.

Del mismo modo, la temeridad consiste en la conducta de la parte que deduce pretensiones o defensas cuya injusticia o falta de fundamento no puede ignorar de acuerdo con una mínima pauta de razonabilidad.

En fin, temeraria es la conducta de quien sabe o debe saber que no tiene motivos para litigar y, no obstante, lo hace. La mala fe (malicia), en cambio, se configura por el empleo arbitrario del proceso o de actos procesales, utilizando las facultades que la ley otorga a las partes en contraposición a los fines de la jurisdicción, obstruyendo o desplazando el curso del proceso.

En síntesis, las sanciones económicas representan uno de los temas más controversiales en el capítulo del principio de moralidad, porque tiene antagonismos.

Un sector sostiene que en el ejercicio del derecho de defensa, la parte y sus letrados que utilizan los mecanismos que el código le aporta, jamás podría ser sancionado por obstruccionista, aunque se pueda ver con la recurrencia, una situación de abuso. En todo caso, la consecuencia por la presunta infracción no debiera quedar sancionada sino fuera del proceso.

Contra esta posición se argumenta que el juez es el director del proceso, y quien controla la regularidad del comportamiento procesal en base a los parámetros de la lealtad y probidad hacia cada uno de los intervinientes; de manera que cualquier desvío en las reglas permite resolver consecuencias jurídicas, en la escala oportunamente advertida ⁽⁴⁷³⁾.

⁴⁷³ . La obra de Joan Pico I Junoy es una de las más importantes para relevar y conocer con profundidad la diversidad de los enfoques. Sostiene el profesor de Barcelona que “el reconocimiento del principio de la buena fe quedaría en una mera proclamación programática si la Ley no previera mecanismos de protección tendientes a potenciar su virtualidad práctica. Por ello, la infracción de las reglas puede originar consecuencias de muy distinto alcance, que varían en función de la configuración de la concreta regla como una carga, una obligación o un deber procesal. Atendiendo el contenido de tales consecuencias, se pueden clasificar en procesales y extraprocesales: en el primer grupo, nos encontramos con la inadmisión del acto procesal solicitado, la ineficacia del acto procesal realizado, la pérdida de las cantidades económicas depositadas judicialmente para la realización de actos procesales, la valoración intraprocesal de la conducta de las partes, las multas, las costas procesales, la nulidad de las actuaciones, la pérdida del pleito, o el uso de la coacción física para contrarrestar la mala fe procesal. Y, en el segundo, el problema de la responsabilidad disciplinaria, civil y penal, en la que puede incurrir el abogado

El tema trasciende la dialéctica, pues los tribunales (administrativos) que juzgan la ética profesional son proclives a razonar que al abogado no se lo puede sancionar dentro del proceso sino fuera del mismo y por quienes son sus pares (⁴⁷⁴).

15. La buena fe y el deber de veracidad

Una proyección interesante del principio de *buena fe - lealtad*, se presenta con el deber de actuar de actuar con la verdad, lo que supone como implícito, que las afirmaciones expuestas en los escritos postulatorios del proceso son ciertas, y constituyen la base del objeto probatorio.

Claro está que el dilema de la verdad en el proceso tiene múltiples aspectos que exceden el tema abordado en este capítulo (⁴⁷⁵), y además, porque la verdad absoluta es una finalidad no consagrada, al estar

que actúe con mala fe procesal (*El principio de la buena fe procesal*, Bosch, Barcelona, 2003, p. 265).

⁴⁷⁴ . El Tribunal de Disciplina del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal sostiene que "*las disposiciones de la ley 23.187 que confieren atribuciones disciplinarias al Tribunal de Disciplina han derogado las que confieren a los jueces los ordenamientos procesales y el decreto-ley 1285/58*".

Básicamente fundan esta doctrina los argumentos siguientes: a) El Código de Ética dictado por el Colegio profesional en ejercicio de las facultades que la ley 23.187 le asignó, importa un texto específico, de naturaleza especial y exclusiva, que reúne la totalidad de conductas que al abogado se le vedan en la práctica y que sólo el Tribunal puede calificar. b) Se resguarda el derecho de defensa del abogado que, de otra manera, se encuentra sorpresivamente sancionado sin posibilidad de defenderse contra la "susceptibilidad judicial"; c) Nadie mejor que los pares para determinar si la conducta profesional afecta o contraviene los fines de la actividad, evitando así, el temor reverencial a la potestad sancionatoria, amplia y discrecional, de los jueces; d) Un mismo hecho no puede -conforme a derecho- quedar sujeto a dos sanciones disciplinarias distintas -la del juez en uso de las facultades correctivas que establece el código procesal, y la del colegio, aplicando las normas de la ley y el Código de Ética; e) El sistema de la ley 23.187 no sustrae al letrado de sus derechos y obligaciones sino que -ante una eventual inconducta que afecte la ética en todos sus componentes (moralidad, probidad, buena fe, etc.) debe ser abstraído del poder sancionatorio de la magistratura y remitido para su juzgamiento ético ante el Tribunal de Ética, sin perjuicio de la responsabilidad civil, penal y/o administrativa, de la que se excluye la procesal, en la que pudiera eventualmente estar incluido dicho letrado.

⁴⁷⁵ . Cfr. Gozaíni, Osvaldo Alfredo, *La verdad y la prueba*, Revista de Derecho Procesal, 2005-1 "Prueba-I", ps. 77/103, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2003.

desplazada de algún modo, con el principio de actuar con lealtad y probidad en el marco de la buena fe entre las partes (⁴⁷⁶).

En sus orígenes, cuando el proceso tuvo determinaciones vinculadas con lo sagrado y sacramental, la mentira fue castigada; pero el tiempo y la evolución de las ideas obligaron a los ordenamientos que reglaron el principio de certeza (como veracidad) bajo un aspecto punitivo, a tener que modificar las obligaciones de las partes.

El cambio más notable sucede cuando el sentido político del proceso se desplaza de manos privadas (principio dispositivo contemplado y aplicado a ultranza) al poder público, de manera que el centro de gravitación de las partes hacia el juez, modificó seriamente la función evitando que tuviera una actividad esencialmente represiva.

La transformación del juez en director del proceso, instructor y efectivo enlace de la justicia con la realidad, llevó a castigar las actuaciones contrarias con el principio de *buena fe - lealtad* con sanciones específicas. En síntesis, el cambio señaló claramente que el problema no asentaba en el deber de decir verdad sino en la mentira a sabiendas y en el comportamiento malicioso (⁴⁷⁷).

⁴⁷⁶ . Obsérvese que el código de procedimientos civil dispone ambas reglas, es decir, en el proceso se debe actuar con lealtad, probidad y buena fe (art. 34 inciso 5º, Código Procesal Civil y Comercial de la Nación Argentina; art. 37 inciso 3º, Colombia; art. 170, Venezuela), y se obliga a las partes y sus letrados a decir la verdad bajo pena de sancionarse a quien no lo cumple (art. 74 inciso 2º, Colombia), aunque está aclarado que la verdad requerida es respecto a los *hechos* (aclarado debidamente en el art. 170 inciso 1º, Venezuela). Por eso, si recordamos que la historia del precepto de moralidad aparece con la exigencia de verdad de la ZPO, o en el deber de actuar con lealtad y probidad del art. 88 del código italiano, de inmediato vemos la alternativa, que ha llevado a la doctrina a admitir o negar la existencia de un deber de veracidad.

⁴⁷⁷ . Al respecto decía Carnelutti: “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

Ha sido evidente que el principio de publicización del proceso consiguió poner frenos a ciertos arrebatos que conspiraron contra el orden ético del proceso. De todas maneras, es riesgoso confundir la ética del comportamiento con el principio de moralidad, pues 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 (⁴⁷⁸).

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*”, 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 contraponen un marinero” (Carnelutti, Francesco, *Sistema de derecho procesal civil*, Tomo III, traducción de Niceto Alcalá Zamora y Castillo y Santiago Sentís Melendo, Cárdenas, México, ps. 19 y ss.).

⁴⁷⁸ . Ahora bien, el planteo tiene ideas opuestas. Pico I Junoy sostiene que el tratamiento jurídico que debe darse el deber de veracidad, aunque no está expresamente adoptado por la LEC, proviene por estar recogido del mismo principio de la buena fe procesal como pauta de conducta que deben respetar los litigantes. Dificilmente puede calificarse un acto de buena fe cuando se fundamenta en la mentira, engaño o falseamiento de la verdad. Argumenta así con buen tino que, [...] “En nuestra opinión, la defensa de una parte no puede basarse en el perjuicio del derecho de defensa de la otra, y en la inducción al error al órgano jurisdiccional, impidiendo o dificultando que pueda ofrecer una efectiva tutela de los intereses en conflicto...” (ob. cit., p. 133). En cambio, Montero Aroca dice que el mentado principio de la buena fe procesal, así como el deber de decir verdad en las alegaciones, es al menos confuso. Para ello argumenta que [...] “Cuando se discute sobre la existencia de un pretendido deber de veracidad pareciera como si lo que se

En este sentido, la obligación no tiene necesariamente que aludir al deber de decir 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 la interpretación de lo que es verdad o mentira.

En nuestro parecer, no existe un deber de veracidad en el derecho, cuanto más se puede exigir certidumbre y convicción. Es lícito decir lo conveniente y ocultar aquello que debilita la pretensión. La verdad inocultable asienta en los hechos, mas no en todos, sino en aquellos que se alegan, afirman y construyen el material fáctico de la litis.

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 presenta como un postulado deontológico, proclamando el deber de veracidad de los abogados. Así lo impone el art. 74 inciso 2º de Colombia; el art. 170 inciso 1º de Venezuela; y los arts. 34 inciso 5º y 45 del Código Federal argentino, al sancionar a quien se le constata haber sostenido hechos contrarios a la verdad.

esta cuestionando es la alternativa entre un supuesto derecho a mentir y un pretendido deber de decir la verdad, y lo normal es que esa alternativa no se le plantee a la parte sino al abogado. El planteamiento mismo de la alternativa no se corresponde con la realidad práctica de los abogados y de su actuación ante los tribunales, pues se basa en algo tan teórico como creer que antes del inicio del proceso <<la verdad>> ya resplandece y deslumbra a todo el que la mira ... Parece claro que el abogado no puede afirmar como existente un hecho que le consta como inexistente, entre otras cosas porque ello, aparte de una mentira, es un error táctico, pero nada puede imponerle que ponga su trabajo y su inteligencia al servicio de la defensa de los intereses de su cliente, precisamente porque esa es su función y en ella se justifica su propia existencia (Montero Aroca, Juan, *Ideología y proceso civil. Su reflejo en la "buena fe procesal"*, en "El Debido Proceso", ob. cit., p. 305).

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 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 esta 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*)⁽⁴⁷⁹⁾.

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⁽⁴⁸⁰⁾.

16. Principio de moralidad y abuso procesal

La teoría del abuso del derecho es de raigambre sustancial, de manera que nace y se desarrolla en el derecho privado. Fue Jossierand quien elaboró una amplia cobertura para el principio según el cual "cada derecho tiene su razón de ser y no pueden los particulares cambiarla a su antojo en otra diferente"⁽⁴⁸¹⁾.

⁴⁷⁹ . Bellavista, B., *Lealtà e probità del difensore e del accusatore privato nel processo penale*, en Estudios en homenaje a Antolisei, Tomo I, Giuffré, Milán, 1965.

⁴⁸⁰ . Apunta Landoni Sosa, que ya Cappelletti afirmó que procesalistas de gran fama y valor como, en Alemania Adolfo Wach y Richard Schmidt, o como Piero Calamandrei y Enrico Redenti en la doctrina italiana del siglo XX, combatieron el deber de verdad, considerándolo un instituto inquisitorio y contrario a la libre disposición de las partes, un "instrumento de tortura moral" contra la parte en el proceso civil. Pero hoy en día, la doctrina europea considera a esta concepción como un reflejo procesal de la ideología individualística, del "laissez faire" y tiende, consiguientemente, a establecer el principio de moralidad como un deber de las partes en el proceso civil y postula su conciliabilidad con el principio dispositivo (Landoni Sosa, Ángel, *El principio de moralidad: base fundamental para un proceso justo*, en "Tratado de la Buena fe" –Doctrina extranjera-, Marcos M. Córdoba (Director), La Ley (1ª reimpresión), Buenos Aires, 2005, ps. 393 y ss.).

⁴⁸¹ . Jossierand, Louis, *El espíritu de los derechos y su relatividad*, traducción de Eligio Sánchez Larios, José M. Cajica (h.), México, 1946, ps. 23 y ss.

La tesis propuesta se ha expandido a otras disciplinas llegando al proceso donde se afina y apoya en el principio de moralidad. De este modo, la regla general que pretende evitar el ejercicio abusivo del derecho, se consagra en los procedimientos y busca particularidades que lo definan.

En el proceso civil, la teoría del abuso del derecho tiene distintas manifestaciones, algunas de ellas de fuerte contenido crítico (en la medida que, a veces, se contraponen con el ejercicio legítimo del derecho de defensa), y otras, donde resulta necesario establecer un perfil singular en miras, justamente, de articular un mecanismo que evite dispendios de tiempo o actitudes caprichosas y poco meditadas.

Por eso, también, la doctrina del abuso instala un problema de resolución sociológica, en orden a pretender establecer una función social del proceso, donde las técnicas sean apropiadas con los fines; sin tolerar acciones conscientes y voluntarias que persigan la dilación procesal o el agotamiento de todos los recursos disponibles cuando, a sabiendas, estos son inútiles.

La cuestión no es de fácil encuadre porque en el derecho privado para que exista abuso de derecho es preciso encontrar la intención maliciosa, y a veces, la producción del daño; en cambio, en el derecho procesal, hay principios propios, vertebrados en el deber de lealtad y probidad, o en el principio de moralidad; y algunos más lo propician como un nuevo principio aplicable al proceso, con características propias e independientes del principio de buena fe procesal (⁴⁸²).

En nuestra opinión, la teoría elaborada en torno al abuso del derecho se ha imbricado dentro de la teoría general, de modo que su influencia se extiende a todas las ramas de un ordenamiento jurídico, sea derecho civil, comercial, administrativo, procesal, etc.

⁴⁸² . Se sostiene que es un principio procesal y tiene implicancias diferentes a la responsabilidad civil. Por tanto el abuso de las vías procesales debe encontrar un fundamento especial y diferente de la responsabilidad civil, entendiendo que la primera es una responsabilidad subjetiva cuyo fundamento lo encuentra en la violación del principio que impone la obligación de actuar con lealtad y probidad en el proceso, y que antes se encontraba como principio general implícitamente establecido en el código civil. La responsabilidad de los daños procesales, a diferencia de la que impone el pago de las costas y que es una consecuencia objetiva de la pérdida del pleito, tiene que tener un fundamento subjetivo y basarse en la violación de una obligación o de un precepto, pues no podrá sostenerse que la simple acción en justicia que constituye un derecho subjetivo, puede acarrear una responsabilidad (cfr. Gozaíni, *La conducta en el proceso*, cit., p. 103).

El hecho de trastocar la buena fe, entendida como regla moral del proceso, no le otorga singularidad pues sus principios son generales y lo que interesa advertir son sus consecuencias (⁴⁸³).

Por ello el problema no apunta al proceso en sí mismo sino al curso de actos procesales regulares, válidos y eficaces que conformen el debido proceso y cuya virtualidad se pretende alterar con el uso abusivo que de ellos se hace. Abuso que consiste en utilizar una facultad procesal con un destino distinto al previsto constitucionalmente.

De manera, entonces, que si puede interpretarse autónomamente el principio general del abuso del derecho, su aplicación en el proceso no variará como principio, pero derivará el foco de atención hacia los efectos que produce.

El abuso de por sí, significa elevarse a un propósito desmedido, exceso éste que puede ser culpable o doloso o simplemente actuado con imprudencia, de manera que la actitud subjetiva del autor ha de constituir una de las notas singulares para definir el instituto, adunada con la elección del medio para llevarlo a cabo (⁴⁸⁴).

No se trata de relevar si el desatino se castiga de acuerdo con el exceso, es decir, si fue imprudencia la pena será leve; si hay culpa aumentará y si fuera el caso de dolo habrá responsabilidad plena y una dimensión mayor en la sanción.

En realidad, el abuso es de consideración subjetiva, sin que interese la intención de perjudicar o de provocar un acto ilícito. Solamente hay que observar el acto dispuesto y la conducta manifestada. En el primer caso se

⁴⁸³ . Otros han dicho que la doctrina funcional que se propicia desde la tesis de Josseland, puede identificarse con particularidades propias como abuso en las vías procesales. De conformidad con este criterio, un acto es abusivo independientemente de toda intencionalidad dolosa o culpable cuando se desvía del fin que le asigna el ordenamiento al derecho ejercido (cfr. *Abuso procesal*, obra dirigida por Jorge Walter Peyrano, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2001, ps. 127 y ss).

⁴⁸⁴ . Sostiene Gelsi Bidart que no es sólo el fin perseguido lo que importa, aunque esto siga teniendo importancia fundamental y aunque, generalmente, en el abuso, suele haber otra finalidad, también procurada incluso aparentemente como principal y, por tanto, desplazado en cierto modo el fin fundamental establecido por la ley. En rigor no puede prescindirse del fin cuando se habla del medio: aquél funciona como causa final de éste; no se realiza el medio sino en vista de la finalidad que con él se persigue (y, a veces, se consigue: resultado) (cfr. Gelsi Bidart, Adolfo, *Abuso del proceso*, ponencia presentada en el XI Congreso Nacional de Derecho Procesal, La Plata, 1981).

analizará el comportamiento puntual, mientras que en el segundo la valoración se realiza sobre el llamado "comportamiento sistemático".

No obstante, otros piensan que "hay abuso del proceso cuando en un proceso civil se ejercita objetivamente, de manera excesiva, injusta, impropia o indebida poderes-deberes funcionales, atribuciones, derechos y facultades por parte de alguno o algunos de los sujetos procesales, principales o eventuales, desviándose del fin asignado al acto o actuación ocasionando un perjuicio innecesario (daño procesal computable)" ⁽⁴⁸⁵⁾.

En síntesis: si observamos atentamente la dirección del principio aplicado en el proceso, advertiremos que el abuso presenta dos facetas:

☞ ① La actuación negligente, culpable o dolosa que lleva una intención subjetiva (*animus nocendi*). Esta es una manifestación del *abuso en el proceso*;

☞ ② La elección del proceso como medio de actuar dicha actitud, de manera que se pretende desviar el fin normal de la jurisdicción. Constituyendo así una forma de *abuso con el proceso*.

En el primer aspecto, la atribución de responsabilidad es *subjetiva*; en el siguiente, en cambio, es *objetiva*.

Una vez que se reconocen los perfiles que distinguen al instituto del abuso del derecho aplicado en el derecho procesal, es preciso advertir el contexto donde habrán de aplicarse esos fundamentos.

En efecto, si el punto de arranque se instala en la conducta inapropiada de la parte que, a sabiendas del derecho que acredita lo utiliza

⁴⁸⁵ . Así lo propone Mariela Álvarez, quien diferencia asimismo al abuso procesal de los principios de moralidad y abuso del derecho. En efecto -agrega, el abuso del proceso hace expresa referencia al ejercicio de los derechos, en la especie, procesales, derechos que no son absolutos, y cuyo ejercicio no puede ser excesivo, irrestricto o injusto en perjuicio de nadie, ni puede contrariar los fines para los cuales fueron concebidos. Violado que fuera el principio de moralidad, el juzgador, al efectuar el análisis de la conducta procesal maliciosa, impondrá sanciones que se plasmarán en la sentencia. En cuanto al abuso del proceso, la sanción del acto abusivo es diferente y va desde la anulación del acto, privándolo de sus efectos normales, hasta la condena en costas aun a quien, en ejercicio de un derecho legítimo, hubiera promovido el litigio agravando innecesariamente sus consecuencias. Consecuentemente, abuso del proceso y principio de moralidad son dos cosas distintas (Cfr. Álvarez, Mariela, *Abuso procesal*, en "Abuso Procesal", obra dirigida por Jorge W. Peyrano, cit., ps. 115 y ss.).

con un fin diferente al previsto por la norma, la cuestión se debate en un problema de casuística, donde la clasificación deviene necesaria para reconocer algunos de estos problemas de supuesta inmoralidad.

En cambio, si la mala utilización de las técnicas jurídicas o de los procedimientos se verbaliza con el *abuso del proceso* o *en el proceso*, la cuestión debe considerar la idoneidad profesional.

17. Conclusiones

El proceso civil promueve varios principios que rigen su estructura de debate. Cuando se propicia actuar de buena fe, en realidad no se instala una regla o estándar de conducta sino la admonición hacia las partes y sus abogados, señalando las consecuencias que tiene obrar de mala fe. De alguna manera, es un mandato preventivo que pide actuar en base a parámetros cuya interpretación queda en manos del tribunal de la causa.

Por eso, como las actuaciones tienen registros diversos, se ha preferido enunciar el principio como *de moralidad*, en el sentido de indicar una pauta a cumplir: el comportamiento leal, probo y honesto; y las sanciones que tienen los desvíos.

La conducta se descifra con “hechos”, y desde ella se conectan y deducen las implicancias posibles. Por ejemplo, quien desconoce la firma que le pertenece (pese a ejercer legítimamente un derecho defensivo –arg. arts. 356 inciso 1º, 526 y concordantes del CPCC-) y obliga a comprobar el documento (art. 390, CPCC) con una pericia, demostrada la autenticidad genera una multa a favor de la contraria, que “*aquél deberá dar a embargo como requisito de admisibilidad de las excepciones...*” (art. 528, CPCC). Similar consecuencia tiene negar la condición de inquilino, en el juicio de ejecución de alquileres, que después de verifica, pues en este caso, “*se le impondrá una multa a favor de la otra parte...*” (art. 525 inciso 2º, CPCC).

La buena fe como “hecho” tiene, a su vez, un aspecto subjetivo que radica en la certeza que invoca quien sostiene “tener derecho”. Esa manifestación, expresa o tácita, obliga a descubrir la sinceridad objetiva de dicha creencia de actuar conforme a derecho; o de exponer sus pretensiones o defensas con la convicción auténtica de defender una posición jurídica que le pertenece. En estos casos, la buena fe se colige por los actos que la exponen, permitiendo sancionar o eximir de consecuencias, de acuerdo con las circunstancias.

Es el caso del segundo párrafo del art. 68 del Código Procesal, según el cual “*el juez podrá eximir total o parcialmente de esta responsabilidad*

(costas) *al litigante vencido, siempre que encontrare mérito para ello, expresándolo en su pronunciamiento, bajo pena de nulidad*". También se descubre en el art. 163 inciso 5º apartado final, que dice: *"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"*.

El principio de moralidad se aplica en el proceso, pero puede extender su influencia hacia los actos que le preceden. Hay manifestaciones del mismo en la doctrina de los propios actos, donde la formación de una confianza basada en la credulidad, impide defraudar la buena fe con conductas opuestas que dejan sin sentido los actos precedentes, jurídicamente relevantes.

Al mismo tiempo, la credulidad que en otros influye, cuando engaña al juez se convierte en un supuesto de estafa procesal que trasciende la repercusión que tiene en el proceso donde se suscita, al quedar tipificada como delito.

Finalmente, el principio de moralidad tiene repercusiones menores, pero importantes, en reglas del procedimiento que se reflejan, por ejemplo, en el lenguaje procesal (cfr. art. 35, CPCC); o en las actuaciones de prueba que impiden perturbar el cumplimiento formal (cfr. arts. 125.1, 446, 572, 574, entre otros, del CPCC); también en la potestad disciplinaria del juez.

Las consecuencias de actuar de mala fe ocasionan consecuencias distintas según sea el desvío correspondiente. La nulidad formal, la condena en costas, son efectos propios del proceso; la culpa derivada del obrar con imprudencia o ligereza, o con típicas manifestaciones de abuso generan responsabilidad civil; el dolo, o la culpa grave llevan a la responsabilidad penal, y finalmente, queda implícita la responsabilidad profesional de quien arremete contra los principios éticos de la profesión.

JURISPRUDENCIA

*** Corte Suprema de Justicia de la Nación * Padilla, Marcelo c/ Estado Nacional (Ministerio de Justicia) * 01/06/2000 * Fallos, 323:1488.**

- Es arbitraria la sentencia que impuso una multa procesal a los letrados de una de las partes, si el actuar de los mismos no configura la conducta temeraria que se alega como fundamento de la sanción impuesta pues la negligencia que el sentenciador les atribuye no revela un obrar que pueda encuadrarse ni en la temeridad ni en la malicia que la ley procesal exige para ser pasible de sanciones.

*** Corte Suprema de Justicia de la Nación * Cacciatori, Enrique Armando c/ ocupantes de la unidad funcional nº 5 de José María Moreno 75 * 23/05/2000 * Fallos, 323:1250.**

- Es admisible el recurso extraordinario no obstante referirse a temas fácticos y de índole procesal - en el caso, se rechazó un planteo de nulidad y no se hizo lugar al pedido de sanciones por temeridad y malicia - cuando, con menoscabo del debido proceso y del derecho de defensa en juicio, el tribunal ha incurrido en exceso ritual y no ha considerado aspectos del problema que podrían incidir en la correcta solución del caso.

*** Corte Suprema de Justicia de la Nación * Bulacio, Luis Alberto y otra c/ Buenos Aires, Provincia de y otra s/ daños y perjuicios * 16/02/1999 * Fallos, 322:139.**

- El error imputado en la redacción de una cédula de notificación no implicaría malicia ni temeridad en la conducta de los letrados.
- No puede calificarse de maliciosa y temeraria la conducta de los letrados de la parte actora porque al correr el traslado de la demanda omitieron consignar el plazo dentro del cual la empresa demandada debía contestarla, si en la cédula de notificación de la misma se dejó expresa constancia de que el juicio tramitaría por la "via sumaria", lo cual implica, salvo excepciones, que el plazo para contestarla es de diez días.

*** Corte Suprema de Justicia de la Nación * Cabral y Vedia, Carolina s/calificaciones * 28/08/1997 * Fallos, 320:1867.**

- Corresponde admitir la avocación respecto de la sanción impuesta a una empleada por expresiones vertidas en el escrito en el cual ejerce su derecho de defensa, y en el cual no se advierte temeridad o malicia, si lo decidido constituye un exceso en el ejercicio de las facultades sancionatorias.

*** Corte Suprema de Justicia de la Nación * Chavanne, Juan Claudio su quiebra c/ Graiver, Juan y otro * 20/08/1996 * Fallos, 319:1586**

- La ausencia de temeridad, como la de malicia, deja sin sustento la sanción, la cual no puede tener como único fundamento la discrecionalidad del órgano con facultades para sancionar.

*** Corte Suprema de Justicia de la Nación * Aerolíneas Argentinas S.A. c/ Marivaz SRL. y otros * 30/04/1996 * Fallos, 319:601.**

- Carece de fundamentos suficientes, con grave riesgo de la garantía de la defensa en juicio, el pronunciamiento que sustentó la multa en la temeridad por insistir en la supuesta falta de identidad entre la demandada y la condenada y en el carácter en que absolvió posiciones uno de los codemandados, sobre la base de que tales argumentos no engañarían al magistrado más distraído (Disidencia de los Dres. Eduardo Moliné O'Connor, Augusto César Belluscio y Gustavo A. Bossert).

*** Corte Suprema de Justicia de la Nación * Eduardo Sánchez y Asoc. c/ Ferreira, Augusto * 06/07/1989 * Fallos, 312:1169.**

- Corresponde dejar sin efecto la sentencia que aplicó una multa a la demandada por temeridad y malicia, si carece de fundamentos suficientes, en tanto implica prácticamente el reproche de haber estructurado toda su defensa sobre la base de la equivocada postura jurídica que había adoptado el actor al tiempo de promover la demanda.

*** Corte Suprema de Justicia de la Nación * Tulsa SACIFI c/ Battista, Héctor * 29/12/1988 * Fallos, 311:2857.**

- La revocación del fallo de primera instancia con argumentos opinables y la mera referencia a no encontrar interés jurídico en la demanda que, al decir del tribunal, habría sido deducida sin más sustento que la temeridad de pretender valerse de un aspecto formal, no configura motivación suficiente para justificar la sanción por temeridad procesal.

*** Corte Suprema de Justicia de la Nación * Lozada, Salvador María c/ Editorial Amfin S.A. s/ acción declarativa * 20/09/1988 * Fallos, 311:1950.**

- De acuerdo a la Constitución Nacional y como principio, la prensa tiene el derecho de publicar lo que le plazca, pero si publica lo que es impropio, perverso o ilegal, debe afrontar las consecuencias de su propia temeridad. Máxime

cuando, con temeraria despreocupación acerca de su falsedad o acierto, y sin que lo justifique un interés público legítimo, se incurre en el abuso de proyectar sospechas que afecten la fama, honra y estimación de una persona (Disidencia de los Dres. Carlos S. Fayt y Jorge Antonio Bacqué).

*** Corte Suprema de Justicia de la Nación * Resolución nº 17/03 - Secretaría de Auditores Judiciales- Conjuces intervinientes en autos: "Robles, Hugo Antonio y otros" * 29/04/2003 * Fallos, 326:1512.**

- En el amparo la recusación con causa debe ser clara, categórica y no sólo insinuada, pues la vaguedad la torna maliciosa. Constituye una conducta temeraria y maliciosa en los términos de los arts. 29 y 45 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación -que determina la imposición de una multa-, la actitud puesta de manifiesto en los continuos y sucesivos planteos cuya falta de razonabilidad no se puede ignorar si se los juzga con una regla mínima de prudencia y que, en definitiva, provocaron una situación de verdadera privación de justicia.

*** Corte Suprema de Justicia de la Nación * García, Enrique c/ Red Celeste y Blanca S.A. * 10/10/2002 * Fallos, 325:2647.**

- Corresponde dejar sin efecto la sentencia que impuso una sanción a la demandada si de ella resultan reproches tan genéricos que, tal como están formulados, le cabrían a todo empleador que no hubiera justificado fehacientemente su decisión de despedir invocando la "falta o disminución de trabajo no imputable" (art. 247 de la Ley de Contrato de Trabajo) y dichos reproches no aparecen respaldados por elementos probatorios concretos de la causa que demuestren el ánimo subjetivo que tipifica la conducta maliciosa.

*** Corte Suprema de Justicia de la Nación * Logiudice, Angel c/ INPS - Caja Nac. de Prev. de la Industria, Com. y Act. Civiles s/ reajustes por movilidad * 26/02/2002 * Fallos, 325:273.**

- Debe desestimarse la petición dirigida a que se apliquen a la demandada las sanciones previstas por el art. 45 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación si la defensa de la parte contraria no demuestra una conducta temeraria o maliciosa.

*** Corte Suprema de Justicia de la Nación * Mavizaq SRL. c/ Gas del Estado - Sociedad del Estado y San Juan (art. 94 CP.) s/ daños y perjuicios * 07/09/1999 * Fallos, 322:2090.**

- No corresponde efectuar la declaración solicitada por la actora en el caso en que, si bien ambas partes se han conducido con escasa diligencia en lo referente a la prueba documental, no se advierte que la demandada hubiera actuado en forma temeraria o maliciosa.

*** Corte Suprema de Justicia de la Nación * Kasdorf SA. c/ Jujuy, Provincia de y otro s/ daños y perjuicios * 22/03/1990 * Fallos, 313:284.**

- Corresponde imponer al demandado y a sus letrados patrocinantes una multa equivalente al 20% de la condena, si la actitud de aquel al absolver posiciones evidencia una utilización maliciosa de los actos procesales y un deliberado y ostensible propósito de obstruir el conocimiento de la verdad jurídica en evidente desprecio de los principios de buena fe y lealtad procesal que es deber de los magistrados mantener (Voto del Dr. Jorge Antonio Bacque).
- Los profesionales deben responder conjuntamente con su cliente, por la multa equivalente al 20% de la condena impuesta por la actitud de este al absolver posiciones que evidenció una utilización maliciosa de los actos procesales, toda vez que en su condición de asesores y concedores del marco ético en que debe desenvolverse el proceso, debieron desalentar conducta semejante (Voto del Dr. Jorge Antonio Bacque).

*** Corte Suprema de Justicia de la Nación * Martorani, Felipe s/ pedido de avocación en autos: "Castañares, Ricardo Oscar y otra s/ ordinario" * 21/04/1992 * Fallos, 315:726.**

- Debe desestimarse el pedido de avocación a fin de que la Corte determine si la sala de cámara era competente para resolver sobre la admisibilidad del recurso extraordinario interpuesto contra la sentencia que consideró maliciosa una recusación con causa y le aplicó una multa al letrado, pues no se encuentra previsto en las disposiciones que regulan su competencia apelada, ni se configura un supuesto de extralimitación en la potestad disciplinaria a los empleados de la administración de justicia ni median razones de superintendencia.

*** Corte Suprema de Justicia de la Nación * Eduardo Sánchez y Asoc. c/ Ferreira, Augusto * 06/07/1989 * Fallos, 312:1169.**

- No es demostrativa de la existencia de una conducta temeraria y maliciosa, la circunstancia de que la tesis jurídica del demandado se sustentara en un grosero error de la contraria, más aún cuando el instituto procesal de las excepciones previas contempla tales posibilidades.

*** Corte Suprema de Justicia de la Nación * Stigliani, Pascual c/ Torre Florida y Tucumán SA. * 27/04/1989 * Fallos, 312:607.**

- La tesis jurídica defendida por los profesionales, no demuestra por sí sola la existencia de una conducta temeraria o maliciosa, pues el hecho de que no fuera receptada por el tribunal no constituye suficiente sustento de la sanción establecida, dado que el contrato vinculante permitía, aunque de una manera opinable, darle diversos alcances a lo que originalmente se había pactado.

*** Corte Suprema de Justicia de la Nación * Clínica Marini S.A. s/ quiebra s/ incidente de subasta inmueble * 09/06/1988 * Fallos, 311:985.**

- Si después de valorar la conducta de los compradores y su abogado en una subasta, el fiscal de cámara concluyó que no correspondía calificarla como temeraria y maliciosa y aconsejó en primer término revocar la sanción aplicada, su propuesta subsidiaria de reducir el monto de la multa se encuentra huérfana de todo sustento y contradice el argumento principal del dictamen en este aspecto.

*** Corte Suprema de Justicia de la Nación * Padilla, Marcelo c/ Estado Nacional (Ministerio de Justicia) * 01/06/2000 T. 323, P. 1488**

Cuando una conducta desleal y temeraria imputable al interesado ha sido objetivamente comprobada, los magistrados se encuentran facultados para defender los intereses superiores de la administración de justicia sin necesidad de nueva audiencia de quienes hubiesen transgredido los deberes impuestos por las reglas del procedimiento.

*** Corte Suprema de Justicia de la Nación * Ferreri, Irma Nieves c/ Altamirano, Restituta * 28/06/1988 * Fallos, 311:1176.**

- Es inadmisibles el recurso extraordinario respecto a los agravios de falta de prueba y a una sanción impuesta por una supuesta inconducta procesal (art. 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación).

*** Corte Suprema de Justicia de la Nación * Segura, Alejandro Aníbal c/ Colegio Público de Abogados de la Capital Federal * 04/09/2001 * Fallos, 324:2700.**

- Aun cuando se considerase que la inconducta del letrado que no pagó el bono correspondiente se vincula con la desobediencia a un acto esencialmente formal y sin importancia trascendental para el ejercicio de la abogacía, la levedad de la falta cobra relevancia cuando el profesional, al no concurrir a recibir la advertencia impide que se haga efectiva y frustra de manera absoluta el ejercicio de las facultades disciplinarias propias de la institución (Disidencia de los Dres. Julio S. Nazareno, Augusto César Belluscio, Enrique Santiago Petracchi y Guillermo A. F. López).
- Al prescindir de las consecuencias de la inconducta del letrado y del desprestigio a que somete a la entidad el hecho de privarla de facultades disciplinarias que hacen a la finalidad legalmente encomendada, el a quo omitió aspectos trascendentes del caso y no consideró que el acatamiento de los abogados a las decisiones de sus órganos de gobierno es un deber que permite llevar adelante con éxito los fines del colegio público (art. 11, del código de ética) (Disidencia de los Dres. Julio S. Nazareno, Augusto César Belluscio, Enrique Santiago Petracchi y Guillermo A. F. López).

*** Corte Suprema de Justicia de la Nación * Junta Nacional de Granos c/ Frigorífico La Estrella S.A. s/ nulidad de contrato * 09/08/2005 * Fallos, 328:2954.**

- Corresponde rechazar las objeciones dirigidas a cuestionar la multa por temeridad y malicia procesal, si consisten en meras aserciones relativas a que la parte no actuó de manera deliberada ni consciente de la inexactitud, sin rebatir lo expuesto en la sentencia con respecto a que no pudo pasarle inadvertido al frigorífico un incremento de diez veces en el precio contenido en su oferta inicial, de lo cual se deduce la existencia de dolo en el incumplimiento de sus obligaciones.

*** Cámara Nacional en lo Civil, Sala E * Consorcio de Propietarios de S. Finochietto 611 s/ ejecución fiscal * 29/03/89 .**

- Cuando la institución judicial es utilizada al acaso, dependiendo de que el pretendido deudor presente o no el comprobante de pago, queda habilitada la vía de sanción consagrada por el art. 45 del Código Procesal para castigar la temeridad. Obras Sanitarias de la Nación incurre en conducta negligente al emitir certificados de una deuda sustancialmente inexistente, y el innecesario dispendio administrativo y jurisdiccional que generó la ejecución fiscal llevan a aplicar una pena más gravosa que la mera imposición de las costas.

*** Cámara Nacional en lo Civil, Sala A * Mendoza, Enrique Walter s/ daños y perjuicios * 27/06/89**

- La temeridad que prescribe el art. 45 del Código Procesal se configura con el acto mismo en que la parte sustenta su pretensión. Es evidente que quien había sido protagonista de los sucesos que precedieron a la actuación municipal y que además sabía que el local de su propiedad permanecía cerrado ininterrumpidamente desde principios de 1985, no pudo luego pretender en jugar sus pérdidas valiéndose del error de la Comuna que concretó la clausura por falta de una habilitación municipal que estaba otorgada. En esas circunstancias le habría asistido en todo caso, el derecho para reclamar administrativa y judicialmente el cese de la clausura para proseguir con las actividades lícitas para los cuales había sido otorgada la habilitación alegando inclusive la nulidad del acto administrativo por carecer de una causa adecuada o errada motivación (conf.art. 7, inciso b) y 14 inciso b) de la Ley de Procedimientos Administrativos N. 19.549). Pero en modo alguno para pretender la indemnización de un perjuicio inexistente, o que de haber existido obedecería exclusivamente a la propia torpeza. Lo que el art. 45 citado procura evitar, es la promoción de procesos en los que el actor tuvo o debió tener conocimiento de la carencia de motivos para accionar y, no obstante, radicó su demanda abusando de la jurisdicción.

*** Cámara Nacional en lo Civil, Sala A * Camuyrano, Silvina María c/ Camuyrano, María Cristina s/ colación * 13/09/1989.**

- Si de lo que se trata es de denunciar conductas reñidas con las reglas de ética que rigen a la actividad profesional de los abogados, no es en el juicio y mediante la invocación de las normas sobre temeridad o malicia donde se debe buscar el

remedio, sino mediante el trámite previsto en los arts. 1 y 3 de la Ley 23.187, ya que es el ámbito adecuado para formularla.

*** Cámara Nacional en lo Civil, Sala F * Fisco Nacional c/ Cagnasco, Francisco s/ ejecución fiscal * 02/11/1989.**

- La conducta extraprocesal de las partes, no puede dar lugar a la aplicación de sanciones por temeridad o malicia (art. 45 del Código Procesal). El certificado expedido por la Empresa de Obras Sanitarias de la Nación, mediante el cual se inicia el respectivo juicio ejecutivo y que informa sobre una deuda inexistente, es conducta extraprocesal que no merece reproche en los términos del art. 45 del Código Procesal.

*** Cámara Nacional en lo Civil, Sala L * Romero, Rodolfo c/ Moretta, Norma Elda s/ desalojo * 22/02/1994.**

- Cuando la conducta desplegada por el abogado deja de ser una manifestación de incapacidad de defensa y coloca al contendiente en la necesidad de sufrir un dispendio de tiempo inútil y oneroso, se violan los deberes de lealtad y buena fe procesal configurándose el supuesto de temeridad, que surge frente a la conciencia de la propia sinrazón, elemento subjetivo de la parte que deduce pretensiones o defensas con argumentos jurídicos poco serios cuya injusticia y falta de fundamento, elemento objetivo, no pueden ignorarse de acuerdo con una mínima pauta de razonabilidad.

*** Cámara Nacional en lo Civil, Sala G * Viñas, Goldar Joaquina c/ Martínez Lamela, José s/ reajuste de convenio * 22/03/1994.**

- La sola deducción de una demanda que, en definitiva, no prospera, no es suficiente para habilitar las calificaciones de temeridad o malicia, si su trámite no revela conciencia de la propia sinrazón y se circunscribe a ejercitar lo que cree su derecho, por más que sea objetable su encuadramiento normativo o no concurran los presupuestos para su procedencia.

*** Cámara Nacional en lo Civil, Sala E * Ferrovía, Eduardo Juan Rafael c/ Instituto de Vivienda de la Fuerza Aérea * 17/08/1994.**

- No constituye temeridad o malicia la simple negativa de un hecho, luego comprobado en el juicio o la mera articulación de defensas, luego rechazadas, en la medida en que no importen un deliberado retraso del trámite de la causa o una consciente resistencia a pretensiones en las que se advierta una clara sinrazón (conf. C.N.Civ. Sala E, c.37.378, del 23/8/90).

CAPÍTULO XV

EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD DE LAS FORMAS

1. El formalismo en el proceso civil

Para establecer la legalidad formal como un principio del proceso civil, es necesario superar la observación según la cual cualquier solemnidad o ritualismo para expresar ideas o sentimientos conspira con la finalidad del acto.

La polémica no es nueva si tenemos en cuenta que reitera la disputa que viene desde el derecho romano en todas sus etapas (⁴⁸⁶), entre el formalismo de las actuaciones procesales y la informalidad absoluta.

Inclusive en el derecho germano hasta la recepción del derecho procesal italo-canónico (mediados del siglo XIV), el proceso fue muy formalista y su desarrollo quedaba en manos de las partes con un poder jurisdiccional prácticamente nulo. Características que fueron objeto de severas críticas que generaron las reformas del ordenamiento procesal.

El ritualismo exagerado hizo famosas las “ordalías” o juicios de Dios, que consideraban la etapa probatoria como una invocación a superar

⁴⁸⁶ . Sostiene Cuenca que, en ningún pueblo de la antigüedad fue tan profundo el culto de la forma como en Roma. De todos los elementos formales, la palabra tuvo un influjo poderoso; los romanos atribuyeron a las palabras el poder de llevar las semillas de un lugar a otro; en las Doce Tablas se incluyeron sanciones contra aquéllos que por arte de magia dañaban las cosechas y Plinio hace extensos comentarios sobre el poder místico de las palabras. La claridad, sencillez y precisión de las formas aseguraron, en el derecho antiguo, el cumplimiento estricto de las leyes ... [...]. En el sistema formulario, el sistema es formalista, pero no sacramental. Esto quiere decir que las partes deben valerse de los modelos previamente redactados por el Pretor, para definir sus controversias, pero ellos no tienen que hacer recitaciones textuales, cuya más leve variación o equivocación, como en la *actio legis*, implicaba la pérdida del litigio... [...]. Tiempo después, el *ordo iudiciorum* del sistema formulario fue superado con la *extraordinaria cognitio* que terminó desalojando en el año 342 el mecanismo anterior, aboliéndolo por considerar que era más propenso al juego de las palabras, a la argucia, al triunfo del más hábil o del más sabio, que a la investigación de la verdad (Cuenca, Humberto, *Proceso Civil Romano*, Ejea, Buenos Aires, 1957, ps. 39, 53 y 121).

pruebas de dolor (agua caliente, fuego, hierro candente), en las que el litigio era propiamente un duelo (⁴⁸⁷).

Entre un extremo y otro, no se puede negar que el procedimiento judicial necesita de reglas, y cuanto más conocidas sean, mayor seguridad y certidumbre tendrá quien las aplique; pero al mismo tiempo, el proceso no convalida el desarrollo solemne y ritual, al punto de convertirse en un simbolismo puro donde aniden ficciones y esoterismos. Por eso hay que encontrar un justo medio para las representaciones y liturgias del proceso.

El principio de legalidad de las formas aporta algunas soluciones, pero en realidad, no hay entre los extremos tanta distancia, porque el informalismo, en la práctica no ha sido nunca aplicado de un modo integral (⁴⁸⁸); y a su vez, la legalidad adjetiva, aunque establece pautas solemnes, arbitra algún margen optativo que acuerda a las partes la facultad de regular aspectos parciales del proceso (⁴⁸⁹).

El informalismo, en los hechos, nunca es tal, porque la sola referencia a las formas ocupa, además del aspecto exterior del acto, el lugar donde se emite y el tiempo en que se lo incorpora. En tal sentido, resulta impropio hablar de libertad de las formas, porque en realidad ellas existen. Lo correcto sería referir a un proceso sin reglas preordenadas, por el cual tanto las partes como el juez tengan suficiente libertad para realizar los actos pertinentes en el lugar, tiempo y modo que ellos consideren adecuados en su formulación externa.

No obstante, fue Calamandrei quien insistió en la necesidad de respetar el principio de legalidad de las formas, al señalar que [...] "las actividades que conducen al pronunciamiento de la providencia jurisdiccional no pueden ser realizadas en el modo y en el orden que a juicio discrecional de los interesados puede parecer más apropiada al caso singular, sino que deben, para poder tener eficacia jurídica, ser realizadas

⁴⁸⁷ . La sentencia, en estos tiempos, no era más que una declaración del derecho aplicable en la causa, pero no tenía fuerza obligatoria alguna, porque para su cumplimiento era preciso un contrato especialmente dirigido a este fin, en el cual el demandado prometía al demandante satisfacerle o probarle que carecía de razón. Pero, como dice Goldschmidt, esta prueba se dirige a la parte contraria, no al Tribunal, y no es una carga, sino un derecho (Goldschmidt, James, *Derecho Procesal Civil*, Labor, Barcelona, 1936, p. 15).

⁴⁸⁸ . Calamandrei, Piero, *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, Volumen I, trad. Santiago Sentís Melendo. Ejea, Buenos Aires, 1986, p. 379.

⁴⁸⁹ . Palacio, Lino E., *Derecho Procesal Civil*, Tomo I, Abeledo Perrot (2ª ed.), Buenos Aires, 1979, p. 319.

en el modo y con el orden que la ley (esto es, el derecho procesal) ha establecido de una vez para siempre. También las actividades de que se compone el proceso, por ser de aquellas que están realizadas por hombres, están guiadas por el pensamiento; pero los modos con los cuales este pensamiento debe exteriormente manifestarse para ser jurídicamente operativo, las condiciones de lugar y de tiempo de estas manifestaciones, no son libres sino que están dictadas por la ley, la cual regula, además, el orden según el cual deben seguirse estas actividades y precisa, por consiguiente, anticipadamente una especie de paradigma sobre programas del proceso tipo, que permite prever en abstracto cómo debe desarrollarse un proceso para ser jurídicamente regular" (⁴⁹⁰).

2. Fundamentos del principio

Ha señalado Chiovenda que [...] “un rápido vistazo a la historia es suficiente para dar la idea de la complejidad de las formas judiciales. El primer acto del Estado en el ejercicio de la función judicial es la intervención en la lucha privada. El fundamento de la pretensión del actor se encuentra siempre en su conciencia individual; pero el Estado comienza imponiendo un determinado camino a seguir en la actuación de la pretensión, y el cometido del juez se limita a constatar la regularidad de la vía seguida. Este tránsito de la defensa privada a la defensa regulada se revela todavía en las formas procesales conocidas de nosotros: la parte preponderante que todavía se concede a la ejecución inmediata y en las formas residuales de la lucha efectiva” (⁴⁹¹).

La intervención de un tercero en el conflicto individual, obligó a establecer claramente el alcance de esa autoridad; y al mismo tiempo, el juez que representaba la potestad de resolver el conflicto intersubjetivo, debía guiarse con reglas y principios que sin anular la disposición de las partes, aplicara un procedimiento cierto y seguro.

De este modo, la principal referencia que logró el tercero imparcial fue la delegación de la confianza que antes se depositó en la fuerza del más aguerrido, después en los atributos del buen padre de familia; en la sabiduría de la ancianidad; en el jefe del clan o de la tribu, por mencionar solo la autoridad ejercida en la evolución de las formas para resolver controversias humanas.

⁴⁹⁰ . Calamandrei, *Instituciones...*, Volumen I, cit., p. 321.

⁴⁹¹ . Chiovenda, Giuseppe, *Ensayos de Derecho Procesal Civil*, Volumen II, trad. Santiago Sentís Melendo, Ejea, 1949, p. 130.

Por otro lado, la intervención del juez en el conflicto impuso reglas para la lucha entre partes; estas pautas eran más que una orientación, constituyeron los pilares de un procedimiento que terminó delimitando tres etapas claras: la proposición de los hechos y pretensiones; la confirmación de las afirmaciones y la prueba de la razón de sus respectivas demandas; y la sentencia propiamente dicha.

Cada etapa contuvo características que pudieron o no solemnizar las intervenciones; pero que significaron establecer principios y reglas que, como sucede en cualquier juego, no podían modificarse sin quebrar el estándar o sorprender a alguno de los parciales en el conflicto.

Calamandrei advirtió sobre la permeabilidad de las reglas (⁴⁹²), pero no fueron menos quienes han considerado que ellas no podían alterarse sin poner el riesgo otros principios o garantías como la igualdad procesal, o la misma imparcialidad del juzgador.

Inclusive, la crítica se hizo mucho más severa después del impacto que tiene el Código Procesal italiano de 1940 en las instituciones

⁴⁹² . En “El proceso como Juego” sostuvo el maestro florentino: “En todas las instituciones procesales puede reconocerse, por clara derivación histórica, una significación metafóricamente agonística. El debate judicial es una especie de representación alusiva y simbólica de un *certamen* primitivo, en el cual el juez no era más que un juez de campo: la alternativa sucesión de los actos procesales de los litigantes viene a ser la transformación mímica de lo que en sus orígenes era un hecho de armas; hasta la terminología del proceso está tomada todavía de la de la esgrima o la palestra. Esta alusión a la lucha es viva en el proceso todavía en el día de hoy, a pesar de que se reconozca comúnmente la naturaleza publicística de las instituciones judiciales: mientras en el proceso civil se mantiene en vigor el principio dispositivo, la lucha entre contrapuestos intereses de parte es considerada y aprovechada por el Estado como el instrumento más apropiado para satisfacer al final el interés público de la justicia. Al choque de las espadas se ha sustituido, con la civilización, la polémica de los argumentos; pero hay todavía en este contraste, el ensañamiento de un asalto. La razón se dará a quien mejor sepa razonar: si al final el juez otorga el triunfo a quien mejor consiga persuadirlo con su argumentación, se puede decir que el proceso, de brutal choque de ímpetus guerreros, ha pasado a ser juego sutil de razonamientos ingeniosos...[...] Por eso, a pesar de los formularios fijos del procedimiento, no hay un proceso que sea igual a otro, como no hay en juego de ajedrez una partida igual a otra...[...] Todo esto no destruye la exactitud de la teoría de la relación procesal, en lo que atañe al núcleo central de ella, que es el deber del juez de proveer, y el correspondiente derecho de las partes, de conseguir que él provea; pero es cierto que el contenido concreto de esta obligación del juez se plasma dialécticamente en correspondencia con las situaciones jurídicas creadas por la actividad concurrente: según la variable puntuación, podríamos decir, de su juego” (Calamandrei, Piero, *Estudios sobre el proceso civil*, trad. Santiago Sentís Melendo, Ejea, Buenos Aires, 1986, ps. 263, 266 y 267..

procesales, porque al dar paso a la figura del “juez director” del proceso, se creyó ver una dimensión exagerada del principio de autoridad para convertir al anterior “árbitro de las reglas”, en un auténtico dictador de las formas (⁴⁹³).

El problema, entonces, parece radicar no tanto en la necesidad de generar reglas y principios para el procedimiento, sino de ver cuánto el establecimiento de formas y solemnidades pueden constituirse en parámetros de esa entidad, esto es, como reglas variables, o principios permanentes.

Sobre esta base es posible constatar que el origen de las mismas pueden llegar de la *jurisprudencia* creadora (v.gr.: el escrito dejado en una secretaría equivocada convierte en nula la actuación pese a ser el mismo juez el que interviene [⁴⁹⁴]); de la *ley* (v.gr.: disposiciones formales del

⁴⁹³ . Dice Alvarado Velloso: “...el juez dejó de juzgar el litigio y comenzó a dirigir el procedimiento como *capitán de barco o director del debate*, en su calidad de representante profesional del bien común. En rigor de verdad, no se trataba entonces de erigir al juez en el director del proceso con los poderes necesarios al efecto, sino de autorizarlos desde la propia ley para que hicieran todo aquello que considerasen menester en la oportunidad que así lo decidieran. De tal forma, por una simple ley que cambió autoritariamente el mundo conocido –a voluntad de un solitario legislador- el proceso pasó a ser un *método pacífico de debate entre particulares* a un *instituto de derecho público* en el cual estaba involucrado algo más importante que el interés de las partes: *los más altos valores sociales* aun con desmedro de la libertad individual en aras del beneficio del Estado (Alvarado Velloso, Adolfo, *El Debido Procesal de la Garantía Constitucional*, Zeus, Rosario, 2003, capítulo III, y en “Sistemas Procesales”, capítulo I del libro colectivo “Debido Proceso”, Ediar, Buenos Aires, 2006, ps. 28 y ss.).

⁴⁹⁴ . Los escritos judiciales -en el caso, contestación de demanda en un proceso de daños y perjuicios- deben presentarse dentro del plazo correspondiente, en el horario y ante la secretaría donde tramita la causa -art. 124, Cód. Procesal-, sin que pueda otorgarse validez a las actuaciones verificadas ante otro juzgado o secretaría, a menos que se haya incurrido en error excusable (CNCiv., Sala K, 2003/06/20, “*Guarachi Coyo, Rogelio E. y otro c. Pérez, Carlos A. y otros*”, La Ley, 2003-D, 837).

Corresponde declarar la deserción del recurso de apelación si la expresión de agravios fue presentada en la mesa receptora de escritos, pero consignándose que debía ser remitido al juzgado de primera instancia, pues la presentación en primera instancia de un escrito en el cual se expresan agravios constituye un error inexcusable, de ahí que la fecha del cargo que usó el funcionario autorizado de la Secretaría actuaria no tiene ningún valor en la segunda instancia a los efectos de considerar si el escrito se presentó en plazo (CNCiv., Sala F, 2002/05/06, “*Tripodi, Vicente O. c. M.C.B.A.*”, La Ley, 2002-E, 747 – DJ, 2002-3, 531).

Código Procesal), o de la misma *Constitución* (v.gr.: sentencia fundada en ley, conforme el art. 18).

En consecuencia, las formas pueden exceder el marco de la técnica aplicada y proyectarse hacia contingencias más complejas como las garantías fundamentales. Por eso, cuando se disciplina la manifestación de los actos del procedimiento, se torna evidente el llamado a la certidumbre que radica en el principio de la seguridad jurídica; y desde allí, rápidamente se llega al derecho de defensa en juicio.

Pero es evidente que un ordenamiento procesal rígido en esta disciplina, cae en el formalismo, donde se confunde lo formal con lo ritual, para elucubrar una especie de geometría exacta que acomode la presentación del acto a las previsiones legales que la rigen.

Si recordamos que el proceso no tiene un fin en sí mismo, podemos colegir que tampoco es pura forma. No cabe equiparar la razón que el derecho reporta a las exigencias formales, a la razón que asiste a lo visible de un aspecto exterior. Es decir, el acto formal no puede ser aquél que externamente es apropiado (⁴⁹⁵).

Los escritos judiciales deben dejarse, dentro de los horarios correspondientes, en el juzgado y secretaría donde se sustancia la causa o también en las mesas receptoras habilitadas al efecto, dependientes de la Cámara de Apelaciones, por lo cual, la presentación errónea ante otro juzgado impide que pueda otorgárseles validez y tiene por efecto que no se tomen en cuenta los cargos puestos en ellos, pues -salvo circunstancias excepcionales- se configura un error inexcusable debiendo recaer sus consecuencias sobre quien lo cometió, único culpable de la situación planteada (CNCiv., Sala B, 2000/11/30, “*Cuello, Patricia D. c. Lucena, Pedro A. y otro*”, La Ley, 2001-C, 438 - Colección de Análisis Jurisprudencial - Elementos de Derecho Procesal Civil - Director: Osvaldo Alfredo Gozáini, La Ley, Buenos Aires, 2002, p. 150, con nota de AA. VV).

Carecen de eficacia los cargos puestos en los escritos por una secretaría distinta de la actuante, debiendo tomarse como fecha de presentación de los mismos la de su recepción por la secretaría interviniente en la causa, quedando a cargo del presentante el riesgo de error en cuanto al lugar en donde se entrega el escrito (CNTrabajo, Sala II, 1990/12/10, “*Munga, Daniel R. y otro c. Polarsa S. A.*”, DT, 1991-A, 987 – DJ, 1991-2, 338).

⁴⁹⁵ . Se comprende, por consiguiente -dice Satta-, que cuando se habla de formalismo no se quiere menoscabar en modo alguno la forma del derecho; una vez más, el formalismo no se puede entender como una inconcebible y absurda crítica a las formas jurídicas. No habría necesidad de decirlo, pero los equívocos son siempre posibles: el formalismo no debe confundirse con la legalidad y el principio de legalidad que está absolutamente fuera de cuestión, y mucho menos la crítica del formalismo se puede desarrollar bajo el signo de la vaga aspiración a una justicia sustancial, en rebelión abierta o lavada a la voluntad de la ley. Estas cosas pueden

3. Modalidades

Existen tres modalidades para resolver la creación de normas formales para el procedimiento. La primera es de origen legal: el principio de *legalidad de las formas*, por el cual es el legislador quien dispone los ritos y solemnidades que deben cumplirse en las actuaciones procesales.

El límite de las formas lo impone el derecho establecido, que como toda norma jurídica, debe interpretarse no por su letra, sino por la inteligencia que surja de la lectura de las cláusulas, armonizándola con los demás preceptos del orden legal, sin desnaturalizar su esencia, ni transformándola incompatible con las mismas situaciones que vino a tutelar.

La segunda variable es el llamado *principio de libertad de las formas*, que constituye una suerte de reacción violenta contra los inconvenientes que trajo el ritualismo en el proceso, y coincide su aparición con épocas de grandes revoluciones (⁴⁹⁶).

En esta línea no se crean principios sino reglas acordadas por las partes con libertad; también pueden adoptarse los procedimientos de órganos preestablecidos.

Carnelutti, conviene recordar, era partidario de esta corriente y sostenía que el acuerdo de partes era el mejor, porque permitía arreglar un proceso con una *estructura elástica*: [...] “Sin duda uno de los más severos defectos del sistema vigente está precisamente en su excesiva rigidez. Si se suprimen las diferencias entre el rito formal y el rito sumario, que hoy no tienen ya razón de ser, toda vez que el primero es un instrumento enteramente desusado, nuestro código no conoce más que dos tipos de proceso: el proceso ante el juez colegial y el proceso ante el juez singular;

tener valor de *iure condendo*, esto es, no tienen para el jurista ningún valor actual (Satta, Salvatore, *Soliloquios y Coloquios de un jurista*, trad. Santiago Sentís Melendo, Ejea, Buenos Aires, 1971, p. 52).

⁴⁹⁶ . Informa Clemente Díaz, tomando datos de Bonnier (*Eléments de procédure civile*, París, 1853, p. 7), que durante la Revolución Francesa, la Constitución de 1793 (art. 94) estableció que los árbitros públicos juzgarían en proceso oral sin forma de procedimiento, y la ley 3 Brumario del año II, no solamente suprimió la orden de los abogados, sino que estableció que los tribunales existentes juzgarían en proceso verbal sin formas procesales; la reacción sobrevino por una ley 18 Fructidor del año VIII, que restableció la Ordenanza de 1667 y reglamentaciones posteriores (Díaz Clemente A., *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, Tomo I [Parte General], Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1968, p. 223 nota 30).

dejo de lado, naturalmente, por su especialidad, el proceso de casación. Con estas dos formas se piensa que se puede proveer a la infinita variedad de las litis. En el mismo tipo de instrucción ante el tribunal se introduce cualquier tipo de litis; la que excede en una lira de la competencia del pretor y la que significa cientos de millones; la que presenta cuestiones preliminares y la que va derecho a la decisión del mérito; aquella en que la prueba es toda ella preconstituida y aquella en la que se la debe constituir ante la presencia del juez; y así sucesivamente. No hablo de los modos y de los plazos para la notificación de la demanda, que están rigurosamente establecidos por la ley con escasos poderes al juez en materia de abreviación de plazos y de citación por proclamas públicas [...] Se comprueba que las articulaciones de este sistema elástico están constituidas por el *acuerdo de las partes* y por la *orden del juez*”.

“Sobre la importancia del primero como índice de adecuación del régimen procesal a la litis, creo superfluo insistir. Donde la voluntad de las partes coincide, por haber sido inducida a ello por intereses en contraste, está el mejor medio para tutelar, no ya los derechos de cada una de ellas, sino también los de la justicia. Sin duda, la condición de este resultado es el equilibrio de las fuerzas...”⁽⁴⁹⁷⁾.

La influencia del maestro italiano se refleja en los proyectos de Podetti para la provincia de Mendoza y de Reimundín para la provincia de Salta⁽⁴⁹⁸⁾.

Empero, la corriente solamente tuvo adopciones ocasionales y muy puntuales. Más fueron quienes suscribieron la necesidad de ser razonables en la aplicación del formalismo. Chiovenda⁽⁴⁹⁹⁾, Montesquieu, en el

⁴⁹⁷ . Carnelutti, Francesco, *Estudios de Derecho Procesal*, Ejea, Buenos Aires, 1952, ps. 130/131.

⁴⁹⁸ . El art. 142 del proyecto Podetti decía: “El actor al promover la demanda y el demandado al responder, podrán solicitar que se sustancie y resuelva el caso en proceso sumario o sumarísimo”. Disposición que con variaciones se ha mantenido en los arts. 164 y 210 del código actual. El proyecto Reimundín, al respecto, se concretó en el art. 348 inciso 18 (Cfr. Díaz, ob. cit., Tomo I, p. 229 nota 48).

⁴⁹⁹ . Es muy conocido su ensayo *Las formas en la defensa judicial del derecho* (ver nota 6) donde advierte la evolución del formalismo en tres fenómenos: las *formas residuales*, que son aquellas nacidas de las necesidades, de la índole, de las leyes de una época, que sobreviven pese a las transformaciones; las *reacciones*, que surgen contra la injusticia producida por el formalismo; hasta llegar al *regeneramiento* que describe como una gran aversión hacia el rigor de las formas procesales, que terminaron ocultando las ventajas fundamentales que tenía (ps. 135 y ss.).

Espíritu de las leyes (⁵⁰⁰), por citar dos encumbrados juristas de cada siglo anterior, justificaron la forma por ser la condición necesaria para la certeza, el precio de la seguridad; pero al mismo tiempo, reclamaron por encontrar un límite y equilibrio entre la libertad y la legalidad, para no caer en los extremos del ritualismo, ni en los peligros de la anarquía adjetiva.

Consecuencia de ello fue el tercer sistema denominado de la *regulación o adecuación judicial de las formas* (⁵⁰¹) por el cual el juzgador ordena el material solemne a recabar, dirigiendo el proceso en su total desarrollo.

Ahora bien, este mecanismo provoca alguna inseguridad jurídica, alterando la finalidad prevista en el principio de regulación de las formas que, justamente, procura afianzar la seguridad y el orden del procedimiento. Para regular su aplicación práctica, suele utilizarse una pauta jurisprudencial que ha generado el llamado *principio de instrumentalidad o elasticidad de las formas*, que sostenido en las reglas para sancionar las nulidades del proceso, establece una escala axiológica al vicio derivado de la actuación que no respeta una pauta formal determinada (⁵⁰²).

En líneas generales ha terminado consagrándose, por mayoría de preceptos reglamentados, el *principio de legalidad de las formas*, estableciendo numerosas disposiciones para el desarrollo de las actuaciones procesales en particular (lugar, tiempo y forma de los actos), y para la fisonomía o diseño del procedimiento (conocimiento amplio en el juicio ordinario; trámites irrenunciables en el juicio ejecutivo; formación del título ejecutivo; valoración de la prueba; etc.).

No obstante, el informalismo sigue presente para algunos procedimientos singulares. Por ejemplo, el sometimiento del conflicto a resolución de árbitros faculta a las partes a convenir el trámite aplicable y

⁵⁰⁰ . Montesquieu, Carlos de Secondat, Barón de, *Del espíritu de las leyes*, Alianza, Barcelona, 1996, p. 112.

⁵⁰¹ . Cfr. Berizonce, Roberto O., *La nulidad en el proceso*, Platense, La Plata, 1967, p. 48.

⁵⁰² . Clemente Díaz sostuvo que éste era un sistema poco convincente. “Dejar las formas al arbitrio de las partes es un mal; dejar las formas al arbitrio judicial es un mal peor, no porque el juez podría tentarse, sino porque la inercia judicial haría que se establecieran formas tipos, de carácter invariable; con ello, el juez habría desalojado al legislador. El peligro reside en la *falta de certeza de las formas*, ya que potencialmente existiría la posibilidad de formas distintas para el tratamiento de un mismo caso (ob. cit., p. 224 nota 37).

otras formas indicativas de procedimiento (art. 741, CPCC); lo mismo se aplica en las actuaciones de amigables compondores, o en la pericia arbitral.

Asimismo, también los códigos procesales permiten, en ciertas situaciones, que sean las partes las que dispongan sobre las formas. Así, cuando se prorroga convencionalmente la competencia judicial; o al acordar la suspensión de los plazos judiciales; e inclusive cuando se autoriza la práctica de actuaciones probatorias fuera del juzgado.

4. Alcance

Las formas en materia procesal tienen dos alcances, uno se refiera al *cómo deben ser* los actos del procedimiento (lugar, tiempo y forma), que obliga a individualizar las actuaciones precisando sus reglas; y otro se vincula con el *modo de formalizar el procedimiento*, es decir, acordar una fisonomía que se relaciona con otras reglas o principios, como la oralidad, la escritura, el conocimiento amplio o restringido del juez, el aporte de los hechos a la causa, la producción probatoria, su carga y valoración, el alcance de la cosa juzgada, la limitación de los recursos, etc.

Al prevalecer en el sistema jurídico argentino el principio de legalidad formal, la regularidad y eficacia de los actos procesales depende que se cumplan las condiciones dichas para su presentación.

Cuando no se prevé especialmente la indicación suelen existir remisiones a normas generales (⁵⁰³) y un estándar que pondera la *seguridad* de haberse cumplido el acto pese a sus defectos; la *finalidad* que analiza si el error pudo provocar la inexistencia o ineficacia de la actuación; la *conservación* o *protección* de la actuación informal pero con defectos intrascendentes; y el parámetro general que persigue evitar que se lesione el principio de defensa en juicio.

La exagerada dimensión de lo solemne ha llegado a la formación de la doctrina del *exceso ritual manifiesto*, que se convierte en causal de arbitrariedad, cuando se desnaturaliza el debido proceso con la exigencia desmedida de las formas y de las regulaciones procesales.

⁵⁰³ . Por ejemplo, el art. 319 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación establece que: “*Todas las contiendas judiciales que no tuvieren señalada una tramitación especial, serán ventiladas en juicio ordinario, salvo cuando éste Código autorice al juez a determinar la clase de proceso aplicable...*”

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, desde el resonado caso “Colalillo” ha evolucionado en su propia doctrina (⁵⁰⁴). Con la misma finalidad ha interpretado que no se puede convalidar el exceso ritual manifiesto; o admitir el excesivo rigor formal, o la injustificación de la prevalencia de las formas sobre la verdad; o amparar el predominio exagerado de las solemnidades; etc.

En este sendero se inscribe la política procesal donde anida el principio de legalidad de las formas. Su finalidad primordial es custodiar que las formas del proceso aseguren un trámite previsible, pero que no sean las solemnidades un obstáculo para la consagración de la justicia.

Por eso el criterio de la “renuncia consciente” al uso de las formas elaborada en *Colalillo* ha sido fructífero porque dio el parámetro exacto para el uso racional de las solemnidades del proceso (⁵⁰⁵).

⁵⁰⁴ . CS, 1957/09/18, “ [...] Que la condición necesaria de que las circunstancias de hecho sean objeto de comprobación ante los jueces, no excusa la indiferencia de éstos respecto de su objetiva verdad. Es en efecto exacto que, por lo regular, a fin de juzgar sobre un hecho, no cabe prescindir de la comprobación del modo de su existencia, que en materia civil incumbe a los interesados. Y también es cierto que esa prueba está sujeta a ciertas limitaciones, en cuanto a su forma y tiempo, pues es exacto que de otro modo los juicios no tendrían fin. Que, sin embargo, el proceso civil no puede ser conducido en términos estrictamente formales. No se trata ciertamente del cumplimiento de ritos caprichosos, sino del desarrollo de procedimientos destinados al establecimiento de la verdad jurídica objetiva, que es su norte. Que concordantemente con ello la ley procesal vigente dispone que los jueces tendrán, en cualquier estado del juicio, la facultad de disponer las medidas necesarias para esclarecer los hechos debatidos. Y tal facultad no puede ser renunciada, en circunstancias en que su eficacia para la determinación de la verdad sea indudable. En caso contrario la sentencia no sería aplicación de la ley a los hechos del caso, sino precisamente la frustración ritual de la aplicación de la ley a los hechos del caso, sino precisamente la frustración ritual de la aplicación del derecho. Que, desde luego y por vía de principio, es propio de los jueces de la causa, determinar cuando existe negligencia procesal sancionable de las partes así como disponer lo conducente para el respeto de la igualdad en la defensa de sus derechos. Pero ni una ni otra consideración son bastantes para excluir de la solución a dar al caso, su visible fundamento de hecho, porque la renuncia consciente a la verdad es incompatible con el servicio de la justicia. Que en el caso de autos, la sentencia que rechaza la demanda omite toda consideración del documento oficial agregado a fs. 66, por razón de la oportunidad de su incorporación al juicio. Y aún cuando la solución del pleito puede depender de la existencia y autenticidad de la licencia en cuestión, el fallo se limita a comprobar la extemporaneidad de su presentación...[...].”

⁵⁰⁵ . La evolución jurisprudencial del caso Colalillo puede verse en el excelente trabajo monográfico de María Eugenia Vera Ezcurra, sobre el *Exceso ritual manifiesto*, publicado en www.salvador.edu.ar. De él extractamos el resumen

Con relación a las *formas del procedimiento* cabe destacar una particularidad de nuestro país que tiene en cada provincia un código procesal civil y comercial y otro de procedimientos en lo penal, los que se deben adaptar a las normas locales y, en particular, a sus Constituciones.

Ello determina que no pueda darse una fisonomía armónica para generalizar el principio, teniendo en cuenta, por ejemplo, que en la provincia de Buenos Aires rige como juicio ordinario el proceso de conocimiento amplio predominantemente escrito; y en la ciudad autónoma de Buenos Aires, un proceso por audiencias donde la oralidad se piensa como modelo para el desarrollo de sus actos (cfr. art. 125 del ritual).

siguiente: *Año 1961* (Fallos 250:642) La resolución que impone la necesidad de notificar el traslado de la demanda en el extranjero a la persona contra quien se dirige la acción, habiéndose presentado en la causa su apoderado general, adolece de un exceso ritual que lo priva de base bastante para sustentarla y debe ser revocada [...]. *Año 1976* (Fallos 296:650) Es arbitraria, y debe dejarse sin efecto, la sentencia que por exceso de ritualismo formal, deniega protección jurisdiccional a la Caja Federal de Ahorro y Préstamo para la Vivienda, que impugna un embargo de fondos decretado contra ella en juicio en que es parte una sociedad de ahorro y préstamo de la que la Caja Federal es liquidadora, fundándose el fallo denegatorio en que, por razones procesales, debió deducirse el pedido en otra forma y por distinta vía y no como simple pedido de levantamiento de un nuevo planteo en sede administrativa tendiente a lograr una reparación que presupone la ilegitimidad del obrar de la demandada, aspecto ya negado por ésta. Una nueva insistencia sobre el mismo punto como pretende el a quo constituiría un ritualismo excesivo [...]. *Año 1982* (Fallos 304:148) Corresponde dejar sin efecto la sentencia que omitió pronunciarse sobre la cuestión central que le fuera sometida - procedencia o no de la inscripción en el registro especial de no graduados, denegada por el Consejo Profesional de Ciencias Económicas de la Provincia de Buenos Aires -, al entender que no se había impugnado específicamente la denegatoria del recurso de reconsideración. Ello así, pues se trata, en el caso - atento el carácter simplemente de ésta- de un supuesto de injustificado rigor formal que atenta contra la garantía de la defensa en juicio. *Año 1986n* (Fallos 308:529) Incurrir en excesivo rigor formal y corresponde descalificar la resolución que desestimó el recurso de revocatoria contra la sentencia que rechazó in limine la demanda contenciosoadministrativa, y que por considerarla extemporánea rechazó su nueva deducción peticionada en subsidio. Ello es así, pues se encontraba cumplido lo requerido por el tribunal - acompañar copia íntegra de una resolución administrativa y reponer el sellado- y, respecto a la posibilidad de reiniciar la demanda, la aplicación de las reglas de prescripción no debió efectuarse de oficio (art. 3964 del Código Civil). embargo [...]. *Año 1981* (Fallos 303:1994) Corresponde dejar sin efecto la sentencia que, fundada en la falta del reclamo administrativo previo e incurriendo en un ritualismo excesivo, desestimó la demanda contencioso administrativa tendiente a obtener la reparación de los daños y perjuicios derivados de la revocación o caducidad ilegítima de un decreto municipal.

No obstante, existe una clara tendencia a simplificar las formas procesales, y a unificar las actuaciones en pocos actos, generalmente reunidos en una o dos audiencias, donde el juez tiene el poder de fijar los hechos controvertidos y disponer la ordenación procesal correspondiente (⁵⁰⁶).

De algún modo, es una vuelta al *principio de elasticidad* que reclamó Carnelutti, que con variaciones respecto al modelo de origen, permite que las adaptaciones se regulen en tres órdenes distintos. O por *voluntad de las partes* mediante acuerdos procesales no prohibidos, que lleva al camino del proceso convencional; por la *autoridad del juez en el proceso* que lo resuelve como providencia instructoria (v.gr.: art. 360, CPCC); o por el *acto legislativo* singular que regula una situación jurídica determinada (v.gr.: Ley de Prenda con registro; ejecuciones fiscales; embargos sin orden judicial, etc.) (⁵⁰⁷).

El alcance del principio de legalidad, su eventual flexibilización, y las variaciones que se obtengan, ya sea para las actuaciones en particular, o para el tipo de procedimiento que se desarrolle, necesitan descubrir sus posibilidades reales en el marco del debido proceso adjetivo; pues no siempre los actos procesales afectados por un incumplimiento formal serán convalidados por la inactividad del afectado; como tampoco es factible afirmar que las formas procesales son disponibles para el juez al punto de

⁵⁰⁶ . Hace ya algunos años, en lo que ha sido un trabajo cumbre para la ciencia procesal, Isidoro Eisner decía: “Una obvia exigencia de buen sentido y economía aconseja al legislador no sólo crear diversos tipos de procesos que se acomoden a las modalidades de las cuestiones litigiosas que deben someterse a la composición judicial, sino también acordar facultades a los magistrados para excogitar y aun arbitrar el procedimiento que mejor se amolde a las distintas controversias, evitándose así que por el simple acatamiento a reverentes mandatos de la ley se deban utilizar estructuras y mecanismos absolutamente inadecuados, onerosos o superfluos con relación al fin que en cada caso se persigue. Si bien somos partidarios del sistema de la legalidad de las formas, lo que en materia procesal importa una garantía de certeza y de respeto por los derechos del individuo al ser discutidos en instancia judicial, ello no significa que no hayamos comprendido los rasgos de todo exceso y, por tanto, los de la rigidez y del formalismo inerte y exagerado. Sin llegar al reclamo de la libertad de las formas que lleva implícito el peligro del desorden, de la anarquía y aun del abuso de la autonomía de la voluntad en perjuicio de la parte más débil, consideramos que a su vez cabe admitir la solución que nos ofrece el llamado principio de <elasticidad> del que se mostrara partidario Carnelutti...” (*Economía Procesal*, La Ley, 146-879; reunido también en “Problemática actual del Derecho Procesal” [Libro homenaje a Amílcar Mercader], Platense, 1971, ps. 380/01, y en *Planteos Procesales*, La Ley, Buenos Aires, 1984, ps. 115 y ss.).

⁵⁰⁷ . Cfr. Díaz, ob. cit., Tomo I, ps. 230/1.

variar a su antojo el trámite de una etapa procesal prevista reglamentariamente; e inclusive, la propia doctrina del exceso ritual debe esclarecer si relaciona únicamente a las formas con la actuación solemne, o se extiende también a las manifestaciones incongruentes del trámite.

Cada uno, en consecuencia, necesita resolver la disponibilidad de las formas en el proceso.

5. Renuncia al formalismo por acuerdo entre partes

A tono con el planteo inicial de esta obra, el interrogante liminar se repite en estas cuestiones. Si el proceso es cosa entre partes, donde el debate entre intereses contrapuestos es de carácter privado ¿pueden las partes convenir las formas del procedimiento? O, en su caso, si la controversia entre particulares se desenvuelve en el marco de un proceso público donde el Estado participa con la dirección material del juez ¿las reglas procesales se orden anticipadamente por la ley? O también ¿puede el juez cambiar la ordenación prevista desde las normas adaptando el procedimiento con sus propias reglas?

En esta parte procuraremos responder solo la primera cuestión; de inmediato, en el siguiente parágrafo, lo haremos con los temas restantes.

Brevemente, conviene recordar la naturaleza jurídica que tiene el proceso. La tesis privatista, que lo consideró orbitando en el derecho privado, hoy día tiene poco sustento; basta con advertir el poder jurisdiccional que tiene el Estado para observar que el predominio de las partes únicamente se mantiene con las formas del *contrato*, o del *cuasi contrato*, para el arbitraje u otras formas alternativas de resolución de conflictos con trámites informales generalmente consensuados.

En cambio la naturaleza pública del proceso se consolida con la autonomía científica del derecho procesal y queda consagrada con la teoría de la relación jurídica.

Ahora bien, la independencia lograda sirvió para orquestar el famoso tríptico esencial (jurisdicción, acción y proceso), donde a cada vértice del triángulo formado por las tres puntas de la mencionada relación jurídica procesal, le corresponde una actuación particular dentro de la unidad teleológica que inspira el derecho procesal.

Queremos decir, entonces, que aun cuando la teoría de la relación procesal sea útil y efectiva para destacar criteriosamente los vínculos que traban los participantes del litigio, ellos no necesitan reflejarse en figuras similares de otras disciplinas, precisamente porque el fenómeno procesal es

único, y concita derechos, deberes, y obligaciones; en suma, relaciones y situaciones propias, que son distintas de toda otra vinculación entre hombres.

Además, el proceso soporta un compromiso institucional, de raigambre constitucional. Es anterior al conflicto y allí está su verdadera esencia fundamental. Por eso decimos que es una garantía. De alguna manera tiene carácter abstracto, emparentado en gran medida con el derecho a la jurisdicción.

Lo concreto y de contenido público será la secuencia de actos que confirman la existencia de una teoría de los actos procesales, los que, a su vez, organizan un sistema de principios y presupuestos que hacen a la estructura del procedimiento.

Bien lo expone Rosenberg al indicar que "todo proceso es una relación jurídica, esto es, una relación entre los sujetos procesales regulada jurídicamente [...]. El significado de la relación jurídica procesal se basa en que hace posible una concepción unitaria del proceso, consistente en múltiples actos particulares y situaciones jurídicas...[...] El proceso no sólo es una sucesión de actos de las partes y del tribunal, sino una unidad jurídica que comprenden las relaciones jurídicas producidas a través de la conducción procesal" (⁵⁰⁸).

Desde esta perspectiva, a las partes no le es posible modificar ni alterar las reglas del juego (Calamandrei), o el método de debate (Guasp), o los principios de la litis (Carnelutti) para dar como sinónimos a cualquiera de las lecturas que del fenómeno se hace.

Es que la actividad del juez y de las partes integra la noción de proceso, convirtiéndolos en elementos de necesaria presencia para constituir la relación jurídica que entabla un juicio cualquiera. Hay dos componentes básicos, uno *objetivo* que se halla en la pretensión o la petición según se trate de proceso contradictorio o voluntario, respectivamente; y otro *subjetivo*, representado por las personas que inician, impulsan, extinguen o deciden el proceso.

El tercer elemento es la *actividad*, esto es, la sucesión de actos que orquestan el procedimiento que constituyen, en definitiva, la historia del conflicto y su resultado (⁵⁰⁹).

⁵⁰⁸ . Rosenberg, Leo, *Tratado de Derecho Procesal Civil*, trad. Angela Romero Vera, Tomo I, Ejea, Buenos Aires, 1955, ps. 8/9. Cfr. Gozaíni, Osvaldo Alfredo, *Derecho Procesal Civil*, tomo I (Volumen 1), Ediar, Buenos Aires, 1992, p. 257.

⁵⁰⁹ . Cfr. Palacio, Lino E., *Derecho Procesal Civil*, tomo I, cit., p. 228.

De esta manera, en el proceso ocurren los tres cimientos de la ciencia procesal: la *teoría de la acción*, porque desde su medio atendemos la actividad de las partes; la *teoría de la jurisdicción*, ya que por ella estudiamos la actividad del órgano jurisdiccional. La interacción de ambos nutre al proceso, entendido al respecto como un método de debate regido por presupuestos, principios y reglas previamente establecidas que culminan en el juicio jurisdiccional.

De este modo, el enjuiciamiento -noción que nos llega del derecho romano y directamente de la ley española antecedente de nuestras leyes procesales- encamina el sistema que instrumenta la ciencia del derecho procesal, demostrando que su método disciplina con autonomía una rama del derecho que no necesita del derecho civil (derecho privado) para encontrar características o impulsar desde allí condiciones y presupuestos que no son propios de la ciencia (⁵¹⁰).

Con este emplazamiento, es posible asegurar desde la certidumbre que ofrece el principio de legalidad, que las formas procesales no son disponibles para las partes, salvo contadas excepciones que el régimen dispone, sin afectar en caso alguno, el derecho de defensa en juicio.

5.1 Excepciones al principio de legalidad: prórroga de la competencia

Un supuesto posible es la prórroga de competencia hacia jueces extranjeros (o árbitros), oportunamente autorizada por la reforma introducida por la ley 22.434 que estableció algunas condiciones: *a)* que lo dispusieran tratados internacionales; *b)* que hubiera conformidad entre las partes en asuntos exclusivamente patrimoniales de índole internacional; o

⁵¹⁰ . La conducción del juez se rebate con opiniones como la de Cipriani, quien afirma: “El proceso debe estructurarse de modo tal que permita a cada parte pedir en cualquier momento al juez, en el respeto del derecho de defensa de la otra, juzgar. Hay que, antes que nada, reducir el actual inverosímil plazo para comparecer, de tal forma que se consienta a las partes llegar en tiempos razonables ante el juez. Debe suprimirse la división del proceso en fases, asegurando que el proceso, en línea de principio, esté pendiente de inmediato y siempre en fase de decisión. Luego, el proceso, una vez recompartado, debe ser más elástico, y como tal capaz de adecuarse automáticamente a las exigencias de todas las causas. En distintas y más claras palabras, el proceso no debe ser un gran autobús capaz de transportar también a dos personas, sino un Fiat 500, o si se prefiere un Smart susceptible, según las necesidades, de alargarse y de hospedar también a 100 personas ...[...] (Cipriani, Franco, *Batallas por la justicia civil*, Cuzco, 2003, p. 177).

c) que no se tratare de un caso donde los tribunales argentinos tuvieran jurisdicción exclusiva y excluyente.

La prórroga puede estar convenida contractualmente, o quedar consentida en oportunidad de trabar la litis. Es decir que impera un criterio amplio para autorizar la extensión jurisdiccional.

Por su parte, el art. 2 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación dice: “*La prórroga se operará si surgiere de convenio escrito mediante el cual los interesados manifiesten explícitamente su decisión de someterse a la competencia del juez a quien acuden. Asimismo, para el actor, por el hecho de entablar la demanda; y respecto del demandado, cuando la contestare, dejare de hacerlo u opusiere excepciones previas sin articular la declinatoria*”.

La competencia, por lo general, es improrrogable toda vez que resulta de orden público e interesa al conjunto de la sociedad conocer anticipadamente el juez que debe entender. Sin embargo, algunas cuestiones que concitan solamente el interés privado pueden pactar libremente la competencia (pacto de foro prorrogado); la única limitación radica en la posibilidad jurídica para hacerlo y en la buena fe del acto que lo celebra, con la finalidad de evitar el abuso o eliminar la sospecha hacia jueces de presunto favor.

Esta convención puede ser *expresa* y quedar prevista por escrito con anterioridad a la controversia, de acuerdo con lo establecido en el art. 1197 del Código Civil; o resultar de la actitud pasiva de la contraparte al contestar la demanda y no cuestionar la competencia elegida.

5.2 Excepciones al principio de legalidad: suspensión de las actuaciones

Se denominan *plazos convencionales* los tiempos procesales que las partes acuerdan sin participación del órgano jurisdiccional. Pueden prolongar la perentoriedad de un plazo, o suspender su curso, debiendo en todos los casos acompañarse el acuerdo al expediente judicial.

El art. 155 del ritual admite que los plazos puedan ser *prorrogados por acuerdo de partes manifestado con relación a actos procesales determinados*; mientras el art. 157 reglamenta que: “*Los apoderados no podrán acordar una suspensión mayor de veinte días sin acreditar ante el juez o tribunal la conformidad de sus mandantes. Las partes podrán acordar la abreviación de un plazo mediante una manifestación expresa por escrito. Los jueces y tribunales deberán declarar la interrupción o*

suspensión de los plazos cuando circunstancias de fuerza mayor o causas graves hicieren imposible la realización del acto pendiente”.

Convencionalmente las partes pueden suspender los plazos previstos, como también pueden pactarlo sus respectivos mandatarios por un plazo no mayor a veinte (20) días, necesitando la ratificación de sus mandantes para acordar un término superior.

El plazo de prueba, en principio no suspensivo de acuerdo con el art. 375, puede quedar suspendido por acuerdo entre partes, reanudándose el término a partir de la finalización de la fecha convenida o, en ausencia de ésta, desde la notificación del auto que lo ordena.

5.3 Excepciones al principio de legalidad: convenio sobre costas

En este supuesto, más que un acuerdo sobre la realización de actuaciones procesales, la dimensión del convenio alcanza a la imposibilidad que condiciona al juez para imponer el rumbo de las costas en la sentencia.

La petición de que los gastos causídicos se declaren en el orden causado, por quien reviste la condición de vencedor importa una renuncia expresa al derecho de exigir su pago (⁵¹¹), habiéndose entendido concordantemente, que la renuncia formulada para el caso de no mediar oposición y que fuera aceptada por la contraparte, no puede retractarse con posterioridad (⁵¹²).

La renuncia de un derecho disponible (arts. 872 y 873 del Código Civil) aparece como fundamento de esta posibilidad y no se modifica cuando existe conformidad del obligado y no se vulneran ni el interés ni el orden público.

⁵¹¹ . CNCom., sala A, 1967/02/27, La Ley, 126-774, cit. Morello, Augusto M. – Sosa, Gualberto L. -Berizonce, Roberto O., *Códigos Procesales en lo Civil y Comercial de la provincia de Buenos Aires y la Nación*, Tomo II-B, Platense – Abeledo Perrot, p. 127. Asimismo se agrega que, corresponde prescindir de la aplicación del principio objetivo de la derrota al tiempo que cabe liberar al demandado (vencido), de las costas, pues nada autoriza a pensar que no creyera seriamente en la paternidad luego desmentida, y debe descargarse esa condenación accesoria sobre la madre, que aunque victoriosa en la vía judicial, fue quien por sus no justificados cambios de actitudes dio pie para que quedara oscurecida la filiación de la menor (CNCiv., Sala C, 1984/03/02, “B., C. P. y otro c. G., F.”, La Ley, 1984-C, 577).

⁵¹² . CNCiv., sala E, 1963/08/06, La Ley, 114-385; cit. Morello, Augusto M. y otros, ob. cit. p. 127.

Claro está que, de conformidad con lo normado por el art. 1195 del Código Civil, el convenio homologado mediante el cual se modifica la imposición de costas, resuelta por sentencia firme, no deviene oponible al letrado que en el evento reviste el carácter de tercero ajeno a dicha convención (⁵¹³).

Empero, si no resulta con certidumbre que haya mediado una renuncia, frente a la doctrina que emerge de art. 874 del Código Civil, tratándose de un supuesto dudoso, debe juzgarse que no ha existido y cabe estar al principio genérico de la imposición de costas (⁵¹⁴).

La eximición de costas a quien ha resultado vencido en una contienda judicial, que implica apartarse del principio de la derrota, debe reunir, para que sea procedente características de excepción.

5.4 Excepciones al principio de legalidad: renuncia convencional al recurso

Entre los contenidos del debido proceso, uno de los nuevos integrantes es el *derecho al recurso* (⁵¹⁵), por eso se discute si las garantías son renunciables o pueden acordar modalidades según el interés de las partes.

Cualquiera sea la conclusión que se alcance respecto a la exigencia constitucional de la doble instancia, o las modalidades que se encuentren

⁵¹³ . La admisión exclusiva de los efectos de las obligaciones concurrentes a la relación que exhibe el abogado acreedor, un condenado en costas y el cliente conduce a consecuencias disvaliosas cuando se presenta cualquier medio extintivo de la obligación -renuncia del letrado a percibir sus honorarios de parte del vencido; confusión de patrimonios entre ellos; compensación de sus créditos- que vincula al vencido en costas respecto del abogado que demanda de éste sus honorarios, y pretenda satisfacer entonces su crédito de su cliente (CNFed. Contenciosoadministrativo, Sala I, 2001/10/30, “*Inti Huasi S.A. c. La Nación y Puntual S.R.L.*”, RCyS, 2001-VI, 50 - RCyS, 2001, 505)

El demandado que asume el pago de las costas en un convenio sujeto a homologación y acepta abonar al letrado del trabajador una suma equivalente al veinticinco por ciento del monto del acuerdo, renuncia tácitamente al límite del art. 277 de la ley 20.744 (del voto del doctor García Allocco) (CCiv. Com. Familia y Trab., Marcos Juarez, 2002/08/13, “*Fernández de Astorga, Mabel M. c. Asoc. de Serv. Direc. Empresarios*”, LLC, 2002, 1225).

⁵¹⁴ . Gozaíni, Osvaldo Alfredo, *Costas Procesales*, Ediar (3ª ed.), Buenos Aires, 2007, ver parágrafo 13.2 del capítulo II

⁵¹⁵ . Gozaíni, Osvaldo Alfredo, *Derecho Procesal Constitucional – Debido Proceso*, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires / Santa Fe, 2004, ps. 459 y ss.

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 renunciabile. La pregunta concreta es si esa renuncia puede ser pactada con anterioridad al proceso o antes de llegar a la sentencia.

Aquí la cuestión se instala en el predominio del principio dispositivo, desde el cual queda claro el carácter facultativo de los medios de gravamen y las vías de impugnación (⁵¹⁶).

⁵¹⁶ . En la jurisprudencia se sostiene que, la renuncia anticipada a la facultad de utilizar las vías recursivas, encuentra sustento en las prescripciones contenidas en los arts. 872 y 1881, incs. 3° 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 abduquen de tal derecho (CNCiv., Sala G, 1997/03/04, "*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. 3° y 74 inc. 5°, Código Procesal-, o convencional, cuando las partes pactan expresamente la renuncia a tal derecho (CNCiv., Sala G, 1997/09/18, "*The First National Bank of Boston c. Lamanna, Juan C.*", La Ley, 1998-B, 242).

Cabe hacer lugar a la renuncia anticipada al derecho de interponer recurso de apelación, procedencia fundada en los arts. 872 y 1881 inc. 3° del Código Civil, pues la renuncia constituye un derecho del individuo que no afecta al orden jurídico y, asimismo, la doble instancia no configura un requisito de la garantía constitucional de defensa en juicio (CNCiv., Sala G, 1997/09/18, "*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

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.

6. Libertad judicial para establecer formalidades

Así como las partes tienen restringido el principio de libertad para consensuar formas de las actuaciones o del procedimiento; no sucede lo mismo con los poderes del juez, quien encuentra más flexibilidad para disponer variaciones en las reglas u ordenar el procedimiento.

El Código Procesal admite en varias disposiciones que el poder de conducción sea actuado con libertad, pero “*dentro de los límites establecidos*” (art. 34 inciso 5º, CPCC); en este sentido, los deberes para dirigir el procedimiento y adecuarlo a ciertos principios (v.gr.: economía procesal) deben analizarse para confrontar su validez o eventual nulidad, teniendo en cuenta la hipótesis ordenada que el juez debe “*disponer de oficio toda diligencia que fuere necesaria para evitar o sanear nulidades*”.

Es ésta una disposición paradójica, pues podría el tribunal decretar actuaciones procesales que fuesen nulas o anulables; contradicción que es propia, también, en similares regulaciones adjetivas, como la del art. 36 inciso 1º que pide al juez que tome medidas tendientes a evitar la paralización del proceso, sin que ello se consagre en la praxis en virtud del exagerado principio del impulso procesal a cargo de las partes.

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, 1993/03/08, "*Malaiu, Gabriel E. c. Kazka, Ludmila*", La Ley, 1993-E, 641, J. Agrup., caso 9409).

6.1 Límites

Observemos, entonces, cuáles son los límites a la libertad judicial para establecer formalidades. Dicho artículo 34 en los diversos apartados del inciso 5º, pone como deberes de los jueces: *a)* la concentración de los actos para que puedan cumplirse en solo una actuación; *b)* la ordenación para realizar diligencias que eviten o purguen una nulidad procesal; *c)* vigilar en la tramitación de la causa la mayor economía (relacionada con lo dispuesto en el punto <a>), y *d)* la aplicación del principio de moralidad en el proceso.

Para cumplir estos deberes será menester “*mantener la igualdad de las partes en el proceso*”.

Los deberes impuestos llevan la impronta de la eficacia de las actuaciones procesales en dos dimensiones fundamentales: *concentración* de la actividad, que significa la reunión de la mayor cantidad de actos a realizar en el menor número de actuaciones. Por eso, la adscripción a la oralidad o a la escritura del procedimiento, revelan las posibilidades reales de cumplimiento; 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 (⁵¹⁷).

⁵¹⁷ . Sostiene Montero Aroca, que estas eran las notas de la oralidad según Chiovenda y su obra general última. En la misma, después de explicar el principio de la oralidad y las objeciones al mismo, entra a analizar “la oralidad y los poderes del juez”, estimando que la oralidad y la concentración procesal son principios íntimamente unidos al problema de los poderes del juez. En la actualidad, dice Chiovenda, por un lado la renovada importancia que ha adquirido el libre convencimiento del juez y, por otro, el concepto renovado de la jurisdicción como función del Estado, han devuelto al juez una posición central de órgano público interesado en administrar justicia del modo mejor y más rápido posible. Se trata de asegurar al juez una posición que le haga partícipe activo en la relación procesal y proveerle de la autoridad necesaria para ejercer su función. El juez ha de estar en condiciones de dirigir el proceso y conducirlo hasta su resolución con la mayor celeridad posible compatible con una decisión acertada. Además es conveniente hacerle colaborar en la formación del material de conocimiento, poniéndole en contacto inmediato con las partes desde el momento de la constitución del juicio, de forma que le sea fácil preparar la sustanciación completa de la causa aclarando las dudas, provocando de las partes las indicaciones más importantes de hecho, señalándolas de la manera más simple las lagunas que haya en su defensa y en sus pruebas. El ejercicio de estas facultades sólo es posible en el proceso oral.

A pesar de todo, no está demasiado clara cuál fue la opinión de Chiovenda sobre la relación entre el principio de oralidad y el aumento de los poderes del juez, puesto que cabe recordar como en otro lugar, y en 1924, había sostenido que “la oralidad por sí misma no requiere un aumento considerable de la injerencia directiva del juez

Por otro carril transita el principio de inmaculación del proceso, como lo definió Ayarragaray (⁵¹⁸), que persigue la depuración oficiosa de actuaciones eventualmente nulas o anulables; y el comportamiento leal, probo y honesto de las partes.

Ambas cuestiones anidan en el terreno del principio de legalidad de las actuaciones (o desarrollo de actos procesales), de manera que la simple reunión de actividades, o el control sobre la conducta de las partes (ésta última propia de la calificación que corresponde al principio de moralidad o de buena fe en el proceso) no afectan la libertad de obrar que tiene el juez como director del proceso, salvo que con sus decisiones afecte el principio de igualdad (por ejemplo, si permite actuar como parte en el proceso a quien adquiere el derecho litigioso, sin que la parte contraria lo permita – art. 44, CPCC-).

6.2 Deberes y facultades del art. 36 del CPCC

De su lado, el art. 36 instala como *deberes y facultades* (obligaciones y potestades): *a)* El impulso procesal, disponiendo de oficio las medidas necesarias para que la causa progrese; que cuando se trata de causas donde existen fondos inactivos de menores o incapaces, se convierte claramente en un deber del oficio; *b)* la conciliación, que incluye la posibilidad de promover la intervención de árbitros o mediadores, o cualquiera figura afín

y no debe identificarse con ésta. Pueden existir procesos orales (como el actual proceso germánico que, desde este punto de vista, representa un tipo de proceso oral opuesto al austríaco) en los que la injerencia del magistrado es mínima. Y se trata de problemas que cuidadosamente han de considerarse distintos, porque el aumento de los poderes del juez puede encontrar por razones de raza y de costumbres dificultades y resistencias mucho más serias y discutibles de aquellas que pueden oponerse a la introducción de la oralidad”. Sobre esos poderes la lectura de las que podemos llamar páginas últimas ilustra de que Chiovenda se había mantenido dentro del que debe considerarse respeto a la autonomía de la voluntad y a la garantía de los derechos subjetivos de las partes. Una cosa son los poderes del juez para la formación del material de conocimiento, que quedan limitados por el principio dispositivo, en cuanto éste predomina sobre la iniciativa del juez en la fijación de la verdad de los hechos (pág. 63) y otra los poderes del juez respecto de los presupuestos procesales, que sí deben ser controlados de oficio (pág. 69), y todo ello aparte del principio de impulso de oficio (pág. 71) (Montero Aroca, Juan, *La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil española y la oralidad*, texto base de la conferencia pronunciada en las XVII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal, celebradas en San José, Costa Rica, los días 18 a 20 de octubre de 2000).

⁵¹⁸ . Ayarragaray, Carlos A., *El principio de inmaculación del proceso*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1959.

con los medios alternativos para la resolución de controversias; *c)* ordenar las diligencias necesarias para esclarecer la verdad de los hechos controvertidos, con el límite del respeto por el derecho de defensa de las partes; y *d)* aclarar las decisiones vertidas en la sentencia, a pedido de parte o de oficio, con el límite de no alterar lo sustancial de la resolución adoptada.

Este, a diferencia del anterior, es un punto más sensible, porque el principio trasciende la formalidad simple de la actuación a cumplir, para instalar en el escenario del procedimiento una secuencia importante de potestades de instrucción cuya dimensión se ha considerado exacerbada por un sector minoritario de la doctrina, pero auspiciado por buena parte del denominado “publicismo procesal”.

a) Por ejemplo, la conciliación “intra” procesal es una herramienta poco cuestionada en su eficacia, pero no hace al tema específico de la legalidad formal. Es obligación del juez intentar que las partes concilien, como una forma más de pacificar los intereses en conflicto.

Lo único que, en puridad de conceptos, puede ser cuestionable, es la facultad prevista en el art. 360 inciso 1º donde la invitación a las partes a conciliar, o a encontrar una forma alternativa para la resolución de la controversia, se convierta en una decisión judicial no consentida ni consensuada, porque en tal caso el juez excedería la delegación jurisdiccional permitida, al derivar la causa hacia un tercero que las partes no han predicho voluntariamente..

b) El impulso oficial, en cambio, se debate en un terreno diferente. Porque si la lectura se ubica desde la perspectiva de las partes, como únicos titulares del interés en que la causa avance, se podría decir que el impulso desde la jurisdicción invade lo que es propio de ellas.

En esta línea, “[...], se sostiene que un proceso que permitiera reservar las causas que las partes no quieren, al menos por el momento, tratar, en la medida en la cual aseguraría a las partes (no sólo el derecho de llegar a la sentencia cuando más lo prefieran, sino también) el derecho de mantener, si bien no al infinito, por lo menos un cierto tiempo las causas en *surplace*, representaría una «inmundicia»: «del poder que tienen las partes de disponer la relación sustancial no deriva como lógica consecuencia el poder de arrastrar los litigios ante el juez y de estorbar las salas judiciales por un tiempo más largo que aquel que el juez considera suficiente para hacer justicia; (...) nadie fuerza al particular a subir al barco de la justicia; si

aquél decide al embarcarse, sólo a él concierne fijar el inicio y la meta de su viaje: pero, una vez emprendida la navegación, el timón debe ser asignado exclusivamente al juez». Como ya se habrá comprendido, aquí nos situamos ante el encuentro frontal entre dos ideologías. Los *garantistas* 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 ⁽⁵¹⁹⁾ y, por lo tanto, aquella no implica disponer de los tiempos del proceso, que sería en realidad una «inmundicia»: a su parecer, quien sube al barco de la justicia...” ⁽⁵²⁰⁾.

De todos modos, no parece demasiado clara esta tendencia, porque el impulso oficial, no parece afrentar el principio de legalidad de las formas. En su caso, cumplimenta una regla de avance preclusivo, propio de los procedimientos judiciales.

La razón final respecto a la naturaleza invasiva ⁽⁵²¹⁾ o no de los poderes del juez en la dimensión de los derechos disponibles de las partes, remitimos a otro lugar ⁽⁵²²⁾.

⁵¹⁹ . Calamandrei, *Istituzioni*, I, cit., p. 239, según el cual el legislador de 1940, al disciplinar el proceso civil, habría podido regularse al igual que al disciplinar el C.P.P. y prever «el absoluto imperio del impulso oficial».

⁵²⁰ . Cipriani, *En el centenario del Reglamento de Klein*, ob. cit., passim.

⁵²¹ . Cipriani expresa su sorpresa, como italiano, a pensar en que el Reglamento de Klein represente aún la meta a alcanzar, y se llega a preguntar si una tal concepción del proceso, que se encuentra a un paso de propugnar la transformación de la jurisdicción en una rama de la administración, aunque claramente incompatible con nuestra Constitución, pueda (al menos) ser útil en la Italia de hoy. Más precisamente puede preguntarse –continúa– si es verdad o no que, imponiendo al juez conducir las causas desde el inicio y sometiendo a las partes a ritmos oficiosos, se obtengan resultados positivos para lograr la aceleración del proceso civil, que representa notoriamente la causa por la cual todos luchamos. Con tal fin, parece preliminarmente oportuno tratar de entender el augurio de Klein de lograr que todas las causas fueran decididas posiblemente en una única audiencia. Aquel augurio, en efecto, ciertamente apreciable en el plano teórico, se revela difícilmente realizable en concreto porque, en el proceso civil, la mayoría de las veces debiéndose asumir algunas pruebas orales, la hipótesis de la causa que (en primera instancia) se define en una única audiencia «no puede ser más que en un caso excepcional». Además, debe evidenciarse que Klein, al sostener que el único modo para asegurar que el proceso llegue rápidamente a la sentencia es sustraer a las partes el poder de conducir el proceso y atribuirlo al juez, parece no tener presentes dos datos de hecho

c) Pero donde más se aprecian las distancias es en la iniciativa probatoria del juez en el proceso civil.

En efecto, 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.

A su vez, el principio de legalidad inserto como pauta del debido proceso, afirmarí­a el criterio de la imposibilidad de alterar los principios que corresponden a las garantías fundamentales del juez y de las partes; mientras que si admitimos a la legalidad como un principio, es factible encontrar flexibilidades o adecuaciones con las finalidades que la tutela judicial persigue.

Quizás por esta característica, el principio suele interpretarse al conjuro de esa confrontación, como si de ello dependiera la pertenencia del proceso y su adscripción a una corriente determinada. La polarización entre el proceso como "cosa entre partes", a veces, consigue su identidad en la tipología de lo dispositivo; pero el proceso, como "cosa pública" no tiene réplica contra la disposición del objeto procesal.

No vamos a referirnos estrictamente al poder probatorio del juez, sino a señalar si la iniciativa puede alterar el principio de legalidad de las formas, teniendo en cuenta para ello, únicamente el efecto sobre lo puramente procedimental o formal.

que emergen de la realidad: a) hay casos (pocos o muchos, no importa, pero ciertamente no pocos) en los cuales una parte, generalmente la actora, tiene prisa, mucha prisa, seguramente más prisa que el juez; b) el 60 % de los procesos civiles concluyen en primera instancia sin sentencia.

Podemos deducir que Klein, dando poderes a los jueces para hacer avanzar imperativamente los procedimientos civiles, fuerza una puerta abierta en aquellas causas que también las partes quieren ver decididas y sujeta al tratamiento forzado de aquellas causas que, que de otra manera, 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* (Cipriani, *En el centenario del Reglamento de Klein*, ob. cit., passim).

⁵²² . Gozaíni, Osvaldo Alfredo, *Problemática actual del derecho procesal. Garantismo vs. Activismo*, Fundap, Querétaro, 2002, ps. 35 y ss.

La primera lectura puede ser gramatical. De este modo, se colige cuánto puede hacer el juez de acuerdo con las disposiciones procesales aplicables.

En la etapa probatoria, prevista para el sistema del proceso por audiencias del régimen federal (art. 360), los poderes de dirección se acentúan, porque el juez “*fijará los hechos articulados que sean conducentes a la decisión del juicio sobre los cuáles versará la prueba*” (inciso 3º); y “*proveerá las pruebas que considere admisibles*”, debiendo concentrar en una sola audiencia la prueba testimonial (inciso 5º).

Con relación a los medios y fuentes de prueba, se establece el principio de legalidad (solo se producen los medios legislados), pero se amplía a otros que el juez disponga, “*siempre que no afecten la moral, la libertad personal de los litigantes o de terceros, o no estén expresamente prohibidos para el caso*” (art. 378).

Por su parte, cada uno de los medios de prueba tienen una solemnidad especial que domina el campo del ofrecimiento y que ritualiza, por demás, la producción o actuación de la misma. Cuando se trata de prueba de confesión, el juez puede convertir la absolución de posiciones en un interrogatorio, facultad que es disponible en cualquier estado del proceso (art. 415) y a su libre albedrío. Si bien las partes podrán intervenir, también lo es que ello será posible “*siempre que el juez no las declare (a las preguntas) superfluas o improcedentes por su contenido o forma*”.

Una situación similar sucede con el pedido de explicaciones a las partes que se suscita tras la declaración testimonial (art. 438). La prueba de testigos es una clara muestra del poder instructorio, si se observa que el interrogatorio debe calificarse por el juez (*o por quien lo reemplace legalmente* -art. 442-), y que el desarrollo de la audiencia, tanto en su contenido como en sus alcances, está supeditado a la regularidad que el juez ordene (⁵²³).

⁵²³ . Aunque no es una extensión del principio de legalidad, el poder de investigación sobre la verdad se aumenta con las disposiciones del art. 452 (prueba de oficio) que dice: “*El juez podrá disponer de oficio la declaración en el carácter de testigos, de personas mencionadas por las partes en los escritos de constitución del proceso o cuando, según resultare de otras pruebas producidas, tuvieren conocimiento de hechos que puedan gravitar en la decisión de la causa. Asimismo, podrá ordenar que sean examinados nuevamente los ya interrogados, para aclarar sus declaraciones o proceder al careo*”.

Aquí la distinción efectuada entre proceso público y proceso privado cobra 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

Este primer espacio de revisión concluye ratificando el poder jurisdiccional para obrar dentro del proceso, no solo ordenando el material probatorio y los medios que el juez resuelve producir, sino también, para decidir cuáles serán los hechos materia de prueba y los mecanismos por los cuales se celebrarán las correspondientes verificaciones. El límite: *no afectar el derecho de defensa de las partes*.

Empero, no es ésta la regla de interpretación que suele aplicarse con mayor frecuencia; prefiriéndose ubicar al principio de legalidad como un estándar inmodificable cuando se desvirtúan o afectan las reglas del debido proceso constitucional.

En este tramo se instala a la legalidad formal como una regla del debate entre partes. Pervive el criterio de la lucha fatídica, entre parciales que discuten derechos en un plano de igualdad jurídica y ante un tercero imparcial que, controlando las reglas del debate jurídico, espera el tiempo que las partes le indiquen para sentenciar.

Aquí la legalidad formal es una regla establecida en la bilateralidad y contradicción; donde el juez solo asiste al conflicto para resolver la aplicación del derecho, y donde la prueba es solamente una actividad de confirmación de las versiones que las partes han llevado como posiciones contrapuestas.

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 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. El producto que se obtiene de esta evolución, no es político sino de técnica procesal porque facilita alcanzar los resultados axiológicos del proceso sin someterse a los designios interesados de las partes.

El art. 452, faculta al juez a ordenar de oficio las medidas necesarias para el esclarecimiento de los hechos controvertidos, citando a testigos conocidos por vías indirectas (otras pruebas producidas). La facultad del juez no se limita a la citación de personas mencionadas en los escritos de demanda, reconvencción, etc., porque se extiende a todas aquellas que podrían tener, conforme a la producción de pruebas en el expediente, conocimiento de los hechos controvertidos, y cuyas declaraciones resulten importantes para la decisión de la causa. El nombre de las personas puede surgir de declaraciones de los testigos, de la absolución de posiciones de las partes, de un dictamen pericial o de cualquier otro medio de prueba producido en el expediente.

6.3 Reglas inamovibles y adecuaciones del principio de legalidad

Recapitulemos: El juez puede adecuar el rigor formal de las actuaciones (actos individuales) procurando la mayor agilidad y eficacia, siempre que al resolver la producción no altere el principio de igualdad entre las partes. También tiene potestades suficientes para que la realización del procedimiento (actos generales) se adecue a las formas que indique (art. 319) y a los hechos que expresamente determine (art. 360 inc. 3º), con el límite del respeto por el derecho de defensa de las partes; teniendo presente que el objeto es esclarecer la verdad de los hechos controvertidos (art. 36 inc. 4º).

Todo lo expuesto está reglado expresamente en las disposiciones procesales, de manera que no habría sorpresa alguna para las partes tal como pretende hallar el garantismo (⁵²⁴). Si las reglas están y el juez las aplica no hay cercenamiento alguno al derecho de defensa ni se violenta la igualdad en el debate.

Pero es cierto también que una respuesta desde la ley no elude el problema, pues la propia norma puede ser inconstitucional, y la misma actitud judicial ser representativa del más puro exceso discrecional o de la arbitrariedad más absoluta.

⁵²⁴ . Dice Montero Aroca: “Los sistemas teóricos que se conocen como de prueba legal y de prueba libre no se refieren a la apreciación de la prueba, sino sólo a la valoración de la misma, y antes de entrar en su exposición general, y en la adecuación de nuestro ordenamiento procesal civil a ellos, es preciso delimitar su ámbito de aplicación: *a)* Negativamente hay que diferenciar entre principio de legalidad y prueba legal. Si la actividad procesal responde en general al principio de legalidad, como dispone el artículo 1 de la LEC, una parte de esa actividad, la probatoria, también está sujeta al mismo principio. En este sentido el principio de legalidad determina cuáles son los medios de prueba, de modo que las partes no pueden pedir ni el juez acordar actividad probatoria que no esté prevista en la ley, y cómo tienen que proponerse y practicarse esos medios, con la consecuencia de que la actividad que no se acomode a lo dispuesto en la ley no puede calificarse de verdaderamente probatoria, ni puede servir para declarar probadas afirmaciones de hechos de las partes. *b)* Positivamente hay que precisar que la valoración de la prueba se refiere a la eficacia probatoria de las fuentes-medios, pero que son reglas legales de valoración tanto aquellas normas que disponen directamente el valor que debe concederse a una fuente-medio, como las que imponen o excluyen alguna fuente-medio para la prueba de un hecho determinado (Montero Aroca, Juan, *La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil española y la oralidad*, texto base de la conferencia pronunciada en las XVII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal, celebradas en San José, Costa Rica, los días 18 a 20 de octubre de 2000).

En consecuencia, el principio de legalidad tiene la pauta de la razonabilidad (prudencia) y los parámetros del derecho de igualdad entre las partes (equilibrio en las decisiones) y el derecho de defensa (oír y replicar, en su caso).

Vale decir, cuando el juez resuelve modificaciones en la actuación procesal puede alterar sin querer la paridad de reglas para el debate (por ejemplo: al aceptar la incorporación de prueba documental relevante en una etapa precluida para hacerlo; al despachar admitiendo un recurso interpuesto con plazo recién vencido; o incorporando al proceso un escrito ingresado en otra secretaría de actuación, etc.), pero el efecto será la validez para no sobreponer las formas a la sustancia; es decir, dar eficacia al acto jurídicamente relevante para el fin de proceso.

Respecto a las variaciones en el procedimiento, puede haber reglas inalterables en el principio de legalidad; el parámetro lo señala la Constitución y lo reglamenta el código: el *derecho de defensa se debe mantener en todo tiempo y circunstancia*, y no se puede sacrificar el *principio de igualdad*.

Vamos a reconocer que este planteo puede ser polémico cuando las visiones son tan distantes. No es igual la mirada de quien analiza el fin del proceso desde la actividad de las partes; respecto del que lo hace desde la función jurisdiccional.

Por eso, en materia de prueba, la dialéctica se presenta sinuosa al pendular entre quienes exponen que los hechos se presenten como versiones adaptadas de la realidad vertida; o que se exija a las partes (art. 45) actuar con una mínima pauta de razonabilidad, impidiéndoles que articulen hechos irreales o ficticios, pues la conducta en el proceso se debe revelar en toda las actuaciones amparadas por la lealtad, probidad y honestidad (art. 34 inc. 5º ap. d).

También podemos admitir que hay principios inocultables que sostienen tradicionalmente la legalidad del sistema y que son inamovibles (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 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.

7. Exceso ritual manifiesto

Como cierre de estas meditaciones se comprueba que el principio de legalidad no pretende encumbrar las formas sobre la verdad a esclarecer. Se deduce así que tanto la adaptación que se ordene para las actuaciones procesales, como la modificación de los procedimientos tienen parámetros flexibles que solamente son inválidos cuando afectan el derecho de defensa de las partes, o no se respeta el principio de igualdad.

La doctrina del exceso ritual ha desarrollado una casuística que analiza cada situación. En general, la jurisprudencia se explana en dos niveles: cuando existiendo requisitos formales a cumplir para la celebración de un acto procesal determinado, el mismo se concreta en forma tardía o deficiente, pero siendo trascendente el tema, se da por superado el error para poder inquirir en la “verdad jurídica objetiva”; y cuando se alteran las reglas del procedimiento reglado por considerar que su mantenimiento constituye un ritualismo estéril cuyo apartamiento se puede justificar.

7.1 Escritos dejados en secretaría equivocada

El requisito sobre el lugar donde se deben cumplir los actos procesales tiene connotaciones muy importantes. A veces por la convalidación que se accede al escrito que justifica el error en la presentación; pero no es constante la prédica cuando el defecto proviene de inadvertencia o negligencia del profesional o la parte.

El error consistente en presentar un escrito en otra Secretaría del mismo Juzgado no tiene virtualidad suficiente como para contradecir el principio contenido en el art. 124, párr. 3º Cód. Procesal, cuando establece que los escritos deberán ser

presentados dentro del horario pertinente en el juzgado y secretaría donde tramita la causa ya que la equivocación cometida respecto de la secretaría actuaria no resulta de mayor entidad, frente al hecho de que se trata del mismo tribunal, a quien, en definitiva, se hallaba dirigida la presentación. Admitir la tesis contraria, significaría incurrir en un excesivo rigor formal (CNFed.Contenciosoadministrativo, Sala I, 1980/10/17, “Sigma Construcciones, S. R. L. c. Obras Sanitarias de la Nación”).

Es improcedente tener por no presentados los escritos que poseen el cargo de recepción perteneciente a una Secretaría ajena al Tribunal interviniente, puesto que dicha presentación se trataría de un error excusable en las particulares circunstancias que rodean la tramitación de las causas relacionadas con la impugnación del régimen de restricciones financieras y pesificación de depósitos, como la de autos, por lo que el rechazo de los escritos presentados en estas circunstancias constituiría una decisión ceñida a un rigorismo formal lesivo del derecho de defensa que asiste a las partes en litigio (CNFed. Contenciosoadministrativo, Sala III, 2005/04/06, “J. V. de B., E. y otro c. Poder Ejecutivo Nacional”, ED, 212-164).

Es válida la presentación de un escrito judicial en secretaría nocturna, aunque no se hubiere invocado expresamente o no se cumpliera con todos los recaudos que establece el art. 61 inc. III del Cód. Procesal de Mendoza, siempre que surja en forma indubitable la hora de su presentación (C. 4ª Civil, Comercial, Minas, de Paz y Tributaria, Mendoza, 2000/02/18, “Muzzio, Silvia c. Municipalidad de Godoy Cruz”, LL Gran Cuyo, 2000-795).

Si la presentación del escrito de contestación de excepciones se produjo en la Secretaría del Tribunal donde se inició el juicio, pese a que éste había sido remitido al juzgado siguiente por recusación, el error de presentación puede reputarse excusable a la luz de que el tribunal debe ponderar las circunstancias particulares de cada caso a efectos de no hacer aplicación formularia e irrazonada de tal doctrina, en supuestos en los que el error aparece plenamente justificable, incurriendo de tal manera en soluciones disvaliosas para la propia administración de la justicia (CNCom., Sala C, 1984/08/23, “Caggiano, Nicolás c. Línea de Microómnibus 47, S. A.”, La Ley, 1985-C 639 [36.849-S]).

Corresponde admitir la presentación de un escrito en una Secretaría distinta a la que corresponde, si no ha mediado inconducta procesal y la incorporación o no del escrito en cuestión es de extrema trascendencia, desde que se trata el escrito de contestación de demanda y reconvención en un litigio en el cual se debaten cuestiones de familia en las que está interesado el orden público (C. Apel. Civil y Comercial, San Isidro, 1989/07/25, “Pintos, Romualdo D. R. c. Buccolo, Elvira Esther”, DJ, 1989-2, 1089).

En contrario se dice:

El cargo colocado en un escrito judicial -en el caso, contestación de demanda en un proceso de daños y perjuicios- no convalida la temporaneidad de la presentación que no se realizó en el juzgado o secretaría pertinente, máxime si ni siquiera se alegó una justificación razonable a los fines de evaluar la posibilidad de tener por subsanado dicho error, habiendo ingresado el escrito en cuestión al juzgado interviniente cinco

meses después de su errónea presentación (CNCiv., Sala K, 2003/07/20, “Guarachi Coyo, Rogelio E. y otro c. Pérez, Carlos A. y otros”, La Ley, 2003-D, 837).

Corresponde declarar la deserción del recurso de apelación si la expresión de agravios fue presentada en la mesa receptora de escritos, pero consignándose que debía ser remitido al juzgado de primera instancia, pues la presentación en primera instancia de un escrito en el cual se expresan agravios constituye un error inexcusable, de ahí que la fecha del cargo que usó el funcionario autorizado de la Secretaría actuaría no tiene ningún valor en la segunda instancia a los efectos de considerar si el escrito se presentó en plazo (CNCiv., Sala F, 2002/05/06, “Tripodi, Vicente O. c. M.C.B.A.”, La Ley, 2002-E, 747 – DJ, 2002-3, 531).

Los escritos judiciales deben dejarse, dentro de los horarios correspondientes, en el juzgado y secretaría donde se sustancia la causa o también en las mesas receptoras habilitadas al efecto, dependientes de la Cámara de Apelaciones, por lo cual, la presentación errónea ante otro juzgado impide que pueda otorgárseles validez y tiene por efecto que no se tomen en cuenta los cargos puestos en ellos, pues -salvo circunstancias excepcionales- se configura un error inexcusable debiendo recaer sus consecuencias sobre quien lo cometió, único culpable de la situación planteada (CNCiv., Sala B, 2000/11/30, “Cuello, Patricia D. c. Lucena, Pedro A. y otro”, La Ley, 2001-C, 438).

La presentación en la Secretaría de 1ª instancia de un escrito deduciendo recurso extraordinario constituye un error inexcusable, en razón de lo dispuesto claramente por el art. 257 1er párr. del Cód. Procesal; siendo así, el cargo puesto por el actuario no tiene ningún valor en 2ª instancia a los efectos de considerar si la presentación está o no en término (CNCiv., Sala A, 1991/10/07, “Wachman de Cohen, Sonia c. Cohen, Roberto”, La Ley, 1992-D, 613, [38.225-S]).

Es ineficaz la fecha de presentación de un escrito en una secretaría distinta de aquélla en que tramita la causa y debe estarse, en lo que a la temporalidad de la pieza respecta, al momento de recepción en el tribunal interviniente (CNTrabajo, Sala VIII, 1990/12/10, “Cioffi, Oscar A. c. Casa América S. A.”, DT, 1991-A, 451).

7.2 Escritos o actuaciones realizadas fuera de término

En estos fallos el tiempo de los actos suscita una controversia natural que permite interpretaciones asimétricas:

Corresponde confirmar el proveído que dispone una medida para mejor proveer en la producción de una pericia caligráfica en el marco de un juicio ejecutivo, toda vez que el art. 212, CPC admite la producción de la prueba, aun vencido el término probatorio sin que exista negligencia por parte de quien la ofrece e insta oportunamente sino un permanente impedimento para que acabe de producirse, puesto que el proceso civil no debe conducirse en términos sacramentales que conduzcan al exceso de ritual manifiesto, reñido con el principio de la búsqueda de la verdad jurídica objetiva y con lesión al derecho de defensa y debido proceso legal (C. Apel. Civil y Comercial 1ª Nominación, Córdoba, 2003/12/11, “Rossi, José D. c. Ferreyra, Miguel A.”, LLC 2004 [julio], 654).

El rechazo de la demanda de divorcio vincular por no haber transcurrido el plazo de tres años de separación de hecho al tiempo de la interposición de la demanda constituye un exceso ritual manifiesto carente de contenido y contrario al principio de celeridad procesal, si dicho plazo legal se encontraba cumplido a la fecha del dictado de la sentencia (CNCiv, Sala B, 2003/09/09, “L. Y., M. J. c. D. S. F., J. C.”, DJ, 2004-1, 819 – DJ, 2004-1, 485, Podestá, Andrea Inés - La Ley, 2004-A, 769 - La Ley, 2004-B, 114, con nota de Adriana Wagmaister – JA, 2004-I, 358).

Es improcedente tener por desistida la queja por denegatoria del recurso extraordinario si la boleta que acredita el depósito previo fue acompañada una vez vencido el plazo previsto en el art. 286 del Cód. Procesal, pues negar eficacia a la presentación tardía de la misma cuando el depósito en el banco se efectuó en término, importaría frustrar por un exceso ritual una vía eventualmente apta para obtener el reconocimiento del derecho invocado (disidencia del doctor Boggiano según su voto en "Rotundo de Tasselli" -Fallos 322:303- al cual se remite) (CS, 2002/11/19, “Copia Timoner, Fernando A. c. Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos”, La Ley, 2003-B, 513).

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, Cód. Procesal- y de extemporaneidad (del voto en disidencia de los doctores Moliné O'Connor y Fayt) (CS, 1996/10/22, “Duarte Meira, Enrique M. c. Dirección Gral. Impositiva”, La Ley, 1997-B, 112).

Es improcedente tener por incontestada la demanda conforme lo dispuesto en el art. 411 del Cód. Procesal de Tucumán por la demora de 5 minutos a la audiencia prevista en el art. 410 del mismo ordenamiento por el representante del demandado, si el inicio de la misma se postergó 25 minutos del horario original por una causa imputable al juzgado -en el caso, fijó 2 audiencias en el mismo horario-, pues aplicar tan grave sanción importa un exceso de rigor formal inaceptable ante una imposibilidad del juzgado de tomar la audiencia en el horario previsto (C. Apel. Trabajo, Tucumán, Sala I, 2000/08/08, “Torres, Flavio S. c. Lemat S.R.L.”, LL NOA, 2001, 235).

Resulta improcedente el rechazo por extemporáneo del recurso de apelación que ha sido mantenido tres minutos luego de vencido el plazo, toda vez que lo contrario importaría un exceso ritual que no puede prevalecer sobre la posibilidad de acceso a la doble instancia (CNCrim. y Correc., Sala V, 2003/06/11, “Lim Man Jae”, La Ley, 2004-C, 353 - La Ley, 2004-C, 590, con nota de Mariano H. Silvestroni).

En contra se afirma que:

Los escritos judiciales deben presentarse dentro de los horarios correspondientes ante el juzgado y secretaría donde tramita la causa. La presentación errónea ante otro juzgado impide que puedan otorgárseles validez y tiene por efecto que no se tomen en cuenta los cargos puestos en ellos

(CNFed.Contenciosoadministrativo, Sala IV, 1990/12/07, “Compañía Gral. Fabril Financiera c. ENCOTel.”, La Ley, 1991-C, 133 – DJ, 1991-2, 259).

Carecen de eficacia los cargos puestos en los escritos por una secretaria distinta de la actuante, debiendo tomarse como fecha de presentación de los mismos la de su recepción por la secretaria interviniente en la causa, quedando a cargo del presentante el riesgo de error en cuanto al lugar en donde se entrega el escrito (CNTrabajo, Sala II, 1990/12/10, “Munga, Daniel R. y otro c. Polarsa S. A.”, DT, 1991-A, 987 – DJ, 1991-2, 338).

7.3 Actuaciones con errores formales

En estos fallos la atención se focaliza en aquellas actuaciones que no siguen a pie juntillas el ritual, pero como la alteración no es trascendente, el vicio queda purgado por la doctrina del exceso ritual.

La figura del exceso de rigor ritual exige analizar caso por caso, desde que no es posible establecer un límite preciso entre el exceso ritual y el respeto por las formas procesales, entre el rito (concepto razonable) y el ritualismo (concepto irrazonable), entre el uso y el abuso de las formas, por lo que es misión del juzgador intentar compatibilizar todos los intereses en juego (SC Mendoza, Sala I, 2002/07/26, “Petrosur S.R.L. c. Repsol S.A.”, LL Gran Cuyo 2002, 878).

Encontrándose la audiencia confesional debidamente notificada al demandado conteniendo el apercibimiento dispuesto en el art. 417 del Cód. Procesal, y no habiendo éste comparecido, corresponde tenerlo por confeso, toda vez que resulta un exceso ritual manifiesto requerir a la parte que, de modo ineludible, deba incluir textualmente en la notificación de la confesional la consecuencia que atribuye el art. 409 de la ley ritual (CNCom., Sala A, 2005/05/18, “Polimeros Argentinos S.A. c. Moreno, Diana H.”, DJ, 2005-3, 112).

Resulta un exceso ritual otorgar el carácter de confesión a una respuesta brindada por la actora en oportunidad de absolver posiciones, en el marco de una acción por daños y perjuicios -en el caso, sufridos por la muerte de su compañero producida por un enfermo psiquiátrico que escapó del hospital público-, en el sentido de reconocer la ausencia de aporte económico alguno durante toda la vida por parte del concubino, toda vez que tal respuesta se halla en colisión con el resto de las probanzas y ha sido producto evidente de un error (SC Buenos Aires, 2004/10/27, “Alba, Antonia E.y otro c. Municipalidad de Trenque Lauquen”, LLBA, 2005 [febrero], 44 – RCyS, 2005-VII, 139).

. Es procedente el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el demandado contra la decisión de Cámara que consideró mal concedido su recurso de apelación, pues constituye un exceso ritual considerar que la falta de aclaración de la firma del apoderado en el escrito de presentación de dicho recurso prive de efecto a la rúbrica del memorial, ya que las omisiones apuntadas no fueron advertidas por el juez de primera instancia ni señaladas por la actora en su oportunidad (CS Salta, 2004/03/17, “Monteros, Luisa R. c. Colegio de Jesús L.H.”, LL NOA2004 [octubre], 43).

Dado que el posible error de la parte que presenta una fotocopia juramentada de un poder judicial especial en lugar de su original -art. 90. Cód. Procesal-, puede ser

corregido con el requerimiento para presentación de este último, no corresponde el rechazo de la demanda por falta de personería, lo contrario implicaría una arbitrariedad por exceso ritual manifiesto en la interpretación de las norma (C. Apel. Civil, Comercial y de Familia, Villa María, 2002/08/06, “Nidera S.A. c. Colombano Gerardo S.R.L.”, JA, 07/05/2003, 76).

Incorre en exceso de rigor ritual la sentencia que rechaza la demanda por filiación y daño moral interpuesta, dando prioridad a un instrumento público que registra el nacimiento del menor en un país extranjero -en el caso Paraguay- y emana de autoridad pública extranjera puesta en duda -en el caso la certificación de la firma se realiza cuando la oficina ya se encontraba clausurada; el sello de la autoridad expresa que la certificación no acredita la veracidad del contenido del documento; no se funda en certificado de nacido vivo expedido por médico actuante; la madre comparece el mismo día del parto; no hay constancias que la firma de la madre sea auténtica; y, conforme la prueba rendida el domicilio y documento de identidad de quien figura como padre son falsos y el nombre no se encuentra inscripto en el Registro Cívico- (SC Mendoza, Sala I, 2001/07/24, “D.R.C. c. A.M.B.”, LL Gran Cuyo 2001, 808).

La Corte Nacional sostiene que, si ante el depósito efectuado por el recurrente, la secretaría actuante proveyó su agregación y tuvo por cumplido con el recaudo exigido, no obstante lo cual, a posteriori, advirtió que el escrito correspondiente había sido presentado ya vencido el plazo de ley, por lo que revocó por contrario imperio la providencia antecedente, en tales condiciones la resolución fue adoptada por el tribunal con exceso de facultades, en tanto no cabía la revocación de oficio de aquellas providencias notificadas y firmes, respecto de las cuales se ha operado la preclusión. (de la disidencia de los doctores Moliné O'Connor, Boggiano y López) (CS, 1997/10/15, “Abbott Laboratories Argentina S.A. c. Dirección Nac. de Vialidad”, La Ley, 1998-D, 337 – DJ, 1998-3, 254).

Luego de haberse tramitado el juicio de conocimiento pleno, traduce un exceso ritual manifiesto la decisión de la Cámara de Apelaciones que puso énfasis en el principio inquisitivo del procedimiento administrativo y señaló que corresponde que el organismo previsional dirija el procedimiento y practique toda diligencia que sea conducente para el esclarecimiento de la verdad y la justa resolución de la cuestión, habida cuenta de que el ejercicio de tal potestad fue deliberadamente omitido por el ente previsional (CS, 2005/10/25, “Fontoura, Ana María c. Administración Nac. de la Seguridad Social”, DT 2006 [mayo], 782, con nota de Amanda Lucía Pawlowski de Pose).

7.4 Otras formalidades que se convalidan

Es arbitraria por incurrir en un exceso ritual manifiesto, la sentencia de la Suprema Corte provincial que rechazó el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley al privilegiar las limitaciones que imponen las normas rituales — en el caso, art. 494 del Cód. Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires— que sólo incluye dentro del ámbito del recurso los casos de inobservancia o errónea aplicación de la ley sustantiva o doctrina legal, sobre el control de constitucionalidad que debe ejercer respecto de los temas federales sometidos a su decisión (CS, 2006/06/20, “Cardozo,

Gustavo F. s/rec. de casación”, *La Ley Online*).

*Aunque la sentencia apelada se fundamente en cuestiones de hecho y de derecho procesal local ajenas, por principio, a la instancia extraordinaria, tal circunstancia no resulta óbice para admitir la apertura del recurso, si por un exceso ritual se omitió tratar cuestiones planteadas con fundamentos y pruebas suficientes relativas al derecho a la salud, autodeterminación y resguardo familiar -en el caso, a los fines de obtener autorización judicial para una ligadura de trompas con posterioridad al parto del cuarto hijo de la peticionante-, que exigían una rápida solución, la cual se vio postergada a resultas de un juicio posterior en el que sólo se reiterarían diligencias ya cumplidas, que no fueron examinadas por la supuesta extemporaneidad de su incorporación (del dictamen de la Procuradora Fiscal subrogante que la Corte, por mayoría, hace suyo) (CS, 2006/06/06, “Y., G. C. c. Nuevo Hospital El Milagro y otra”, *La Ley*, 2006-D, 402, con nota de Walter D. Pelle - *La Ley*, 2006-D, 182).*

Incurrir en exceso ritual manifiesto la resolución que denegó el recurso de casación por no cumplir en su fundamentación con las exigencias previstas en el art. 451 del CPP de la Provincia de Buenos Aires, pues la aplicación de una norma procesal no debe ser llevada a cabo con injustificado rigor formal al punto de coartar la posibilidad de revisión de la sentencia (del voto del doctor Negri) (SC Buenos Aires, 2006/03/19, “B., W. A. s/rec. de casación”, LLBA2006 [julio], 765).

*Cabe dejar sin efecto por arbitraria la sentencia de la Corte provincial bonaerense pues la interpretación que hizo respecto a que el beneficio de litigar sin gastos tramitado por los padres de la víctima en su representación lo dejaba excluido al alcanzar la mayoría de edad, no resulta derivación razonada del derecho vigente con aplicación de las circunstancias comprobadas en la causa importando un exceso ritual y un apartamiento de la justicia intrínseca, máxime cuando todo hace pensar que el recurrente estaría en una situación similar a la examinada al tiempo de la concesión de la carta de pobreza que le impediría afrontar la suma exigida para acceder a la jurisdicción extraordinaria local (del voto del doctor Vázquez) (CS, 2003/03/20, “Longo, Antonio L. y otros c. Acuña, Juan E. y otro”, *La Ley Online*).*

Es improcedente la excepción de inhabilidad de título interpuesta en virtud de la diferencia entre el nombre de la persona demandada y quien figura en el pagaré, siempre que el ejecutado haya insertado su firma en él y no haya negado su autenticidad ni la existencia de la obligación que motivó la emisión del documento, toda vez que negar ejecutividad al instrumento en base al cual se ha demandado por una cuestión puramente formal, importaría un exceso ritual manifiesto incompatible con un adecuado servicio de justicia (C. Apel. Civil, Comercial, del Trabajo y de Familia, Villa Dolores, 2003/03/06, “Beyer, Horacio C. c. Salomone, Anita”, LLC 2003, 1458 – DJ, 2004-1, 538).

Corresponde revocar la resolución que, haciendo lugar a la excepción de falsedad deducida por el demandado en la ejecución del pagaré, rechazó en todo la ejecución, pese a que el demandado no negó haberlo creado aunque por una cifra menor y reconoció ser deudor pues, si a partir de un título que goza de ejecutividad, se comprueba la falsedad en uno de sus aspectos -en el caso, la cantidad a pagar- pero es posible esclarecer cuál es la suma debida, un imperativo de verdad real impone mandar a pagarla, así no alcance la magnitud sustancial que derivaría de la adulteración material de su texto, ya que lo contrario equivaldría a un exceso ritual

manifesto (C. Apel. Civil y Comercial, 8ª Nominación, Córdoba, 2002/05/30, “Antonelli, Julio A. F. c. Sisinio Correa, Luis E.”, LLC 2002, 1332).

No constituye exceso ritual manifesto la orden de desglose de un escrito que ha sido presentado sin las copias respectivas en el plazo previsto por el ordenamiento legal -art. 104 Código Contenciosoadministrativo y Tributario de la Ciudad de Buenos Aires- (C. Apel. CAyT Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Sala II, 2001/08/21, “G.C.B.A. c. Aseguradora Ind. Cía. de Seguros”, DJ, 2001-3, 941, con nota de Agustín).

Resulta válida la orden de allanamiento extendida indicándose el número y la calle del inmueble y el nombre de la persona que vivía allí, pese a que no se indicara el departamento si, de las constancias de la causa, surge que los datos establecidos fueron idóneos para cumplimentar en forma acabada el requisito de especificidad -en el caso, al concurrir a la casa de la vecina, ésta pudo indicar en qué departamento vivía la persona que figuraba en la orden- ya que, requerir más precisiones, cuando la investigación estaba en sus comienzos, resulta un exceso ritual manifesto que conspira contra el equilibrio que debe existir en un estado de derecho, entre el interés represivo del Estado y la protección de los derechos individuales (TS Córdoba, Sala penal, 2001/03/05, “Medina, Sergio H. y/u otro”, LLC 2001, 1128).

8. La modificación por el juez de las reglas formales de procedimiento

La elasticidad de las formas sin violar el principio de igualdad entre las partes, admite que el juez pueda disponer que algunas actuaciones procesales se cumplan de manera diferente a las que el ordenamiento señale.

Aquellas que corresponden a la debida instrumentación del proceso son invariables. Por ejemplo, el emplazamiento a estar a derecho y la notificación personal de la demanda debe hacerse por la oficina de notificaciones representada por el oficial público que la represente; dicho esto para afirmar que la notificación por escribano que introdujo la reforma de la ley 25.488 al código federal no es aplicable.

El art. 339 del orden adjetivo comienza indicando que la “*citación se hará por medio de cédula...*”, rodeando el acto de formalidades esenciales, como el aviso a quien se encuentre, ante la ausencia ocasional del accionado, que se pasará al día siguiente para comunicarle personalmente el emplazamiento. Este es un procedimiento formal y solemne, cuya omisión permite declarar la nulidad de la diligencia (art. 345, CPCC) pese a que el objeto del acto se pueda realizar por una vía mejor o se consigan iguales resultados. De igual exigencia ritual en el trámite del juicio ejecutivo es la intimación de pago, la citación para oponer excepciones y la sentencia (art. 543, CPCC).

En suma, se trata de resguardar el derecho de defensa en momentos claves de la regularidad de la instancia. En cambio, hay etapas que, establecida la bilateralidad del contradictorio, el juez puede ordenar que se cumplan siguiendo un formalismo distinto al reglamentado.

La urgencia en comunicar un acto que obliga a la premura puede realizarse con la intervención de un notario; o practicarla el juez por vía telefónica directa con el interesado o su representante legal; o compareciendo el secretario al domicilio de quien debe ser informado.

La celebración de audiencias de testigos en los despachos de abogados es una modalidad aceptada en este espacio, aunque de ser resistida por una o ambas partes, obliga al uso de los esquemas tradicionales. También, en esta línea, la conservación del medio de prueba se puede cumplir con soportes tecnológicos que eviten la transcripción en actas de los testimonios.

9. Efectos del incumplimiento en las formas

El régimen de las nulidades procesales se aplica en cada uno de los supuestos donde se afecta el principio de legalidad. Hay cinco variables o presupuestos que se deben considerar, a saber:

9.1 Principio de especificidad

El Código Procesal recepta este presupuesto de nulificación, en el art. 169 párrafo primero, cuando indica que "*ningún acto procesal será declarado nulo, si la ley no prevé expresamente esa sanción*". El principio recuerda la regla del Código Napoleón "*pas de nullité sans texte*", pero no impide que se anulen actos que comprometen algunas formalidades esenciales (nulidades implícitas).

El Código Civil no varía la regla, y en el art. 1037 se lee: "*Los jueces no pueden declarar otras nulidades de los actos jurídicos que las que en este código se establecen*".

Aun siendo precisa la explicación que ofrece la doctrina, respecto a que la norma indica que la nulidad no puede asumirse como una sanción; el espíritu que emite no difiere del que postula el presupuesto procesal.

En suma, ambos ordenamientos tutelan la finalidad de orden y seguridad en las relaciones humanas, por lo tanto, también ambas toleran nulidades en casos que no estén específicamente contempladas.

9.2 Principio de trascendencia

Bajo este título, el mismo art. 169 en sus párrafos segundo y tercero considera la cuestión. El principio vuelve su fuente al derecho francés (aun sin ley expresa), "*pas de nullité sans grief*" (no hay nulidad sin perjuicio); con la importancia de concatenar la finalidad de los actos con las garantías de defensa y alegación.

Vale recordar que los vicios de los actos procesales deben referirse a estos mismos, considerando sus elementos (sujeto, objeto y modalidad), de suerte que la nulidad probable a invocar no tenga otro origen que la trasgresión de la norma que reglamenta la actividad de las partes y de la jurisdicción.

La nulidad de actuaciones que no se funda en defectos o vicios del procedimiento en sí, sino en lo sustancial del acto jurídico, no hace procedente la nulidad procesal, porque el caso se rige por principios distintos.

La instrumentalidad de las formas permite bajo este presupuesto, otorgar validez a un acto irregular si alcanzó la finalidad que, en cada caso en concreto, estaba destinado a satisfacer. No importan sus defectos, porque no existe subordinación estricta a las formas, sino a la relación que existe entre el vicio y el fin del acto.

De allí que la norma prevenga que la declaración de nulidad procede si hay perjuicio demostrado. No existe la nulidad por la nulidad misma, no es preciso responder cabalmente a las solemnidades cuando van de por medio otras prioridades del proceso, como la celeridad, la claridad, y, en definitiva, la justicia misma.

La trascendencia hace a un modismo de práctica valorativa, donde las advertencias radican en: *a)* el tipo de acto desenvuelto, *b)* el carácter del vicio que porta, *c)* la finalidad que persigue, *d)* si alcanzó la pretensión su destino, *e)* si existe perjuicio, *f)* en su caso, que importancia tiene el gravamen.

La nulidad viene a constituir así, una serie progresiva de respuestas, las cuales se guían por el norte de la conservación de los actos; no son las nulidades un fin propio de la seguridad jurídica sino una vía indirecta para llegar a asegurar la justicia del caso.

9.3 Principio de convalidación

De acuerdo con lo recién explicado, una forma de convalidar actos defectuosos ocurre si ellos alcanzan los fines que estaban previstos al

ejercerlos. Se podría decir que es una convalidación legal, donde no existe actividad de la parte.

Impera en la regla el principio dispositivo, y demás afluentes de los principios procesales (preclusión, celeridad, buena fe, etc.), sin perjuicio de concretar el carácter relativo de todas las nulidades que sucedan en el proceso.

El Código Procesal lo define como subsanación de los actos nulos, a diferencia del Código Civil que habla de confirmación. En ambos casos, se constata la actividad de una persona, plenamente capaz de obligarse y de disponer de sus bienes, que es parte en el proceso, y conociendo el vicio que hace anulable un acto jurídico, no ejerce actividad nulificatoria alguna. Por tanto, habiendo cesado el defecto, quedan convalidados los efectos y la eficacia, ora por la ejecución voluntaria de la obligación a su cargo, ora por su inacción y silencio, conforme con los arts. 4030 y 4031, durante todo el tiempo fijado a la prescripción de la acción de nulidad.

Este principio a pesar de su expresa consagración, no puede recibirse sin más contenidos que la simpleza de la voluntad de los interesados.

Hemos indicado que la condición relativa de las nulidades, no consiente otros actos que no sean inválidos por la actividad defectuosa (puramente formales), y cuya fuente sea la falta o distorsión con los recaudos de constitución ritual relacionados con el modo de actuación de juez y partes vinculados a un procedimiento. Esta extensión no cubre los actos que necesariamente deben revestir una solemnidad intrínseca determinada (por ejemplo, porque refieren al mismo ejercicio de la función jurisdiccional), o que por no ser tales (inexistentes) puedan tener algún tipo de subsanación.

El saneamiento automático que se propone con la regla, supone atender una multiplicidad de situaciones que parten de reconocer cuáles son los actos procesales que pueden convalidarse. Con las aclaraciones siguientes:

a) Los actos inexistentes no pueden subsanarse, sencillamente porque son un no hecho, y carecen de las mínimas expresiones útiles que le otorguen validez formal y eficacia.

b) Los actos nulos de nulidad absoluta no son subsanables, porque ellos están afectados y no se pueden convalidar. Si bien puede existir consentimiento, ello no supone convalidación, es decir, una voluntad expresada ficta o realmente, que permita la eficacia del acto.

c) Los actos de nulidad relativa son válidos, útiles y eficaces, mientras no sean invalidados por una providencia que los anule. Son actos de anulación provocada en las características que vimos anteriormente.

El caso más común, es el que establece el art. 172 que establece la imposibilidad de decretar la nulidad si el acto estuviese consentido.

e) Otra probable contingencia ofrece la impugnación tardía de las nulidades, en la cual la preclusión obra definitiva en el sentido de que la firmeza de los actos procesales es una necesidad jurídica que justifica la validez de los actos, a pesar de los vicios que manifiesten.

La firmeza del precepto *consensus non minus ex facto quam ex verbis colligatur* (si el que puede y debe atacar no ataca), cobra destacada preeminencia en la práctica procesal.

9.4 Principio de conservación

Este principio es una formulación más acotada del que rige en todo el derecho, especialmente en los de contenido patrimonial. Tiende a dar funcionalidad y efectos a los actos jurídicos sin importar el vicio que expongan, siempre y cuando, claro está, esa nulidad no sea de tal importancia que inficione la calidad misma del acto.

En la praxis opera complementario del principio de saneamiento; en tanto su consagración procesal la expresa el párrafo tercero del art. 169.

El principio procesal de conservación apunta así, a resguardar los valores de seguridad y firmeza, de suma importancia para la función jurisdiccional, toda vez que ésta aspira a obtener resultados justos, y logros fructíferos, sin menoscabarse en dispendios inútiles como los que motivan las nulidades por el solo hecho de asegurar el respaldo en las formas.

El valor seguridad tiende a prevalecer axiológicamente sobre el de validez. Por tanto, cabe concluir que un acto procesal si ha logrado el fin a que estaba destinado es válido, aun siendo irregular o defectuoso. Además, en caso de duda acerca de la existencia o no de un vicio, debe estarse por la validez del acto, por cuanto su nulidad debe ser considerada como un remedio excepcional.

9.5 Principio de protección

Este presupuesto toma cuerpo en las vías de impugnación que se disponen para atacar las nulidades en el proceso; en particular, pretende otorgar razonabilidad a las nulidades que se deduzcan, requiriendo tres

condiciones específicas: *a)* que la anulación pretendida, justifique el accionar de la justicia ante la evidencia del perjuicio que generan los efectos del acto viciado; *b)* que la nulidad provenga de actos propios de la jurisdicción, o de la parte contraria, *c)* que quien promueve la impugnación no haya dado lugar con sus actos, al vicio que denuncia.

El art. 171 del orden adjetivo establece un aspecto de la regla en estos términos: "*La parte que hubiere dado lugar a la nulidad, no podrá pedir la invalidez del acto realizado*".

El principio demuestra una extensión del precepto "*nemo auditur propriam turpitudine allegans*" (nadie puede alegar su propia torpeza), que en la doctrina procesal se expresa como doctrina o teoría de los propios actos, según el cual, no es lícito admitir que las partes ejerciten actos contrarios a los que la otra parte, de buena fe acepta, por observarlos continuos y destinados a una determinada conducta futura (Cfr. art. 1049 del Código Civil).

Colaboran actuando con este principio, la buena fe y lealtad en el proceso, y los principios particulares en las vías de exposición de gravámenes, al no tener interés tutelable, la parte que denuncia un vicio que él mismo ha originado (v.gr.: quien ha pedido expresamente que se imprimiere a una cuestión un trámite determinado, a pesar de no ser dicho trámite el adecuado, no puede sostener luego la nulidad de aquél).

Uno de los presupuestos de la nulidad es la ausencia de culpabilidad de quien la alega.

JURISPRUDENCIA

*** Corte Suprema de Justicia de la Nación * Fernández Prieto, Carlos Alberto y otro s/ infracción ley 23.737 causa n° 10.099 *12/11/1998 * Fallos, 321:2947.**

- Resulta obvio que la competencia para efectuar arrestos a que se refiere el art. 18 de la Constitución Nacional sólo puede provenir de un expreso mandato legislativo y debe, además, ejercerse en las formas y condiciones fijadas por esa disposición legal, ya que tal requisito surge claramente del principio constitucional de legalidad (Disidencia del Dr. Carlos S. Fayt).

*** Corte Suprema de Justicia de la Nación De Lasa, Jorge Alberto c/Poder Ejecutivo Nacional * 31/10/2006 * Fallos, 329:4672.**

- Desestimar la queja porque en vez de acompañar la copia facsimilar del auto denegatorio el apelante lo transcribió literalmente, incluso con su firma y sello, para avalar su autenticidad, aparece como una exigencia de injustificado rigor formal que desnaturaliza las formas procesales, se desentiende del fin al que tributan y privilegia la mera formalidad en sí misma, máxime cuando el juez de grado le había negado el derecho de apelar la sentencia en cuanto le negó el carácter de parte, de donde es razonable deducir que tampoco podía munirse de la copia fotoestática de dicho proveído. -Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema-

*** Corte Suprema de Justicia de la Nación * Electores y apoderados de los partidos Justicialista, UCR. y Democracia Cristiana s/ nulidad de elección de Gobernador y Vicegobernador * 26/12/1991 * Fallos, 314:1915.**

- El recaudo de fundamentación autónoma del escrito de interposición del recurso extraordinario no constituye una formalidad vacía de contenido que pueda pasarse por alto por la circunstancia de que el tribunal estime que así lo justifique la importancia de la causa, puesto que constituye el escrito introductorio de la instancia cuyos alcances limitan la jurisdicción de la Corte (Disidencia del Dr. Augusto César Belluscio).

*** Corte Suprema de Justicia de la Nación * Benchetrit, Eduardo Alberto s/ recurso de amparo * 02/05/1989 * Fallos, 312: 623.**

- Se ha producido una desnaturalización de las formas procesales, si en lugar de haber sido consideradas en razón del fin al que tributan, lo han sido por la mera formalidad en sí misma. En efecto, si la apelación ha de ser interpuesta fundadamente no se advierten los motivos por los cuales el recurrente se vio impedido de introducir en esa oportunidad todas las alegaciones tendientes a impedir el fallo contra el que se dirigía.

*** Corte Suprema de Justicia de la Nación * Alasina, Carlos Alberto c/ Fibraca Constructora S.C.A. y otra * 26/04/1988 * Fallos, 311:593.**

- Incurrir en un exceso ritual manifiesto la decisión que rechazó una queja haciendo mérito del incumplimiento de una formalidad procesal cuya razón de ser estriba en proporcionar al juzgador el conocimiento de extremos que resultan de piezas acompañadas.

*** Corte Suprema de Justicia de la Nación * Fedred S.A c/Mazzei, Osvaldo Daniel y otro s/ejecución hipotecaria * 06/05/2008.**

- El carácter limitativo de las excepciones en los juicios ejecutivos, no podría llevarse al extremo de consagrar un exceso ritual manifiesto, incompatible con el ejercicio del derecho de defensa, lo que ocurriría si se privase al afectado por esas medidas 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, ineficaz para excluir el examen de los planteos atinentes a la teoría de la imprevisión y al ejercicio regular de los derechos.

*** Corte Suprema de Justicia de la Nación * Banco Río de la Plata S.A. c/Tabolango S.R.L. y otros * 08/04/2008.**

- Cabe dejar sin efecto la sentencia que, incurriendo en un exceso ritual manifiesto, desconoce la finalidad de la institución procesal de la litis pendencia y, a los fines de desestimar el recurso, omite tratar los planteos de la demandada e ignora las constancias de la causa, con el sólo argumento de que no existía sentencia definitiva por haber recaído la decisión en un proceso ejecutivo. -Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema-

*** Corte Suprema de Justicia de la Nación * Longobardi, Irene Gwendoline y otros c/Instituto de Educación Integral San Patricio S.R.L. * 18/12/2007 * Fallos, 330:5345.**

- 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 si se privase al afectado por medidas derivadas de variaciones de política económica, de la posibilidad de alegar modificaciones cambiarias y los remedios legales conducentes a paliar sus efectos, sin otro fundamento que la mera aserción dogmática, ineficaz para excluir el examen de los planteos atinentes a la teoría de la imprevisión y al ejercicio regular de los derechos.

*** Corte Suprema de Justicia de la Nación * Clutterbuck, Marcos s/causa N° 5459 * 23/10/2007 * Fallos, 330:4549.**

- Para que prospere la declaración de nulidades procesales, se requiere la existencia de un perjuicio concreto para alguna de las partes, porque cuando se

adopta en el sólo cumplimiento de la ley importa un manifiesto exceso ritual no compatible con el buen servicio de justicia.
-Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema-

*** Corte Suprema de Justicia de la Nación Quiroga, José c/Solar Turbines Inc. y otro * 17/10/2007.**

- Corresponde dejar sin efecto la sentencia si, con exceso ritual, el tribunal local no tuvo en cuenta que en los agravios sustentados en el recurso de inaplicabilidad de ley, la recurrente ataca el decisorio de la cámara local dejando claramente expresa su discrepancia con la interpretación que realizaron los juzgadores, fundamentalmente, respecto de los artículos 2, inciso 21, y 10 de la ley 48, que deniega el fuero federal invocado por la recurrente por razón de su distinta vecindad -Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema-

*** Corte Suprema de Justicia de la Nación * Hermandad S.A. c/ Administración Nacional de Seguro de Salud y otro * 04/09/2007.**

- La regla según la cual las resoluciones que declaran desierto un recurso ante el tribunal de alzada no son, en razón de su naturaleza fáctica y procesal, impugnables por la vía extraordinaria reconoce excepciones cuando lo decidido revela un exceso ritual susceptible de frustrar la garantía de la defensa en juicio (Disidencia del Dr. Juan Carlos Maqueda).

*** Corte Suprema de Justicia de la Nación * Southern Winds S.A. s/concurso preventivo s/ inc. de apelación por Dirección General de Aduanas * 14/08/2007 * Fallos, 330:3582.**

- Las resoluciones que declaran desierto un recurso ante el tribunal de alzada, no son, debido a su naturaleza fáctica y procesal, impugnables por la vía del art. 14 de la ley 48, salvo, entre otras hipótesis, que lo resuelto revele un exceso ritual notorio susceptible de frustrar la garantía de defensa en juicio que asiste a las partes -Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema-

*** Corte Suprema de Justicia de la Nación * Fisco Nacional - Administración Federal de Ingresos Públicos c/Asociación Italiana de Socorros Mutuos Unión y Benevolenza * 08/05/2007.**

- Es descalificable el pronunciamiento que, si bien al admitir la defensa de inhabilidad de título hizo mérito de la firmeza que había adquirido la sentencia del Tribunal Fiscal, que confirmó la resolución determinativa de oficio, se pronunció contra la ejecución fiscal promovida en base a esta última, con simple base en la falta de mención de la fecha de dictado y notificación de aquella sentencia, lo cual comporta un exceso ritual manifiesto y la adopción de una

actitud judicial contradictoria -Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema-

*** Corte Suprema de Justicia de la Nación * Ministerio de Gobierno y Justicia s/baja de la personería jurídica del Colegio de Abogados de La Pampa * 28/11/2006 * Fallos, 329:5448.**

- Incurre en exceso ritual la sentencia que -soslayando la clara intención de la actora de transitar la vía recursiva prevista por el art. 261 del Código Procesal Civil y Comercial de La Pampa- rechazó el recurso planteado por entender que se había fundado en una legislación extraña a la regulada por el ordenamiento local -Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema-

*** Corte Suprema de Justicia de la Nación * Friar S.A. c/Estado Nacional - Ministerio de Economía Obras y Servicios Públicos - Secretaría de Agricultura, Ganadería y Pesca y S.E.N.A.S.A. s/daños y perjuicios (ordinario) * 26/09/2006.**

- Incurrió en exceso ritual manifiesto la sentencia que declaró desiertos los recursos de apelación interpuestos contra la decisión de primera instancia argumentando la falta de presentación de la tercera copia, pues una vez presentada la correspondiente al traslado al actor, no existía otra parte interesada en contestar los agravios respectivamente expresados por el Estado Nacional y por el Servicio Nacional de Sanidad Animal, entidad que lo integra y defiende idénticos intereses.

*** Corte Suprema de Justicia de la Nación * Mantovani de Masotta, María Teresa c/Empresa de Transporte del Oeste S.A. Línea 624 * 26/09/2006 * Fallos, 329:4106.**

- Por ser la caducidad de instancia un modo anormal de terminación del proceso y de interpretación restrictiva, la aplicación que de ella se haga debe adecuarse a ese carácter evitando incurrir en un exceso ritual que la desnaturalice -Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema-

*** Corte Suprema de Justicia de la Nación * Salem, Julio Esam c/ Administración Federal de Ingresos Públicos * 15/08/2006 * Fallos, 329:3218.**

- Incurre en exceso ritual manifiesto, que afecta la garantía de la defensa en juicio, el pronunciamiento que tuvo por no presentado el recurso que carecía de firma de letrado patrocinante pues, previamente a la intimación formulada bajo apercibimiento de lo dispuesto en el art. 57 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, el actor acompañó junto con su letrado patrocinante -y con la firma de éste- la póliza de seguro de caución, tendiente a acatar lo ordenado en el art. 15 de la ley 18.820 y evitar la deserción del recurso -Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema-

*** Corte Suprema de Justicia de la Nación * Yapura, Gloria Catalina c/ Nuevo Hospital El Milagro y Provincia de Salta * 06/06/2006 * Fallos, 329:2179.**

- Incurrió en exceso ritual el sentenciador que omitió tratar cuestiones planteadas con fundamentos y pruebas suficientes relativas al derecho a la salud, autodeterminación y resguardo familiar, que exigían una rápida solución que se vio postergada a resultas de un juicio posterior en el que sólo se reiterarían diligencias ya cumplidas y que no examinó por la supuesta extemporaneidad de su incorporación, pero de las que tuvo conocimiento y, por ende, debió considerar cuando emitió su sentencia -Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema-.

*** Corte Suprema de Justicia de la Nación * Cancián, Emilio Eduardo s/ recurso de casación * 30/05/2006 * Fallos, 329:1963.**

- La omisión del a quo que no tuvo en cuenta que el condenado puso de manifiesto su expresa intención de revisar la condena en la instancia casatoria ni la doctrina de la Corte Suprema que conduce a atenuar los rigores formales respecto de quienes se encuentran privados de su libertad, importa un exceso ritual en tanto satisface sólo de modo aparente la exigencia de constituir derivación razonada del derecho vigente con arreglo a las constancias efectivamente comprobadas en la causa -Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema-.

*** Corte Suprema de Justicia de la Nación * Sociedad Anónima Agrícola Ganadera Nehuen c/ Buenos Aires, Provincia de s/ daños y perjuicios * 21/03/2006 * Fallos, 329:838.**

- Si bien se admite que se prive de validez a decisiones que sean fruto de un exceso ritual manifiesto renunciando a la verdad jurídica objetiva, ese estándar hermenéutico -de raigambre constitucional- lejos está de constituir una excusa absolutoria de todos y cada uno de los incumplimientos, las negligencias y los actos defectuosos en que las partes incurran en el proceso, pues debe ser armonizado con el principio -de igual fuente- de igualdad.

*** Corte Suprema de Justicia de la Nación * Fontoura, Ana María c/ ANSeS s/ reapertura del procedimiento administrativo * 25/10/2005 * Fallos, 328:3837.**

- Traduce un exceso ritual manifiesto la decisión de la cámara que puso el énfasis en el principio inquisitivo que rige el procedimiento administrativo y señaló que corresponde que el organismo administrativo dirija el procedimiento y practique toda diligencia que sea conducente para el esclarecimiento de la verdad y la justa resolución de la cuestión, habida cuenta de que el ejercicio de tal potestad fue deliberadamente omitido por el ente previsional.

*** Corte Suprema de Justicia de la Nación * Asociación de Testigos de Jehová c/ Consejo Provincial de Educación del Neuquén s/ acción de inconstitucionalidad * 09/08/2005 * Fallos, 328:2966.**

- Si bien es cierto que el acto no fue publicado, no lo es menos que fue difundido oficialmente entre las autoridades docentes y que se está aplicando, por lo que considerar que la norma no está publicada y, por ende, no está vigente, o que un pronunciamiento sobre su validez sería teórico o abstracto, implicaría incurrir en un exceso ritual incompatible con la finalidad última de resguardar la vigencia de la Constitución Nacional que le corresponde a la Corte Suprema de Justicia de la Nación (Disidencia de la Dra. Elena I. Highton de Nolasco).

*** Corte Suprema de Justicia de la Nación * Lapaz Ojeda, Roberto y otros c/ Provincia de Santa Fe * 05/10/2004 * Fallos, 327:4113.**

- El pronunciamiento que decretó la caducidad de la instancia incurre en un exceso ritual si, aun cuando se admita que es obligación de las partes impulsar el proceso, o que el tribunal está facultado por la ley procesal local para solicitar la remisión del expediente administrativo, de oficio o a pedido de parte, sin que por ello aquél pierda su carácter dispositivo, lo cierto es que aparece como razonable la interpretación que los recurrentes formulan en cuanto a que el trámite de admisibilidad del recurso puede resolverse de oficio, si la Administración incumple su deber de remitir las actuaciones solicitadas -Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema-.

*** Corte Suprema de Justicia de la Nación * Abdelnabe, Julio Christian s/ asociación ilícita, etc. -causa n° 41.990 * 15/06/2004 * Fallos, 327:2315.**

- Para que prospere la declaración de nulidades procesales, se requiere la existencia de un perjuicio concreto para alguna de las partes, porque cuando se adopta en el sólo cumplimiento de la ley importa un manifiesto exceso ritual no compatible con el buen servicio de justicia -Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema-.

*** Corte Suprema de Justicia de la Nación * Marcatelli, Natalia c/ Movil Sar S.A. y otros * 11/11/2003 * Fallos, 326:4553.**

- La preclusión utilizada por la alzada como fundamento para el rechazo del pedido articulado por la recurrente pierde toda virtualidad y resulta de un exceso ritual manifiesto, ya que el supuesto consentimiento tácito de la actora admitiendo la acumulación peticionada en las actuaciones que corren por cuerda fue, cabe presumir, al solo efecto de acelerar y facilitar el trámite de la causa y obtener un pronunciamiento más expeditivo en el menor tiempo posible, dadas las condiciones psicofísicas en que se encuentra la accionante, lo que no ocurrió, produciéndose por el contrario una demora injustificable -Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema-.

*** Corte Suprema de Justicia de la Nación * Cantera Timoteo S.A. c/ Mybis Sierra Chica S.A. y otros * 30/09/2003 * Fallos, 326:3895.**

- Median evidentes razones de justicia y equidad que hacen que deba darse prioridad al derecho de defensa y evitar todo exceso ritual manifiesto que conlleve a la frustración de una legítima expectativa del litigante en desmedro de la verdad objetiva, si las circunstancias de la causa y los motivos expresados por la recurrente que presentó el recurso de hecho un minuto después de las dos horas del día hábil inmediato posterior al vencimiento del plazo de cinco días justifican hacer excepción a los principios de perentoriedad de los plazos procesales (art. 155 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación) (Disidencia de los Dres. Eduardo Moliné O'Connor y Guillermo A. F. López).

*** Corte Suprema de Justicia de la Nación * Banco Central de la República Argentina en Centro Financiero S.A. Cía. Financiera -incid. de verificación tardía-rec. de inconstitucionalidad y recurso directo * 20/03/2003 * Fallos, 326:678.**

- Es improcedente el recurso extraordinario que no se hizo cargo de los argumentos del a quo, basados en que una sentencia no adquiere la condición de "cosa juzgada" por el sólo hecho de haber sido precedida de un proceso formalmente correcto, aseveración que sustentó no sólo desde un elemental sentido de justicia, sino desde conceptos tales como el "exceso de ritual manifiesto", en función del cual, la Corte Suprema ha priorizado la verdad jurídica objetiva frente a los recaudos formales -Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema-.

*** Corte Suprema de Justicia de la Nación * Castro, David Jesús c/ Rojas, Julio César * 18/02/2003 * Fallos, 326:164.**

- Si bien lo atinente al plazo de prescripción aplicable a las acciones es materia de derecho común, propia de los jueces de la causa y ajena como regla a la instancia del art. 14 de la ley 48, cabe admitir el remedio excepcional en aquellos supuestos donde la decisión jurisdiccional de modo manifiesto ignora disposiciones legales vigentes aplicables y conducentes a la solución del caso o incurre en la interpretación normativa con un exceso ritual que contraviene el principio de justicia, e irroga un agravio irreparable a los derechos amparados por la Constitución Nacional -Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema-.

*** Corte Suprema de Justicia de la Nación * Woolands, Héctor c/ Instituto de Servicios Sociales para el Personal de Seguros Reaseguros Capitalización y Ahorro y Préstamo para la Vivienda * 03/12/2002 * Fallos, 325:3279.**

- Corresponde dejar sin efecto la resolución que dispuso se acreditara la inscripción de un letrado pues la acordada 37/87 de la Corte dispone la exigencia de hallarse matriculado ante alguna de las cámaras de la justicia federal del interior del país para actuar ante dicha jurisdicción; previendo también la posibilidad de subsanar el defecto que pudiera verificarse, por lo que constituye

un exceso ritual la solución adoptada que, sin audiencia de la contraparte, revocó una providencia que había tenido por cumplida la intimación efectuada (art. 240 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación).

*** Corte Suprema de Justicia de la Nación * Copia Timoner, Fernando Antonio c/ Estado Nacional - Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos * 19/11/2002 * Fallos, 325:3034.**

- Si bien a la presentación de la boleta de depósito no corresponde atribuirle un plazo propio e independiente del establecido para la realización del depósito, negar eficacia a la presentación tardía de la boleta cuando el depósito en el banco se hizo en término, importaría frustrar por un exceso ritual una vía eventualmente apta para obtener el reconocimiento del derecho invocado (Disidencia del Dr. Antonio Boggiano).

*** Corte Suprema de Justicia de la Nación * Zocchi, Gisela Mariana y otro c/Sidi, Claudio David y otros * 27/11/2007 * Fallos, 330:4891.**

- Corresponde rechazar el recurso de reposición contra la decisión de la Corte que desestimó el recurso de queja que carecía de un requisito esencial como era la firma de su presentante si no sólo al deducir el mismo el letrado no justificó su presentación en los términos del art. 48 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, sino que la propia parte da cuenta de que durante el proceso se hizo uso de la facultad otorgada por dicho artículo, circunstancia que frente a lo dispuesto por el tercer párrafo del mismo sella la suerte de su petición.

*** Corte Suprema de Justicia de la Nación * Rodríguez, Luis Guillermo s/ recurso de queja * 23/05/2006 * Fallos, 329:1794.**

- No corresponde hacer lugar a la nulidad de lo actuado a partir del auto en el que la cámara corre vista a la defensa del recurso de casación interpuesto en forma pauperis por el imputado, sin intimar a esa parte a que lo funde debidamente, si éste contó en esa oportunidad con asistencia letrada particular, por su propia decisión y de una lectura del escrito recursivo surge que si bien no lleva la firma de un letrado, la pieza no carece de un mínimo de fundamentación técnica, en la que se plasman agravios concretos, a los que el superior tribunal trata y da respuesta (Voto de la Dr. Carmen M. Argibay)-.

*** Corte Suprema de Justicia de la Nación * Juárez, Marta Lucrecia c/ Tula, Hugo César s/ filiación * 29/11/2005 * Fallos, 328:4107.**

- Corresponde dejar sin efecto el pronunciamiento que con excesivo rigor rechazó la apelación y su respectivo memorial por un error material cometido por el letrado al no presentar los respectivos escritos con la firma de su parte, ni haber acreditado mandato suficiente para hacerlo en su representación, sin haberlo intimado previamente a cumplir con dicho requisito, a sabiendas de que con su

resolutorio se dejaba firme una sentencia, la cual no tuvo en consideración los hechos y el derecho en que se fundó la defensa.

*** Corte Suprema de Justicia de la Nación * Topa, Antonio Félix y otro c/ Serafini y Compañía S.A. y otros * 26/04/2005 * Fallos, 328:1003.**

- Si el escrito de interposición del recurso de queja carece de un requisito esencial como es la firma de su presentante (arts. 1012 del Código Civil, 118 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación y 46 del Reglamento para la Justicia Nacional), insusceptible de ser suplido por la del letrado que no ha invocado poder para representarlo, ni razones de urgencia que hagan aplicable al caso lo dispuesto por el art. 48 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, dicha presentación constituye un acto jurídico inexistente y ajeno, como tal, a cualquier convalidación posterior.

*** Corte Suprema de Justicia de la Nación * Vinciguerra, Ana Antonia c/ INPS - Caja Nacional de Previsión para el Personal del Estado y Servicios Públicos * 06/02/2001.**

- Corresponde confirmar la sentencia que impuso las costas a cargo del ANSeS al declarar inexistente la presentación del recurso extraordinario interpuesto por el organismo por carecer de la firma de su letrado patrocinante ya que no puede interpretarse válidamente que el espíritu que llevó al legislador a eximir al mismo de las costas -art. 21 de la ley 24.463- pueda ser extendido al extremo que se pretenda salvaguardar las consecuencias que naturalmente acarrearán en el derecho ritual los errores procesales de los abogados intervinientes en los pleitos.

*** Corte Suprema de Justicia de la Nación * Moreira, Eduardo c/ Caja Nacional de Previsión de la Industria, Comercio y Actividades Civiles * 25/03/1997 * Fallos, 320:319.**

- Si las grafías puestas en el acto de audiencia no justifican la existencia de una media firma habitual en el letrado de la demandada, debe negarse autenticidad a las insertas en los recursos, ya que resultan claras y suficientes las afirmaciones del perito apreciadas en función de las previsiones del art. 477 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación - en cuanto señalan que el acto de escribir y manifestaciones de voluntad en las que el realizador asienta en forma regular características de desarrollo personal, identificatorias y formadoras de su patrimonio gráfico.

*** Corte Suprema de Justicia de la Nación * Turci, Carlos Alberto y otros s/ calumnias e injurias * 15/10/1991 * Fallos, 314:1304.**

- Debe reputarse como inexistente e insusceptible de convalidación posterior, el escrito del recurso de queja que carece de la firma de su presentante, requisito

insusceptible de ser cumplido por la del letrado que no ejercía su representación ni por la firma puesta por aquel tardíamente.

*** Corte Suprema de Justicia de la Nación * Fernández, Jorge Norberto s/ recurso de queja * 10/03/1987 * Fallos, 310:492.**

- Resulta inaceptable que el escrito de interposición del recurso extraordinario contra la resolución que no hizo lugar a la excarcelación, confeccionado por el procesado en la cárcel y sin asistencia legal, haya sido rechazado por falta de firma de letrado, cuando correspondía en rigor que el tribunal diese intervención al defensor oficial para que asumiese su función y proveyera de adecuada asistencia al recurrente.

*** Corte Suprema de Justicia de la Nación * Chacofi SACIF e I. c/ Dirección Provincial de Vialidad * 19/10/1995 * Fallos, 318:2050.**

- Corresponde revocar la declaración de caducidad de la instancia si, al notificarse por cédula el proveído que había requerido la agregación de copias, el recurrente pudo creer fundadamente - al agregar las piezas necesarias y suficientes requerimiento de la Corte Suprema se mantendría el procedimiento ya seguido.

*** Corte Suprema de Justicia de la Nación * Piave S.R.L. s/ concurso preventivo * 19/10/1999 * Fallos, 322:2497.**

- Es descalificable la decisión que -con fundamento en la omisión de cumplir la carga de agregar copias para el traslado previsto por el art. 257 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación- rechazó el recurso extraordinario interpuesto contra la denegatoria del recurso de inaplicabilidad de ley contra la sentencia que había dispuesto la remoción del síndico concursal, pues en el caso no existe parte interesada en contestar el traslado.

*** Corte Suprema de Justicia de la Nación * Alarcón Vargas, Froilán c/ANSeS s/recomp. del haber cargo c/ benef. -medida caut. * 11/12/2007.**

- No puede estimarse que se ha respetado adecuadamente la garantía del debido proceso sustantivo cuando de las constancias acompañadas surge que se dejó sin responder el pedido del jubilado de que se ampliara el exiguo plazo que le habían dado para alegar y probar sobre los aspectos cuestionados, en razón de domiciliarse a más de 300 kms. de la sede del organismo, circunstancia que le impedía compulsar la causa con tiempo necesario para tomar una participación útil y ni siquiera se le entregaron las copias de la verificación que había pedido para poder ejercer aquella defensa.

*** Corte Suprema de Justicia de la Nación * Ruiz, Zenobio Juan y otra c/ Instituto de Servicios Sociales Bancarios y otros * 19/06/2001 * Fallos, 324:1992.**

- Corresponde dejar sin efecto la caducidad de la instancia declarada en una queja si la situación de confusión relatada por el interesado -al que se le habría informado como número de identificación de su recurso el correspondiente al interpuesto por la letrada de la demandada por lo que no pudo anoticiarse del requerimiento de copias- resulta verosímil por lo que se presenta una situación que no puede sino generar dudas y que justifica dar primacía a la garantía de la defensa en juicio.

*** Corte Suprema de Justicia de la Nación * Viale, Mario Guillermo c/ Iburguren, Hortensio Manuel y otro * 08/09/1987 * Fallos, 310:1784.**

- La nota puesta por el letrado apoderado, en la cual consta que retira copias de un escrito, no debe ser tomada con el alcance de una notificación tácita de la resolución denegatoria del recurso extraordinario ni prueba inequívocamente que la parte haya tenido conocimiento de la decisión mencionada. Frente a la índole de la garantía constitucional puesta en tela de juicio y a la manifestación del apelante en el sentido de que no vió ni leyó la resolución de que se trata, no cabe asignar a la nota inserta el grado de certeza necesario sobre el conocimiento que la parte tuvo de la resolución con las consecuencias procesales y patrimoniales que de ella se derivan, ni resulta aplicable, por ende, la previsión del art. 149 del Código Procesal (Disidencia del Dr. Jorge Antonio Bacqué).

*** Corte Suprema de Justicia de la Nación * Rojas, Eduardo Marcos s/ defraudación -causa n° 55.763- * 03/05/2005 * Fallos, 328:1142.**

- Corresponde desestimar el recurso de reposición si no existe constancia alguna en los registros de la Mesa de Entradas del Tribunal, ni en el sistema computarizado de datos del ingreso de las piezas que aquél alega haber agregado a su presentación ni tampoco obra en su poder recibo de dicho cumplimiento.

*** Corte Suprema de Justicia de la Nación * Etchepar de Bravo, María Inés del Tránsito y otros c/ Tucumán, Provincia de y otros s/ daños y perjuicios * 11/05/2004 * Fallos, 327:1443.**

- Corresponde rechazar la excepción de defecto legal si la forma en que la parte actora planteó el reclamo -a pesar de no haberse agregado en la cédula de notificación la copia del poder- no le impidió, de manera alguna, el ejercicio amplio de su derecho de defensa, tal como se desprende de la contestación de demanda.

CAPÍTULO XVI

EL PRINCIPIO DE BILATERALIDAD

1. Definiciones

El principio de bilateralidad recibe distintas denominaciones, todas ellas asociadas a otras *garantías* (v.gr.: defensa en juicio, igualdad, debido proceso), *principios* (v.gr.: contradicción; impugnación) y *reglas* (v.gr.: comunicación de los actos procesales, eventualidad, preclusión). Por tanto, tiene varios frentes de abordaje, aunque la referencia común sea la dualidad de partes en el conflicto.

Esta condición lleva a considerar su presencia únicamente en los procesos contradictorios, que lleva a nominarlo, por eso, como “principio de controversia”. No obstante hay quienes con autorizada opinión sostienen que [...]: “Puesto que cada una de las partes tiene interés en la justicia del resultado del proceso sólo en los límites en que éste le favorece, se entiende que una garantía principal de dicha justicia debe consistir en la colaboración de ambas, la cual, dada la oposición de sus intereses, se desarrolla mediante el *contradictorio*. El contradictorio es la regla del proceso contencioso tanto cognitivo como ejecutivo, si bien en éste último sea menos importante [...] pero también el proceso voluntario, en sus más graves especies, puesto que el asunto atañe siempre a un conflicto de intereses, usa de él...”⁽⁵²⁵⁾.

La discusión sobre el alcance carece de relevancia si tenemos en cuenta que la bilateralidad se refiere más al derecho a ser oído, que al encuadre técnico de tener dos partes confrontando, como parece señalar la doctrina alemana cuando presenta al principio como de “*dos partes*”⁽⁵²⁶⁾.

El origen se encuentra en la máxima *audiatur et altera pars*, que es la razón que la justifica, a tono con las garantías de igualdad constitucional y derecho de defensa. Pero la garantía de plantear posiciones propias o

⁵²⁵ . Carnelutti, Francesco, *Instituciones del Proceso Civil*, Volumen 1, Ejea, Buenos Aires, 1973, p. 184.

⁵²⁶ . Leible, Stefan, *Proceso Civil Alemán*, Dike – Konrad Adenauer Stiftung, Medellín, 1999, p. 86.

ejercer el derecho de defensa puro, es una potestad del emplazado, y una contingencia de cumplimiento.

Esta eventualidad de la contradicción no afecta el principio fundamental, pues como dice Clemente Díaz [...]: “Nunca será posible llegar a la neutralización del principio, sino al desplazamiento de la oportunidad del contradictorio [...]. Interpretando el principio procesal a través de la garantía constitucional, se ha dicho que solo importa que el litigante debe ser oído y encontrarse en condiciones de ejercer sus derechos en la forma y con las solemnidades que establecen las leyes procesales, pero no exige la efectividad de ese derecho, ni impide la reglamentación de la defensa en beneficio de la correcta substanciación de las causas” (⁵²⁷).

En suma, el principio de bilateralidad puede ser una garantía concreta del proceso cuando se interpreta en el contexto del derecho de defensa, al que referimos como garantía implícita en el Capítulo VII de este libro; pero también admite enfocar la cuestión desde el plano de los principios.

En este aspecto, la bilateralidad se mide por los resultados que se esperan, de modo tal que puede tener puntos de vista distintos que son posibles merced a recordar que, si hablamos de principios, referimos a orientaciones de política y diseño para los procedimientos.

Cuestión claramente advertida por Peyrano cuando dijo que, conjuntamente con el principio dispositivo y el inquisitivo [...] “debe computárselo (al principio de contradicción) entre los principios procesales de mayor contenido <<político>>. A punto tal que su consagración dentro de un ordenamiento es un claro síntoma de la filiación democrática de éste” (⁵²⁸).

2. La bilateralidad como sistema

La bilateralidad se puede desprender de otros significados y adoptarse como sistema. Como tal piensa en una estructura para el procedimiento que parte de la participación de interesados en igualdad de consideraciones y posibilidades, para que puedan dialogar y ejercitar un conjunto de controles, reacciones y proposiciones dentro de esa estructura.

⁵²⁷ . Díaz, Clemente A., *Instituciones de Derecho Procesal*. Parte General, Tomo I, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1968, ps. 214/215.

⁵²⁸ . Peyrano, Jorge Walter, *El Proceso Civil*, Astrea, Buenos Aires, 1978, p. 145. En este punto cita a Eisner, Isidoro, *Planteos Procesales*, La Ley, Buenos Aires, 1984, p. 52.

De este modo construye un esquema dialéctico que tiene presupuestos y condiciones de validez y regularidad para considerar que existe un proceso.

Comoglio, por ejemplo, afirma que en Alemania el principio de contradicción se concreta con perfiles constitucionales (*Rechtsschutzeffektivität*) gracias a un triple orden de situaciones subjetivas procesales, que le asigna a cualquiera de las partes los siguientes derechos: *a)* de recibir adecuada y oportuna información sobre las actividades que la otra parte ha realizado durante el curso del litigio; *b)* a defenderse activamente, pudiendo contestar cada cuestión de hecho o de derecho que sea relevante para la decisión de la controversia; y *c)* de pretender que el juez, a su vez, tenga en consideración sus defensas, sus alegaciones y pruebas, al tiempo de resolver (⁵²⁹).

En esta perspectiva, la dimensión constitucional asienta en el derecho a ser oído expresamente, dando preeminencia a los mecanismos de comunicación previa a la decisión. Por lo cual, no es un sistema en sí mismo, sino la obligación de resguardar actuaciones que se consideran insoslayables para que el proceso no tenga causas de nulidad.

Por su parte, Alvarado Velloso vincula la idea de proceso con la necesidad de organizar un método de debate dialogal y afirma que [...] “la razón de ser del proceso no puede ser otra que la erradicación de la fuerza del grupo social, para asegurar el mantenimiento de la paz y el respeto de las normas que al regular la convivencia atribuyen derechos a las personas, derechos que el Estado-juez debe garantizar a todos sus titulares. Así concebido, el proceso no es meta a cumplir o lograr, sino, en cambio, método para llegar a una meta. De tal forma, se presenta lógicamente como un instrumento neutro para la consecución de su objeto: la sentencia”.

“Por eso es que el mejor intento de hacer justicia en un caso concreto no puede vulnerar el método mismo de la discusión [...]. En el campo del proceso, igualdad significa paridad de oportunidades y de audiencias; de tal modo, las normas que regulan la actividad de una de las partes antagónicas no puede constituir respecto de la otra, una situación de ventaja o de privilegio, ni el juez puede dejar de dar un tratamiento similar a ambos contendientes. La consecuencia natural de este principio es la regla de la *bilateralidad* o *contradicción*: cada parte tiene el irrestricto derecho a ser

⁵²⁹ . Comoglio, Luigi Paolo, *Voce: Contraddittorio (Principio del)*. En Enciclopedia Giurídica. Roma, Istituto della enciclopedia italiana. Volumen XXV, 1997, p. 6.

oída respecto de lo afirmado y confirmado por la otra. En otras palabras: igualdad de ocasiones de instancias de las partes” (⁵³⁰).

Desde esta posición la bilateralidad no es un espacio dispuesto para lo fáctico, sino la imposición de una regla inalterable que responde a la exigencia de oír siempre a todas las partes antes de resolver.

Millar, en una obra clásica en la materia, sostenía que el principio de contradicción obliga a que ambas partes sean oídas, porque es un concepto inseparable de la administración de justicia que encuentra igual expresión en el precepto romano: *audiatur et altera pars*, y en el proverbio en rima de la Alemania medieval: “*Eines mannes red ist keine red, der Richter soll die deel verhoeren beed*” (la alegación de un solo hombre no es alegación; el juez debe oír a ambas partes) (⁵³¹).

2.1 El problema con las medidas cautelares

Ahora bien, el pensamiento expuesto reconoce limitaciones o postergaciones al aplicar el postulado. En materia cautelar se tolera tomar decisiones que aseguren la eficacia de la medida, llevando la comunicación del acto al tiempo después de la efectivización. Dilación que algunos consideran inconstitucional al punto de sostener que las propias diligencias precautorias son inconstitucionales por violar el derecho de bilateralidad y contradicción implícito (⁵³²).

⁵³⁰ . Alvarado Velloso, Adolfo, *La imparcialidad judicial y el sistema inquisitivo de juzgamiento*, en “Proceso Civil e Ideología”, Montero Aroca, Juan (Coordinador), Tirant lo blanch, Valencia, 2006, p. 228.

⁵³¹ . Millar, Robert Wyness, *Los principios formativos del procedimiento civil*, Ediar, Buenos Aires, 1945, p. 47.

⁵³² . La Corte Suprema de Justicia (en pleno) de Venezuela, resolvió el 21 de mayo de 1996, en una acción de amparo deducida como autosatisfactiva que [...] “considera esta Corte que el artículo 22 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, en cualquiera de las formas en que tal acción se plantee (autónomamente, de modo conjunta con el recurso de nulidad o con la acción de carencia, o bien, con la acción popular de inconstitucionalidad), implica siempre el riesgo, de que la aplicación de dicho artículo niega que pueda establecerse el contradictorio; esto es, el llamamiento del presunto agraviante y la confrontación de sus alegatos y pruebas con las del presunto agraviado, por lo cual ha sido tildado de inconstitucional. La aplicación del amparo *inaudita* parte, choca a quienes consideran esencial la confrontación entre el actor y los que podrían quedar afectados por la procedencia de la medida, lo cual evita errores e impide que se cometan injusticias. El derecho a la defensa es principio absoluto de nuestro sistema en cualquier procedimiento o proceso y en cualquier estado o grado de la causa. Sería

La tendencia se fundamenta, entre otros motivos, diciendo que [...]: “El hecho de que las medidas cautelares puedan ser dictadas sin audiencia de parte y sólo en consideración del mérito de las afirmaciones o proposiciones realizadas por el solicitante, es causa frecuente de error judicial y la consabida violación de los derechos del afectado. Al mismo tiempo, tal esquema supone un permanente obstáculo para el ejercicio correcto de la función judicial, en cuanto alienta la formación de un juicio por intuición (subjetivo) y no cognoscitivo (objetivo), de por sí arbitrario e injusto, porque descansa en un exceso de confianza en la función jurisdiccional, no sometida a controles legales. A ello se le debe sumar que la ley no ofrece un sistema de revocación cautelar flexible y expeditivo, por lo que el litigante que ha obtenido una medida cautelar dispone de recursos procesales para evitar la modificación de la medida obtenida y mantener una posición de supremacía con respecto a su adversario, lo que viene a alterar la posición de igualdad que las partes deben ostentar en el proceso”⁽⁵³³⁾.

De más está decir la resistencia absoluta que esta orientación dirige contra las medidas autónomas o autosatisfactivas, que son aquellas que, de manera breve, urgente y a través de un procedimiento de cognición o contradictorio limitado, acuerdan una determinada pretensión para evitar un daño irreparable o de difícil satisfacción a una de las partes⁽⁵³⁴⁾.

así contradictorio que, en materia de amparo, el propio juez constitucional al proteger un sujeto contra la violación o amenaza constitucional, produjese a su vez una lesión de tal índole a la eventual contraparte, al afectar el derecho consagrado en el artículo 68 constitucional”.

⁵³³ . Irún Croskey, Sebastián, *Medidas Cautelares*, en bibliografía de la página del Instituto Panamericano de derecho procesal (www.institutoderechoprocesal.org).

⁵³⁴ . Más que medidas cautelares, se ha entendido que se trata de verdaderos procesos, aunque breves, sumarios y urgentes, pues no cumplen con los requisitos de dependencia e instrumentalidad propios de toda medida cautelar. Distinto es el caso de las medidas cautelares anticipadas, que son aquéllas que se solicitan y acuerdan antes de la interposición de una demanda o bien del inicio de un procedimiento administrativo, cuando el peligro en la mora haga temer que no es posible la espera hasta el comienzo del procedimiento, sin que se produzcan daños irreparables, y, por tanto, se justifica el adelanto de su adopción (Calamandrei, Piero, *Providencias Cautelares*, Bibliográfica Argentina, 1945, ps. 53 y ss.). No obstante, siguen siendo accesorias e instrumentales en relación con ese procedimiento que ha de iniciarse con posterioridad, pues su finalidad es el aseguramiento de la eficacia de la decisión de fondo que ha de dictarse en ese procedimiento principal. Además, la ausencia del inicio oportuno de dicho procedimiento o de la posterior ratificación de la medida en el curso del mismo, según disponga el ordenamiento jurídico de que se trate, implicará el decaimiento de la medida, pues, se insiste, debe ser aneja y dependiente

Eugenia Ariano Deho, defensora a ultranza de la bilateralidad como sistema inalterable, sostiene que en materia cautelar [...] “lo que hace extremadamente peligroso ese poder general de cautela que se le ha dado al juez peruano es el método del CPC para su ejercicio. En efecto, -agrega- nuestro CPC ha establecido un procedimiento uniforme en materia cautelar estructurado de tal forma que se presta a ser utilizado para cualquier cosa menos que para asegurar la efectividad de la tutela jurisdiccional. Así el artículo 637 del CPC establece que, en todos los casos, la petición cautelar será concedida o rechazada sin conocimiento de la parte afectada, la cual, en caso de estimación, podrá apersonarse al proceso tras la respectiva ejecución y notificación de la resolución cautelar. Pero tal apersonamiento, nótese, sólo será para apelar de la resolución, contando, para ello, con el brevísimo plazo de tres días (que es para apelar de los autos). Si partimos de la premisa de que no puede haber ningún tipo de tutela jurisdiccional sin debido proceso (lo que nos dice el artículo I del CPC), y que no puede haber debido proceso sin (posibilidad de) audiencia al contrario, el método general establecido para conceder *cualquier medida cautelar es por demás inconstitucional* en cuanto coloca al denominado afectado prácticamente en una posición de absoluta indefensión” (⁵³⁵).

del mismo, aunque se acuerde de manera adelantada. En el ámbito del procedimiento administrativo son éstas, las medidas anticipadas, las que pueden ser expedidas, de lo que se concluye que no hay medidas plenamente autónomas en vía administrativa, menos aún si son de gravamen, pues se trataría de una limitación indefinida en el tiempo, lo cual la haría inconstitucional” (TS de Justicia de Venezuela, 31.03.2008).

⁵³⁵ . Ariano Deho, Eugenia, *¿Jugar a ser Dioses? La discrecionalidad del juez en el proceso cautelar*, en Suplemento de Análisis Legal del Diario El Peruano, Año I n° 3 del 24 de mayo de 2004. Agrega allí la profesora titular de la Universidad Mayor de San Marcos [...]: “Ahora bien, este peculiar método de concesión de las medidas cautelares, en abierta violación de la esencia fundamental del proceso, se suele justificar diciendo que no es que no haya audiencia al contrario, sino que ésta, para asegurar la efectividad de la medida, está sólo diferida. Ello no es cierto, al menos en el Perú, pues no es que el juez de la cautela difiera la audición del contrario, sino que simplemente no lo escucha (ni antes ni después), ya que el único camino que tiene el afectado, como ya se dijo, es apelar. O sea, que quien podría oír al afectado es un juez distinto del que dictó la medida cautelar. En el entretanto, de haber apelación, la medida despliega todos sus efectos sin que nuestro afectado pueda hacer nada para defender sus intereses ante el juez que la emitió. Este esquema de concesión previsto por el CPC para cualquier medida cautelar reproduce aquel que el Código derogado de 1912 había establecido para la concesión del embargo preventivo, y hay que decir que conceder un embargo *inaudita altera parte* era (y es) muy razonable, pues lo contrario implicaba (e implica) el riesgo de que los bienes se pusieran (y se pongan) a buen recaudo. Pero el Código de Procedimientos Civiles de 1912 sí había considerado la audiencia diferida del afectado pues tras la ejecución del embargo el

2.2 Las reglas mínimas de la construcción o sistema

Esta tendencia arma el principio de contradicción como base de un sistema donde la bilateralidad se entiende desde la ideología pensada para el proceso.

En efecto, el señorío de los sujetos que se convierten en partes de la controversia no admite ni tolera facultades materiales del juez para el desarrollo. Esto comprende al *principio dispositivo* conforme al cual el magistrado solo deberá sentenciar conforme lo alegado y probado por las

embargado podía, a su *libera electio*, o apelar u oponerse ante el propio juez que lo había dictado (artículo 241) y así obtener su levantamiento. La posibilidad de oposición ante el mismo juez que dicta la cautelar incomprensiblemente ha desaparecido en nuestro actual ordenamiento, quedando sólo la posibilidad de apelar y la más tibia de pedir la variación (no la revocación) de la medida *ex* artículo 617 CPC ante el propio juez de la cautela y, aquí sí, previa audición del contrario. Ahora, yo creo que no hay que pensar mucho para darnos cuenta de que una cosa era (y es) un embargo, en donde era (y es) razonable que no se dé audiencia previa (pero sí diferida) al sujeto cuyos bienes se va a embargar, y cosa distinta cualquier otra medida con contenido incierto, que se adopta “oyendo” únicamente al solicitante y en donde el “afectado” se encuentra, ante los hechos cumplidos, sólo con la posibilidad de apelar, es decir, prácticamente atado de manos frente al uso (que bien puede ser un abuso) del poder general de cautela. Pero lo curioso es que el juez también procede *inaudita altera parte* cuando deniega la medida solicitada. Ello no tiene explicación, pues si el juez, *in limine*, considerara que no existe la necesidad de dictar una medida, ¿no sería lógico que se oyera a la parte contraria y así emitir una resolución que produjera sus efectos en relación con ambas partes? Pues nuestro CPC dice categóricamente que no. Es más, si la resolución denegatoria es apelada, no sólo no se notifica al contrario, sino que el superior absolverá el grado sin admitirle intervención alguna (así el último párrafo del artículo 637 CPC). ¿Tiene sentido esto? ¿Tiene sentido que sabiendo nuestro potencial afectado que se ha solicitado una medida cautelar en su contra no pueda siquiera tener la oportunidad de decir lo suyo? Pero hay un dato más que agregar: este método se aplica también cuando, conforme con los artículos 608 y 636 del CPC, la medida se pide antes de iniciado aquel proceso cuya efectividad estaría (de concederse) enderezada a asegurar. Ello determina que no pocas veces la medida se pide para fines no precisamente “asegurativos” sino directamente “satisfactivos”, en cuanto ella misma sirve para lograr la “tutela” deseada. Todo ello sin (debido) proceso y sobre la piel del afectado, que luego tendrá que hacer malabares, con los pocos instrumentos puestos a su disposición por nuestro ordenamiento, para reponer las cosas al estado anterior. Se suele decir que sólo Dios, para juzgar, no necesita proceso. Yo agregaría que “no sólo” Dios puede juzgar sin proceso, sino también el juez civil peruano, el que, la más de las veces, tras la máscara de estar concediendo una tutela meramente cautelar, en el fondo, está concediendo una ilegítima tutela con efectos difícilmente reversibles. Y creo no es bueno que los humanos juguemos a ser dioses”.

partes; refiere al impulso procesal, persiguiendo que sean únicamente los litigantes quienes mantengan el interés en la causa; supone que sean éstos quienes aporten los hechos y elijan la prueba, sin que tenga el juez potestad alguna sobre ella (el monopolio de la iniciativa probatoria es de las partes), como tampoco podría realizar un control sobre la regularidad de la instancia, existiendo defensas y excepciones a través de las cuales cualquiera de las partes podría denunciarlas.

Ni más ni menos que el ejercicio activo del derecho de defensa llevado al extremo de usarlo no solo como fundamento, sino además, como un derecho de contrastar a la contraparte y de censurar la actuación judicial.

Esta construcción metódica que afina y tiene origen en la concepción liberal del proceso del siglo XIX, afirma en el dualismo de posiciones la esencia misma del debate dialéctico, trascendiendo la finalidad técnica para diseñar un modelo donde la contradicción no pueda ser evitada bajo ningún justificativo.

3. La bilateralidad como principio

La bilateralidad también se puede entender desde el prisma de lo constitucional y asentar los motivos en el *principio de igualdad*, conforme al cual, cada parte debe tener oportunidades idénticas y soluciones equidistantes; asimismo, se razona con el derecho de *defensa en juicio* conforme al cual nadie puede ser condenado sin ser oído (⁵³⁶); y en esencia, se consagra como derecho a la bilateralidad de la audiencia.

Cierta parte de la doctrina la instala como una garantía de *contradicción estática*, en el sentido de apuntar solamente a la exigencia de evitar que el juez resuelva sin haber dado intervención a ambos contendientes; por lo cual, otros prefieren interpretar que la garantía es *dinámica* sin afectar al derecho de defensa ni a la igualdad formal. De este modo, el contradictorio establece las relaciones entre los titulares de intereses contrapuestos, pero también vincula y organiza a las mismas partes con el juez (⁵³⁷).

⁵³⁶ . Decía Eisner que el principio de contradicción es acatado durante todo el desarrollo del proceso organizado según nuestros regímenes políticos. Y el sistema de las notificaciones mediante cédulas, telegramas, edictos, notas y otros medios de hacer efectivas las vistas y traslados, no es sino la reglamentación procesal del derecho constitucional de defensa en juicio (ob. cit., p. 52).

⁵³⁷ . Cfr. Andolina, Italo – Vignera, Giuseppe, *El modelo costituzionale del proceso civile italiano*, Giappichelli editore, Torino, 1990, p. 159.

Se trata, entonces, de resguardar la paridad de armas (posibilidades), ya sea para hacer valer pretensiones como para demostrar razones y fundamentos, ante un juez imparcial. Concepto, éste último, que introduce una garantía autónoma. Ella se traduce como una lectura propia de la bilateralidad, desde la cual se quiere evitar la influencia de factores extraños al equilibrio que debe preservar el desenvolvimiento de la litis.

En tal sentido, el ejercicio del contradictorio no puede quedar a merced de la discrecionalidad judicial ni a la iniciativa que las partes dispongan, porque si es una garantía, como tal se aplica en todo espacio de los procedimientos.

Sostiene Coelho Nunes que hay dos maneras de obrar la bilateralidad: *a)* en forma *preventiva*, anticipando (forma genuina) a la resolución el pedido a las partes para que se expresen; y *b)* en forma *sucesiva*, posponiendo (forma impropia) las manifestaciones de una de esas partes con el fin de conseguir que la decisión adoptada tenga eficacia (⁵³⁸).

Ahora bien, el derecho a la contradicción no es igual que la bilateralidad de la controversia. Mientras el primero se reduce a la posibilidad de alegar, de modo que es una facultad; el segundo es indeclinable, por ser una garantía. Por ejemplo, si la contradicción fuera puesta como *principio*, en cualquier proceso no podría faltar la comunicación que anticipe formalmente la previsión de un resultado; y al mismo tiempo, impediría que el juez resolviera sin sustanciar la petición. En cambio, si la atención se pone en faz operativa de la garantía y se resuelve como *principio de bilateralidad*, el juez no tiene obstáculos para decidir, siempre que haya dado oportunidad de oír, y de revertir la sentencia adoptada cuando se pronuncia sin audiencia de la contraparte.

Este es el sentido que acompañamos, y que respalda la mayoría de la doctrina. Por todos, dice Palacio [...] la vigencia del principio requiere fundamentalmente, que las leyes procesales acuerden 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

⁵³⁸ . Coelho Nunes, Dierle José, *O Princípio do contraditório: uma garantia de influência e de não surpresa*, en “Teoría do processo”, AAVV coordinada por Fredie Didier Jr. y Eduardo Ferreira Jordão, Juspodium, San Salvador de Bahía, 2008, p.165.

valer, por omisión o negligencia, los medios de defensa, las pruebas o los recursos que pudo utilizar en la respectiva oportunidad procesal (⁵³⁹).

Con el importante agregado de Couture cuando aclara que el quebrantamiento de este principio no proviene de que se dicten resoluciones sin oír a la parte contraria, sino de que se conceda a un litigante lo que se niega a otro [...]. “Una resolución declarada inapelable para las dos partes o una prueba denegada a ambas partes, no constituyen violaciones legales del principio constitucional de igualdad ante la ley. El quebrantamiento existiría cuando al actor se le permitiera alegar, probar o impugnar lo que estuviera prohibido al demandado, o viceversa” (⁵⁴⁰).

3.1 Reaseguros de la bilateralidad

Desde nuestra perspectiva, la bilateralidad es un principio que, como tal, sigue la orientación política que le imprime el ordenamiento jurídico donde se inserte, sin poder vulnerar con la ideología los mínimos inquebrantables que resguarda como garantía.

No es contradictoria la afirmación si se piensa en los efectos antes que en el modelo. Vale decir, como principio, la bilateralidad reafirma el derecho a ser oído, pero no supedita la decisión judicial al cumplimiento de la notificación, siempre que ella se cumpla. Al mismo tiempo, todos los actos del proceso no exigen la presencia de ambas partes, quienes en su caso, retienen el derecho de revisión como reaseguro de la regularidad que consideren violada.

Lo que no se puede anular es la reversión del acto. Si la ejecución se ordena “*inaudita pars*” y tiene derivaciones permanentes, la garantía se quiebra porque no se puede cumplir el derecho a ser oído solo como una cuestión formal. Recuérdese que el derecho al recurso (como revisión de toda condena) es otra de las garantías concretas del proceso.

Díaz establece dos proyecciones del principio de bilateralidad de la audiencia. Una de carácter *positivo*, que significa disponer de medios de comunicación entre el juez y los justiciables (notificaciones), con el fin de conseguir certidumbre de que los actos procesales lleguen a efectivo conocimiento del destinatario; y otro *negativo*, que resuelve con recursos e

⁵³⁹ . Palacio, Lino E., *Derecho Procesal Civil*, Tomo I, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1979 (2ª ed. 1ª reimpresión), p. 263.

⁵⁴⁰ . Couture, Eduardo J, *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, Depalma (3ª ed. póstuma), Buenos Aires, 1987, p. 185.

instituciones del proceso la validez o regularidad de las actuaciones cumplidas (teoría de las nulidades procesales” (⁵⁴¹).

En otros términos, es la opinión de Alsina, para quien el principio de bilateralidad se impone con el fin de dar intervención a la contraria en todos los actos del procedimiento. Ello importa la contradicción, o sea el derecho a oponerse a la ejecución del acto, y el contralor, o sea el derecho a verificar su regularidad (⁵⁴²).

3.2 *Las notificaciones*

Las comunicaciones entre partes, y con el tribunal tiene dos modelos que siguen teorías que pueden resultar antagónicas conforme se entienda el objeto principal que tienen.

La teoría *de la recepción* se ocupa de afirmar la necesidad de revestir al acto procesal de comunicación de las formalidades necesarias para que la notificación se efectivice, de manera que la diligencia sea cubierta y se tenga por cumplida una vez que llega a su destinatario. Por ejemplo: la notificación de una demanda se puede practicar con el portero de un edificio en propiedad horizontal, o a cualquier otra persona de la casa, departamento u oficina, o inclusive, fijar la cédula en la puerta de acceso correspondiente a esos lugares. Es decir, interesa la certeza del acto que instrumenta el aviso antes que evitar la ignorancia del destinatario.

En cambio la teoría *del conocimiento*, se compenetra con la finalidad del acto, de manera que si el interesado tomó noticia fehaciente del contenido que se le comunica, pierde trascendencia la nulidad por vicios formales que pudiera tener la diligencia de notificación. Se abandona el formalismo porque interesa más la certidumbre que se obtiene con la personalidad del mensaje recibido.

La primera orientación protege la seguridad jurídica, la segunda se compadece con los principios de celeridad y lealtad en el debate judicial.

Una posición ecléctica afirma que la notificación se propone poner en conocimiento de alguien una providencia, y una cosa es que ese conocimiento se presuma sin prueba en contrario, cuando han sido cumplidas las formalidades pertinentes, por una suerte de irrefragabilidad, y otra -ya inaceptable- deducir de esa premisa que nunca el conocimiento efectivo

⁵⁴¹ . Díaz, ob. cit., p. 216.

⁵⁴² . Alsina, Hugo, *Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial*, tomo I, Ediar, 1957, p. 457.

pudo suplir la notificación formal. Las llamadas teorías de la recepción y del conocimiento han sido, pues, artificialmente contrapuestas: se las ha referido a términos heterogéneos (⁵⁴³).

En nuestro parecer, si el principio de bilateralidad pretende asegurar el derecho de defensa, la cuestión no se resuelve con la simple formalidad del acto cumplido, sino con la certeza y seguridad que merezca el acto de procesal de comunicación.

a) La notificación instrumental

El fin de la notificación es la toma de conocimiento del acto; por ello, la importancia de su forma depende de la trascendencia de aquél y de la evaluación de los perjuicios que su desconocimiento puede acarrear. La notificación personal crea certidumbre sobre la información, pero la instrumentación con los medios de comunicación no permite conseguir la misma certeza.

Nuestros ordenamientos procesales consagran el principio de la notificación automática con carácter de regla general; derivando hacia la notificación personal solo las situaciones de importancia y trascendencia, como el emplazamiento para contestar la demanda. Razón por la cual la ley, al ordenar su diligenciamiento en el domicilio real del demandado, persigue que éste tome noticia cierta y personal de la interposición de ella.

La instrumentalidad de la notificación, interpretada en orden a los principios del proceso, dispone de tendencias proclives a afianzar unos u otros de los aspectos más singulares de la bilateralidad.

Por ejemplo, quienes persiguen que se asegure el derecho a la contradicción, procuran que el conocimiento del acto sea personal o fehaciente (teoría del conocimiento); mientras que quienes se conforman con la bilateralidad resulta suficiente la entrega del documento formalizado (v.gr.: cédula, oficio, carta documento, acta notarial, etc.).

b) La notificación y el emplazamiento

La notificación del traslado de la demanda tiene especial trascendencia en el proceso, ya que es generadora de la relación jurídica procesal. Además, con este acto de impulso se perfila la concreción del principio de bilateralidad que garantiza uno de los pilares del debido

⁵⁴³ . Colombo, Carlos J., *Código Procesal Civil*, tomo II, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1969, p. 672.

proceso, sin perjuicio de la voluntad que ponga el demandado para contradecir, someterse a la pretensión, o dejar de comparecer con los efectos que importa cada contingencia.

El emplazamiento supone requerir a las partes que *estén a derecho*, que “tiene un peculiar sentido y una excepcional significación –como dice Loreto-, dentro de la estructura y aplicación del postulado clásico “*audiatur et altera par*” que gobierna la administración racional y equitativa de la justicia desde la época de los emperadores Severo y Caracalla (Marciano, fr. 1, pr. D. 48, 17). Trabado el contradictorio por la citación inicial y establecida así la audiencia bilateral, el principio en examen tiene validez para ambas partes, con las excepciones establecidas por la ley”⁽⁵⁴⁴⁾.

En la apreciación de los recaudos legales requeridos para la notificación del traslado de la demanda, corresponde proceder con criterio estricto. En caso de duda, habrá que atenerse a la solución que evite conculcar derechos de raigambre constitucional. La trascendencia del acto impone la recepción personal, en principio, por lo que la notificación del traslado correspondiente debe necesariamente diligenciarse en el domicilio real, por cuanto constituye un acto dotado de singular trascendencia, en tanto, se vincula con la garantía de defensa en juicio.

En cambio, la comunicación de la demanda iniciada contra una sociedad comercial debe ser efectuada, salvo excepciones, en su domicilio legal, es decir, en el inscripto que resulta del contrato social y del que la ley presume es su lugar de residencia (art. 11 inc. 2º, párr. 2º, ley 19.550 y art. 90, Cód. Civil).

No obstante la importancia del acto, la notificación se puede realizar mediante cédula o acta notarial, siendo la elección del medio una facultad de la parte que no necesita de autorización jurisdiccional alguna. Este es un mecanismo propio del principio dispositivo, según el cual el impulso del proceso le corresponde al actor que ha promovido el litigio, abriendo la instancia y teniendo, en consecuencia, la carga de llevarlo adelante.

No obstante, una segunda modalidad para notificarse de la demanda es la comparecencia personal del demandado en los términos del art. 135 inciso 1º del código federal, que no se contradice con el espíritu del art. 339 del mismo ordenamiento, que exige notificar en el domicilio real para asegurar, además del debido emplazamiento, que el acto se cumpla donde la persona tiene establecido su domicilio o residencia permanente.

⁵⁴⁴ . Loreto, Luís, *El principio de que “las partes están a derecho” en el proceso civil venezolano*, Revista de Derecho Procesal, año VII (1949) Primera parte, Ediar, Buenos Aires, p. 70.

La providencia que corre traslado de la demanda no impone una práctica determinada, porque cuando lo hace, es para garantizar el debido emplazamiento que evite afectar el derecho de defensa en juicio. Por eso es perfecta y legítimamente escindible la presentación directa del demandado que comparece espontáneamente a contestar la demanda. Con ello, no se otorga ventaja a ninguna de las partes, para dar lugar al cumplimiento del principio de celeridad y concentración que se consigue al quedar abreviado el plazo de comparecencia.

La bilateralidad trabaja en la especie con el fin de conseguir seguridades para el emplazamiento. La citación se debe concretar en el domicilio real, cuando éste resulta conocido, siendo ésta una regla esencial para evitar nulidades posteriores, toda vez que la demanda origina la puesta en marcha del aparato jurisdiccional, pero la relación jurídica recién se suscita cuando el demandado recibe personalmente la notificación.

Por eso, en principio, la notificación del traslado correspondiente debe necesariamente diligenciarse en el domicilio real, por cuanto es el lugar donde la ley presume que la persona se encontrará y será informada adecuadamente del emplazamiento que le formula la ley para estar a derecho y hacer valer las defensas que estime conveniente. Todo ello, obviamente, garantiza la defensa en juicio (⁵⁴⁵).

⁵⁴⁵ . Si bien el traslado de la demanda debe ser notificado en el domicilio real, en el supuesto de haberse constituido domicilios especiales el principio se posterga. Pero si el instrumento privado en el cual se constituyó el domicilio aún no ha sido reconocido no se puede practicar allí porque le falta el requisito de seguridad y certeza que las notificaciones persiguen; claro que, esta regla reconoce una excepción cuando al pie de ese instrumento fue puesta la firma en presencia de un escribano público y registrada en el libro de requerimientos respectivo, en cuyo caso está bien dirigida la cédula de notificación del traslado de la demanda al domicilio de elección indicado en el contrato (CNFed. Civ. y Com., Sala II, 21.04.1998, "*Taragüi S. R. L. c. El Guincher S. C. A.*", La Ley, 1998-E, 281). De igual alcance resulta el pronunciamiento que afirma que el domicilio de "elección" o convencional constituido en instrumento público o instrumento privado debidamente reconocido, determina el lugar de notificación de la demanda que el vínculo contractual haya podido suscitar y, por consiguiente, la diligencia que se practique en dicho domicilio será eficaz y surtirá todos los efectos legales, aunque no coincida con el real del demandado (CNCiv., Sala A, 24.03.1998, "*Ravinovich, Marcelo E. y otro c. Sainz, Ethel O.*", La Ley, 1998-D, 63). En síntesis, la validez de la notificación del traslado de la demanda en el domicilio convencional o de elección, constituido en escritura pública o en instrumento privado auténtico, es absoluta porque el domicilio ha sido establecido voluntariamente por la parte y ha certificado su autenticidad (cfr. Gozaíni, Osvaldo A., *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*, tomo II, La Ley, 2002, comentarios a los arts. 338 y 339).

c) Efectos de las notificaciones

Válido es reiterar que son esenciales los recaudos que tiendan a asegurar la efectividad de la recepción del traslado de la pretensión, puesto que todo lo relativo a la regularidad de la notificación, por su particular importancia para el desarrollo del proceso, y por encontrarse involucrada en ella la garantía constitucional de la defensa en juicio, hace al debido proceso tutelado por el art. 18 de la Constitución Nacional y sus concordancias.

De allí la trascendencia del llamado inicial, porque al personalizarse evita el desconocimiento de las consecuencias del aviso y fustiga la indefensión eventual. La diferencia está en el emplazamiento. Cuando el proceso aun no se traba entre partes conocidas, la bilateralidad no existe; solo después de efectuada la formal comunicación y anoticiados los efectos del incomparendo, surgen las ficciones del proceso que torna presente al ausente (rebeldía) o notificado al que jamás recibió información directa (notificación por edictos). La bilateralidad se construye sobre consecuencias que actúan como sanciones al que deja de comparecer sin causa que lo justifique.

A tenor de estos principios, pareciera que la simple contravención a las solemnidades dispuestas en el traslado de la demanda, son bastantes para que se declare su nulidad. Por ejemplo, la formalidad de dejar el aviso contemplado por el art. 339 procura que el interesado tome noticia cierta y personal de la demanda. Su omisión configura por sí sola causal suficiente de nulidad de la notificación en tanto constituye un presupuesto de especial trascendencia en el que se encuentra en juego la garantía constitucional de defensa en juicio por ser la notificación del traslado de la demanda la más importante de cuantas se practican en el proceso.

Otros, en cambio, sostienen que no puede alegarse la nulidad de la notificación del traslado de la demanda basada en errores materiales intrascendentes, si, aun cuando el actor los haya reconocido, quedaron convalidados con el acto formal de la contestación del emplazado.

3.3 El control de regularidad

Se mantienen vigentes las observaciones de Couture respecto a los actos que deben practicarse regularmente con el fin de mantener el principio de igualdad que garantice la bilateralidad procesal, a saber:

“a) La demanda debe ser necesariamente comunicada al demandado; b) la comunicación debe hacerse con las formas requeridas en la ley bajo pena de nulidad; todo quebrantamiento en las formas del emplazamiento entraña el riesgo de que el demandado no haya sido efectivamente enterado de la demanda; c) comunicada la demanda se otorga al demandado un plazo razonable para comparecer y defenderse; la doctrina denomina a esta circunstancia, la garantía de <<su día ante el tribunal>>; d) las pruebas deben ser comunicadas al adversario para que tenga conocimiento de ellas antes de su producción; e) toda prueba debe ser fiscalizada por el adversario durante la producción e impugnada después de su producción; f) toda petición incidental que se formule, ya sea durante el debate, ya sea durante la prueba, debe sustanciarse con audiencia del adversario, salvo disposición en contrario; g) ambas partes tienen iguales posibilidades de presentar sus exposiciones de conclusión o alegatos y de impugnar mediante recursos las resoluciones que les sean adversas” (⁵⁴⁶).

Estas actuaciones se insertan en la columna de los supuestos indeclinables de notificación personal o fehaciente (teoría del conocimiento); mientras que para los demás rige la regla de *preclusión*, por la cual, una vez que transcurren los plazos o términos acordados, deviene el consentimiento tácito o la convalidación que expurga cualquier vicio posible.

De su lado, la irregularidad genera nulidades o anulaciones, que no tienen el mismo significado. La dificultad para explicar el procedimiento de las nulidades, se implica en las diferencias existentes entre los actos jurídicos y los actos procesales.

Ocurre que, además de las múltiples expresiones que se utilizan para caracterizar el acto irregular, existen pautas invalidantes que son comunes al derecho de fondo y al procesal. Por ejemplo, la aptitud para deducir pretensiones; si bien con algunas diferencias importantes, muestra cierta relación entre la capacidad civil y la legitimación procesal, de modo tal que la incapacidad puede suponer la ausencia de requisitos necesarios para postular, tanto en el derecho material como en el adjetivo.

Pero esta identidad o simetría se da en pocas situaciones. Generalmente, en el campo procesal ocupa a las nulidades absolutas o manifiestas, porque la regla que impera, es la validez y conservación de los actos, postergando los vicios que no fuesen trascendentes o enquisten las reglas de la legítima defensa o, más ampliamente, del debido proceso.

⁵⁴⁶ . Couture, *Fundamentos...*, ob. cit., ps. 183/184.

En nuestra opinión, el problema de si existe o no una categoría única de nulidades, o se admiten principios propios en los vicios que presenten los actos procesales, debe adecuarse a la perfección que buscan los actos jurídicos (en general).

El refinamiento en el derecho civil se diseña como un aspecto de licitud de los actos. Cuando un contrato se celebra y cumple con ajuste estricto a las previsiones normativas, se dice que el acto es perfecto y legítimo. Pero en el derecho procesal, un acto imperfecto, puede ser válido, no obstante ser ilegítimo (inválido). Igualmente, una actividad ilegítima puede estar expresada en los moldes predispuestos y tener por ese encuadre la misma validez y eficacia; de manera que, ambas situaciones muestran que habría una distancia apreciable entre la perfección y la legalidad como premisas asimilables.

Cuando el problema se enfoca desde la teoría del negocio jurídico, las cuestiones parecen estar espejadas. Observemos el problema en el espacio de la dualidad de partes para confrontar la cuestión.

La imperfección del acto civil puede ser confirmado por la actitud de las partes contratantes y generar los efectos jurídicos que fueron estipulados (arts. 1058 y 1060 del Código Civil); esos defectos pueden ser mas o menos graves, y, en consecuencia, no podría el orden jurídico material admitir que la voluntad de las partes supere al derecho establecido como voluntad del Estado a través de la legislación. Se habla entonces de invalidez de los actos dentro de una sistematización de actos imperfectos. Existe un orden insuperable para las partes que traduce el patrón del "orden público".

Bien se explica que, "el ordenamiento no convierte a la voluntad humana en factor omnipotente de las consecuencias jurídicas; esta tiranía sería absurda, porque entonces el legislador abdicaría de su función coordinadora de las relaciones sociales, transformándose en esclavo de los caprichos de las partes" (⁵⁴⁷).

Ahora bien, la validez frente a la perfección pareciera no tener la misma secuencia que la invalidez ante la imperfección, porque mientras la primera relación supone el efecto que logra un acto adecuado a su implementación objetiva; la segunda no guarda vínculos entre sí, podrían ser consecuencias diferentes de un mismo acto viciado.

⁵⁴⁷ . Ferrara, Francesco, *La simulación de los negocios jurídicos*, Revista de Derecho Privado, 3ª ed. Madrid, 1953, p. 19.

El acto jurídico, de acuerdo con el art. 1046 citado, se tiene por válido mientras no sea anulado por una sentencia judicial. Esto llevaría a creer que hay actos potencialmente válidos o sujetos a una condición resolutive inserta en el interés de las partes. Desde una mira diferente podría decirse que el acto es simplemente anulable, y hasta entonces ser, también, simplemente válido.

Así planteado, las diferencias están en los efectos, más que en la producción interna y regular del acto. De modo tal que, un acto cualquiera puede llegar a ser válido aun siendo imperfecto. Sin embargo, hay actos que para ser lícitos, necesitan adecuarse a los fines legales, sin que las partes puedan subordinarlos a sus propias disposiciones. Los actos que vulneren esa condición son nulos, y evidencian su ilegalidad.

Se pone aquí de contraste una nueva realidad: el acto ilícito no puede tolerarse por el orden jurídico, sea porque viola el interés público, un derecho subjetivo, una situación determinada o una simple o mera facultad. La invalidez cobra en este sentido una fisonomía punitiva. En rigor, el mismo Código Civil refiere a la "pena de nulidad" (arts. 1038 y 1061).

Esta construcción natural y constante del derecho civil, aunque con diversidad de enfoques y planificación en las categorías de irregularidades, vicios, nulidades, etc., tiene el valor de la unidad que cimienta como orden jurídico; pero cuando se trata de aplicarla a todas las ramas, y en especial, al derecho procesal, se observa cierta inadecuación fundada en los principios formativos que éste tiene y afirma como fundantes de su autonomía, que demuestran la escasa significación que tiene la nulidad en los negocios jurídicos respecto de la relación jurídica procesal.

Supongamos que se admitiere regir las nulidades procesales por las normas sustantivas: ello llevaría a tener una base rígida de orientaciones que en vez de fundarse en la flexibilidad tolerada en las formas, orquesta principios antitéticos basados en el orden público. De este modo, el orden interno que sostiene el principio dispositivo, y la publicización de proceso que le permite al juez fundamentar los principios superiores de orden, paz y convivencia social, se verían desfigurados por la rigidez abstracta de disposiciones que no tienen la vida y movilidad que luce en todas sus manifestaciones el proceso civil.

Por eso resulta más acertado eliminar la rigidez del derecho civil, sin descartar la unidad conceptual que ofrece con lograda experiencia. El fenómeno procesal estará en la conceptualización de sus principios y presupuestos, basados en la plena adaptación de la instrumentalidad de las formas a las necesidades que den y sirvan, para la eficacia del proceso.

4. La bilateralidad “atenuada”

La bilateralidad también puede ser una *regla* del proceso, según se mire con la necesidad de tener una controversia con posiciones distintas e intereses contrapuestos, siendo esto lo más importante a resolver.

Es sabido que cuando se golpean las puertas de los tribunales, quien atiende (el juez) pregunta al que llama: ¿quién es?, requiriéndole que acredite (legitimación) y fundamente (pretensión) la razón del llamado, el que a su vez no será oído sin llevar un orden técnico y formal (legalidad de las formas y representación). ¿Porqué no preguntar qué quiere? Quizás así podrían superarse muchas dificultades del acceso a la justicia.

Este planteo teórico tiene incidencia en los llamados procesos constitucionales, en particular, en el juicio amparo, el cual si bien es un proceso contradictorio (la controversia se entabla entre un sujeto que plantea la amenaza o lesión de sus derechos constitucionales, frente a una autoridad pública o un particular, que debe responder por el acto lesivo que produce), podría considerar que el problema está en el derecho afectado antes que en el padecimiento de lo individual y subjetivo.

En efecto, la premisa que tiene este proceso constitucional, precisamente, es proteger los derechos del hombre de las amenazas o agresiones directas o indirectas que el particular o el Estado con sus organismos centrales o descentralizados, autónomos o autárquicos, generen a través de los actos.

Si el foco a resolver queda centrado en las alegaciones de las partes, únicamente, la función constitucional del juez del sistema difuso, quedaría eludida por la probabilidad -que la jurisprudencia comprueba- de asignar al proceso las mismas reglas técnicas del proceso ordinario. Con lo cual, será más fácil rechazar sin más trámite, que introducirse en la cuestión fáctica y jurídica y analizar si existe o no violación constitucional. 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. Si este presupuesto se sostiene a pie juntillas, probablemente dos principios procesales queden desajustados con la finalidad del proceso de amparo: el principio dispositivo y el principio de bilateralidad.

Según el primero, el proceso es cosa de partes y el juez debe juzgar sin apartarse de lo propuesto en el marco de la demanda y la contestación,

esto es, de la congruencia que reclaman los escritos constitutivos del proceso. Por el segundo, la bilateralidad obliga a la contradicción dejando al proceso como una lucha entre partes con argumentos opuestos.

En el amparo 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.

Son los derechos de ella los que se protegen, pese al individualismo dominante que reporta todo procedimiento judicial. Es evidente que la naturaleza jurídica que se conceda al amparo influye en las conclusiones que se alcancen. Por ejemplo, si fuese el amparo un *recurso*, debiera aceptarse previamente su característica como proceso, pues los recursos procesales solamente operan en vía de revisión de decisiones que afectan el derecho de las partes. En cambio, si la idea se aísla y se localiza como un *derecho de petición*, la acción cobraría sentido únicamente como derecho de solicitar la intervención de las autoridades. Luego, el trámite *per se*, requiere de otras explicaciones. Si aceptamos la noción de *remedio*, en el sentido de revisión de resoluciones dictadas por el mismo órgano que las dicta, quedaría sin fundamento el amparo cuando se cuestiona una norma por inconstitucional, pues no habría revisión propiamente dicha, sino actuación directa. Cuando se habla del amparo como *petición o pretensión*, sobre un derecho fundamental cercenado, obligado resulta ver que, si es petición, se trazan paralelos con el derecho de acción, aun cuando debe agregarse el "derecho a la jurisdicción", es decir, a tener un proceso. Si fuera *pretensión*, habría *partes procesales*, pues ella se dirige al Estado y contra otro interés con el que ha de confrontar.

Ahora bien, el marco previsto en torno a las características del procedimiento, repara que debe tratarse de un trámite rápido y expedito, sencillo y eficaz. La celeridad es primordial, es cierto, pero deben respetarse los demás principios y garantías del "debido proceso". Por tanto, cuando se debate acerca de si la contestación a la demanda de amparo es o no un escrito por el cual se traba la *litiscontestatio*, teniendo en cuenta que no lleva una negativa puntual de los hechos que se alegan, puede observarse la dificultad para hallar los puntos precisos a resolver, esto es: los hechos controvertidos y el derecho aplicable.

La atenta lectura del artículo 8 de la Ley 16.986, no refiere a un "derecho a la controversia", pues la autoridad denunciada debe producir un informe circunstanciado acerca de los antecedentes y fundamentos de la

medida impugnada. Sin embargo decir que en el amparo no hay contradicción sería aventurado, pues constitucionalmente el artículo 18 consagra el derecho a la defensa en juicio de todas las personas.

Muchas veces se repite que el principio de bilateralidad no es absoluto, debiendo entenderse al conjuero de las posibilidades de ser oído y de producir pruebas que convenga a la situación que se quiere defender. De allí que la Corte Suprema de Justicia de la Nación haya declarado en reiteradas oportunidades que en el marco de esta clase de procesos debe respetarse el derecho de defensa en juicio de la parte demandada (⁵⁴⁸).

Teniendo en cuenta estas particularidades, descartando la unilateralidad del amparo, se acepta que en él existe una “bilateralidad atenuada”, solo que no se trata de controvertir al estilo del proceso común, negando o aceptando, sino aportando razones y fundamentos. Es cierto que la discusión se entabla en un trámite breve, predominantemente sumario y expedito, pero esta condición no le priva de oír ambas posiciones y juzgar conforme las potestades de control que el sistema constitucional al juez asigna.

5. Bilateralidad “inexistente”

El juego dialéctico del proceso establece la regla: *pido - escucho a la otra parte -resuelvo*. Es un orden preclusivo, que no admite alteraciones, salvo en el caso de las medidas cautelares que permiten trabajar con esta escala: *pido – resuelvo – notifico para garantizar el derecho a ser oído* (de allí que algunos lo juzguen inconstitucional cuando este derecho se reduce a la posibilidad de plantear recursos que no tienen la posibilidad de revertir o modificar en la misma instancia la precautoria dispuesta).

Con la aparición de las llamadas “medidas autosatisfactivas” aparece una regla distinta: *pido – resuelvo - ...* Como si no hubiera más que disponer, como si fuera un proceso no contencioso, del modelo de los voluntarios. Inclusive se las diferencia de las medidas cautelares, en cuyo caso la ausencia de bilateralidad, podría quedar suplida con la exigencia de una contracautela, lo que no quiere decir que se elimine; y aun se lo distancia del proceso monitorio donde la notificación surge después de la sentencia; pero no es este el problema a analizar.

Estas medidas, eluden la bilateralidad cuando se tornan irreversibles; y solamente la limitan cuando la urgencia admite tomar rápidas decisiones que el afectado al cumplimiento podrá cambiar, sustituir o modificar

⁵⁴⁸ . Fallos, 250:844; 250:204; 252:134; 254:286; 257:86, entre otros.

después de informarle la resolución, o poco tiempo después de cumplir con la medida.

La compatibilidad de las medidas autosatisfactivas con el derecho de defensa puede lograrse mediante dos tipos de argumentaciones. Dice Pico I Junoy, en esta corriente, que [...]: “a) En primer lugar, debe destacarse que el derecho a la defensa del demandado tan sólo se posterga o desplaza en el tiempo, como sucede en la tutela cautelar, en los procesos de ejecución o en el juicio monitorio, pero en ningún caso se elimina o limita. Al igual que sucede con la medida cautelar adoptada *inaudita parte*, en la medida autosatisfactiva también es posible que el demandado ejerza su derecho a la defensa si bien de forma diferida. Ello tendrá lugar, no en el proceso principal –como sucede con la medida cautelar- sino a través del recurso de apelación o la demanda de oposición que dará origen a un juicio declarativo posterior (⁵⁴⁹). Pese a la autonomía de esta medida, la misma no puede configurarse como un verdadero “proceso”, ya que si éste lo definimos como el mecanismo de resolución de conflictos, éste persistirá si el demandado formula su oposición. En cualquier caso se estará respetado su derecho a la defensa: si no se opone a la medida, habrá una renuncia tácita al mismo, y si se opone se estará materializando dicho derecho. No obstante, si configurásemos a la medida autosatisfactiva como un verdadero proceso autónomo, que concluyera con una sentencia definitiva susceptible de adquirir eficacia de cosa juzgada, muy probablemente sí existiría una eliminación del derecho a la defensa: entiendo que al adquirir este derecho el carácter de fundamental en nuestro sistema constitucional, debe garantizarse siempre en todo tipo de proceso, esto es, debe poder ejercitarse plenamente en cualquier tipo de juicio, con independencia de que se permita acudir, posteriormente, a otro proceso (⁵⁵⁰), por lo que la

⁵⁴⁹ . En este orden de ideas, Peyrano afirma que la opción al demandado de “promover un juicio declarativo de oposición [...] podría dar adecuada respuesta a las críticas que hacen base en que la medida autosatisfactiva involucraría un menoscabo para la garantía del debido proceso” (Peyrano, Jorge W., *Régimen de las medidas autosatisfactivas. Nuevas propuestas*, en “Medidas autosatisfactivas”, AAVV, obra dirigida por Jorge Walter Peyrano, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires / Santa Fe, p. 33).

⁵⁵⁰ . Por ello, Tarzia destacó la inadmisibilidad constitucional de “procedimenti speciali giurisdizionali che non solo in una loro prima fase, sommaria o sommarissima, ma per tutto il loro corso non prevedessero il contraddittorio tra le parti” (*Le garanzie generali del processo nel progetto di revisione costituzionale*, en “Rivista di diritto processuale”, 1998, n.º 3, p. 666). De igual modo, acertadamente mantiene Carocca Pérez que “la garantía constitucional de la defensa debe respetarse en todo proceso jurisdiccional y durante toda su tramitación” (*Garantía*

realización de un proceso -por muy urgente que fuese- con la sola audiencia de una parte comportaría, desde un punto de vista práctico o real, la eliminación en el mismo del principio básico de la bilateralidad, sin cual difícilmente podría hablarse de la existencia de un proceso (⁵⁵¹).

La jurisprudencia superior ha sido reticente y hasta contradictoria, pues aceptó tomar decisiones urgentes restringiendo la bilateralidad, pero cuando debió calificar a las medidas autosatisfactivas no tuvo reparos en señalar sus debilidades.

En la causa “*Kiper*”, la Corte Suprema de Justicia de la Nación dijo que adoptar una medida como la enunciada tenía los mismos efectos que si se hubiese hecho lugar a una demanda, y ejecutado la sentencia, cuando aquella demanda aún no se ha iniciado.

En el considerando 10) agregó: [...] “Constituye un claro exceso jurisdiccional, que importa, por lo demás, un menoscabo del derecho de defensa en juicio del Estado Nacional. En orden a ello, esta Corte ha señalado que los recaudos de viabilidad de las medidas precautorias deben ser ponderados con especial prudencia cuando la cautela altera el estado de hecho o de derecho existente al momento de su dictado, habida cuenta de que configura un anticipo de jurisdicción favorable respecto el fallo final

constitucional de la defensa procesal, Bosch, Barcelona, 1998, p. 78), por lo que si bien son constitucionalmente admisibles procedimientos en los que se difiere el trámite de defensa del demandado, “lo que debe quedar claro, es que en base al principio de proporcionalidad, atentaría contra el contenido esencial del derecho fundamental de defensa, que en esta clase de procedimientos no se contemplase ninguna posibilidad de las partes de obtener la revocación de la resolución, antes de su completa ejecución, es decir, se eliminase completamente la defensa, haciendo ineficaz la intervención de la parte. Asimismo, tampoco es admisible el argumento utilizado por el Tribunal Constitucional para reafirmar las limitaciones en los procedimientos sumarios, en cuanto a que podría siempre recurrir a un procedimiento ordinario posterior. Porque, según ya hemos puesto de manifiesto, la garantía debe ser apreciada siempre en cada proceso” (ob. cit., p. 328).

⁵⁵¹ . En este orden de ideas, Montero Aroca afirma que “la necesidad de oír a todas las partes es consustancial con la idea de proceso” (*Introducción al derecho procesal*, Tecnos, Madrid, 1976, p. 240); Gimeno Sendra mantiene que “el principio de contradicción, por ser consustancial a la idea de proceso, se encuentra implícito en todas las actuaciones del proceso civil” (*Fundamentos del derecho procesal*, Civitas, Madrid, 1981, p. 182); y finalmente, Berzosa Francos destaca que la “dualidad de posiciones, si se intenta construir un auténtico proceso, general el principio de audiencia” (*Principios del proceso*, en “Justicia”, 1992, II, p. 563).

de la causa (⁵⁵²), con el agravante, en el caso de autos, de que la causa ni siquiera ha sido promovida” (⁵⁵³).

Poco tiempo después, el Alto Tribunal ratificó en fallo de fecha 26 de octubre de 2004 (“*Bustos, Alberto Roque y otros c./Estado Nacional y otros s./amparo*”) [...]: “Que, finalmente, no se puede dejar de señalar la irritante desigualdad que ha producido entre los depositantes la desorbitada actuación de los tribunales inferiores, que por medio de medidas cautelares denominadas "autosatisfactivas" descalificadas por esta Corte (Fallos: 324:4520, considerando 9 y 10, y sus citas) provocaron un notable trastorno económico que incluso puso en riesgo la regularización de los compromisos asumidos por la Nación frente a organismos internacionales de crédito”.

“En efecto, los beneficiarios de esas medidas han obtenido un lucro indebido a costa del sistema, en definitiva del país, y de quienes encontrándose en similares circunstancias no solicitaron o no obtuvieron ese disparatado beneficio. Sin embargo, no cabía procesalmente la intervención de esta Corte frente a la sistemática violación del art. 15 de la ley 16.986, que dispone conceder en ambos efectos, vale decir, devolutivo y suspensivo, con suspensión de la ejecución de la sentencia. Los recursos de apelación interpuestos contra las decisiones que admiten el amparo, norma legal que no podía ser obviada mediante la concesión a las medidas cautelares de los efectos propios de la eventual sentencia; ni cuenta ahora con atribuciones para remediar esa desigualdad de hecho fuera de los recursos legales. Por lo tanto, la desigualdad es responsabilidad propia de los tribunales que dictaron y ejecutaron las medidas” (⁵⁵⁴).

⁵⁵² . Fallos: 316:1833; 320:1633, entre muchos otros.

⁵⁵³ . Fallos, 324:4520

⁵⁵⁴ . Fallos 327:4495, del 26 de octubre de 2004

JURISPRUDENCIA

*** Corte Suprema de Justicia de la Nación * Mendoza, Mario Raúl s/nulidad de mesas - Frente por la Paz y la Justicia. *23/04/2008**

- La garantía del art. 18 de la Constitución Nacional, en su aspecto más primario, se traduce en el principio de contradicción o bilateralidad, el cual supone, en sustancia, que las decisiones judiciales deban ser adoptadas previo traslado a la parte contra la cual se pide, es decir, dándole oportunidad de defensa

*** Corte Suprema de Justicia de la Nación * Ente Tripartito de Obras y Servicios Sanitarios c/COA construcciones y Servicios S. A * 18/12/2007 * Fallos, 330:5251.**

- Si la medida autosatisfactiva requerida es independiente de un juicio posterior y la cautelar dispuesta admitió la pretensión inaudita parte, de modo tal que la contraparte no tuvo posibilidad de ejercer su defensa la que, en su aspecto más primario, se traduce en el principio de contradicción o bilateralidad, la decisión que la concede constituye un exceso jurisdiccional en menoscabo del derecho de defensa en juicio.

*** Corte Suprema de Justicia de la Nación * Amodio, Héctor Luis s/causa N° 5530 * 12/06/2007 * Fallos, 330:2658.**

- El art. 18 de la Constitución Nacional exige observancia de las formas sustanciales del juicio relativas a la acusación, defensa, prueba y sentencia dictada por los jueces naturales, dotando así de contenido constitucional al principio de bilateralidad sobre cuya base, en consecuencia, el legislador está sujeto a reglamentar el proceso criminal (Disidencia de los Dres. Ricardo Luis Lorenzetti y E. Raúl Zaffaroni).

*** Corte Suprema de Justicia de la Nación * Partido Justicialista Distrito San Luis c/ Municipalidad de San Luis * 24/08/2004 * Fallos, 327:3510.**

- Con el fin de asegurar los principios de bilateralidad y defensa en juicio y evitar demoras -en mérito a la situación de crisis institucional denunciada en las actuaciones-, con arreglo a lo dispuesto en el art. 257 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, corresponde que la Corte Suprema disponga el traslado del recurso extraordinario si no fue sustanciado por el superior tribunal de la causa, el que tampoco se pronunció, pues no lo concedió ni lo desestimó.

*** Corte Suprema de Justicia de la Nación * Bravo, Roberto Oscar c/ Bendito, Aldo y otro * 19/08/2004 * Fallos, 327:3112.**

- De la regularidad de la notificación del traslado de la demanda depende la válida constitución de la relación procesal y la efectiva vigencia de principio de bilateralidad.

*** Corte Suprema de Justicia de la Nación * Méndez Casariego, Fernando del C. de Jesús c/ Administración Nac. de Seg. Social s/ despido * 29/04/2004 * Fallos, 327:1240.**

- La garantía de la defensa en juicio, en su aspecto más primario, se traduce en el principio de contradicción o bilateralidad que supone, en sustancia, que las decisiones judiciales deben ser adoptadas previo traslado a la parte contra la cual se pide, dándole oportunidad de defensa; máxime cuando se ha ejercido una de las más delicadas funciones que pueda encomendarse a un tribunal de justicia al declarar la inconstitucionalidad de una norma.

*** Corte Suprema de Justicia de la Nación * Compañía Papelera Sarandí S.A. y otro c/ Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires * 23/04/2002 * Fallos, 325:806.**

- La garantía del art. 18 de la Constitución Nacional, en su aspecto más primario, se traduce en el principio de contradicción o bilateralidad, el cual supone, en sustancia, que las decisiones judiciales deben ser adoptadas previo traslado a la parte contra la cual se pide, dándole oportunidad de defensa.

*** Corte Suprema de Justicia de la Nación * Costa de Gallino, Clara del Carmen s/ sucesorio * 21/05/2001 * Fallos, 324:1642.**

- Si bien lo atinente a la autorización de la venta de un inmueble de una sucesión es de naturaleza fáctica y de derecho procesal -normalmente extraña al remedio federal- ello no es óbice para habilitar la vía intentada y descalificar lo decidido cuando, se han resuelto temas con afectación de la garantía de la defensa en juicio en su aspecto más primario, cual es el principio de bilateralidad que supone -en sustancia- que las decisiones judiciales deben ser adoptadas previo traslado a la parte contra la cual se pide, es decir, dándole oportunidad de hacer valer sus defensas en el tiempo, lugar y forma previstos por las leyes procesales respectivas.

*** Corte Suprema de Justicia de la Nación * Cano Román, Alberto Damián c/ Suárez Freiría, Néstor José y otro * 19/09/2000 * Fallos, 323:2653.**

- La notificación del traslado de la demanda reviste particular significación, en tanto de su regularidad depende la validez constitucional de la relación procesal y la efectiva vigencia del principio de bilateralidad.

*** Corte Suprema de Justicia de la Nación * González, Edith Ema c/ Zimmerman, Abraham * 08/02/2000 * Fallos, 323:52.**

- La regularidad del acto de notificación de la demanda depende de la válida constitución de la relación procesal y la efectiva vigencia del principio de bilateralidad, por lo que cabe concluir la existencia del perjuicio por el solo incumplimiento de los recaudos legales que le son inherentes.

*** Corte Suprema de Justicia de la Nación * Chan, Queenie c/ Klein, Edgardo Alfredo * 23/02/1999 * Fallos, 322:179.**

- Corresponde dejar sin efecto la sentencia que desconoció eficacia al nuevo domicilio constituido por el demandado, con apoyo en que no había sido dictada la providencia judicial aprobatoria, si mediante un ciego ritualismo asignó al auto judicial la forma que correspondería a un acto de solemnidad absoluta que en modo alguno tiene apoyo en el art. 42 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, cuyo objeto es preservar el principio de bilateralidad al ordenar que se haga saber el nuevo domicilio a la contraria como recaudo para su eficacia, más que la providencia en sí recaída en la respectiva presentación.

*** Corte Suprema de Justicia de la Nación * Kehoe, Carlos Gabriel c/ Droguería del Centro S.A. * 01/04/1997 * Fallos, 320:448.**

- De la regularidad de la notificación del traslado de la demanda depende la válida constitución de la relación procesal y la efectiva vigencia del principio de bilateralidad.

*** Corte Suprema de Justicia de la Nación * Hernández, Elba del Carmen en J°: 126.638 Hernández, Elba del Carmen y Aristides del C.S. Hernández por sí y por sus hijos menores c/ Empresa "El Rápido" s/ daños y perjuicios * 08/03/1994 * Fallos, 317:167.**

- Es descalificable la sentencia que no valoró adecuadamente un planteo del interesado, en especial porque hubo debido resguardo del principio de bilateralidad - o sea que no se desconocieron ni acordaron derechos no debatidos ni se alteró el equilibrio procesal de los litigantes - .

*** Corte Suprema de Justicia de la Nación * Caja de Crédito Flores Sud Sociedad Cooperativa Limitada c/ Coelho, José y otra * 08/02/1994 * Fallos, 317:53.**

- Corresponde dejar sin efecto la sentencia que revocó una resolución por estimar que había existido contradicción entre sus fundamentos y su parte dispositiva, omitiendo considerar las afirmaciones de la recurrida en el sentido de que debía declararse su nulidad porque de lo contrario se afectaría su derecho a la doble instancia y se menoscabaría el principio de la bilateralidad del proceso.

*** Corte Suprema de Justicia de la Nación * Partido Justicialista Santiago del Estero s/ incompetencia * 07/07/1993 * Fallos, 316:1673.**

- Como regla general, no cabe a la Corte fundar de oficio su decisión en defensas no planeadas por la parte y que son ajenas a la regla iura curia novit, pues esto, en principio, vulnera el principio de bilateralidad y la garantía de defensa en juicio.

*** Corte Suprema de Justicia de la Nación * La Editorial SA. c/ Estado Nacional s/ daños y perjuicios * 10/11/1992 * Fallos, 315:2625.**

- La misión de los jueces no se cumple adecuadamente sino haciendo efectivo el derecho del art. 18 de la Constitución Nacional mediante el primado de la verdad jurídica objetiva, lo que los faculta a valerse de todas las constancias obrantes en la causa para esclarecer los hechos debatidos. El ocultamiento de esa verdad, la renuncia consciente a ella, no son compatibles con el adecuado servicio de justicia, sin que esto importe suplir la conducta omisiva de las partes ni vulnerar la bilateralidad del proceso (Disidencia del Dr. Carlos S. Fayt).

*** Corte Suprema de Justicia de la Nación * Cantos, José María c/ Santiago del Estero, Provincia de y/o Estado Nacional * 08/10/1987 * Fallos, 310:2074.**

- La ausencia de mención, en el escrito de ofrecimiento de la prueba testimonial a producirse fuera de la sede del juzgado o tribunal, de los profesionales autorizados para diligenciar el oficio (art. 453 del Código Procesal) no conduce sin más a declarar la caducidad del medio probatorio, toda vez que el recaudo omitido sólo apunta a un aspecto accesorio y formal el trámite procesal de la rogatoria y ajeno a la finalidad de control o bilateralidad que informa el precepto citado.

PARTE ESPECIAL III

REGLAS DEL PROCESO CIVIL

CAPÍTULO XVII

EL PRINCIPIO DE ECONOMÍA PROCESAL

CAPÍTULO XVIII

EL PRINCIPIO DE INMEDIACIÓN

CAPÍTULO XIX

LOS PRINCIPIOS DE LA ORALIDAD Y LA ESCRITURA

CAPÍTULO XVII

EL PRINCIPIO DE ECONOMÍA PROCESAL

1. Nociones Generales

El principio de economía procesal es una regla de los procedimientos. Como tal puede tener manifestaciones que orientan la tendencia que se quiere asegurar en la regularidad de la instancia. Podrá ser el acceso a la justicia en cuyo supuesto es relevante el tema de la *economía de gastos* de necesaria inversión para hacerse oír; o podrá ser el tiempo para las actuaciones con el objeto de lograr rapidez y celeridad en el camino hacia la sentencia; no se descartan ramificaciones del principio necesarias para implementar uno u otro objetivo, como sería acentuar la rigidez con otras reglas, así la preclusión, la concentración de actos procesales, la adquisición o el propio impulso procesal.

Sin embargo, cada una de ellas carecería de relevancia si la mirada fuera diferente. En efecto, recordemos que la voz de Cipriani criticando a Klein como artífice del principio, dijo que [...]: “Desde esta perspectiva, la celeridad, problema que siempre ha preocupado a todos los legisladores, asume en Klein un particularísimo relieve, hasta devenir en una característica esencial del proceso, atendiendo a que el Estado, en sede civil, si bien no tiene interés «en el objeto del litigio», tiene interés «en el modo en el cual éste se desarrolla»⁽⁵⁵⁵⁾. Aún más, él advirtió que, «a través de la estrecha relación entre vida y proceso, también la relación del proceso con el derecho material se vuelve más justa»⁽⁵⁵⁶⁾”.

“En el proceso de Klein, por lo tanto, «no debe haber tardanzas inútiles», ya sea porque el Estado tiene interés en deshacerse lo más rápido posible de la pretensión dirigida en su contra», como «porque el atasco de

⁵⁵⁵ . Son las célebres palabras de Chiovenda, *Le riforme processuali e le correnti del pensiero moderno*, (1907), en *Saggi*, cit., I, p. 385. Pero cabe observar que todos los legisladores tienen interés en el modo en que se desarrollan los procesos. Cfr. Cipriani, Franco, “*En el centenario del Reglamento de Klein*” (El proceso civil entre libertad y autoridad), en “*Rivista di diritto processuale*”, 1995, ps. 968-1004.

⁵⁵⁶ . Klein, *Vorlesungen*, cit., p. 10. Cfr. Cipriani, *passim*.

las causas que se reenvían distrae inútilmente su actividad»⁽⁵⁵⁷⁾. De aquí, un último corolario: en el proceso de Klein las partes no tienen ningún derecho a pedir reenvíos, teniendo en cuenta que sólo es el juez quien los dispone «si y cuando lo crea»⁽⁵⁵⁸⁾, «pero sólo en caso de absoluta necesidad»⁽⁵⁵⁹⁾.

“Se puede deducir que la posición kleiniana del proceso civil, al margen de argumentos previsibles como la sencillez, la rapidez y el bajo costo, que son perseguidos por todo legislador, presenta perfiles de indudable originalidad. Más aun ella, en la medida en que hace hincapié en el bien común, en la colaboración y en los altos valores sociales en relación a los cuales no se puede dejar de ser sensibles, se manifiesta muy sugestiva y, como lo demuestra el gran éxito alcanzado especialmente en Italia durante todo este siglo, provoca seguramente una gran fascinación. Mi impresión es, por el contrario, que ella es hija de su tiempo y que tal vez haya tenido, al menos en Italia, más fortuna de la que merecía y, además, de cualquier forma, que en la Italia de hoy día, vigente la Constitución de 1948, no sea posible seguirla”⁽⁵⁶⁰⁾.

La base de este discurso quita la necesidad de analizar al principio de economía porque piensa que el tiempo del proceso y la asunción de costos litigiosos, es una cuestión particular, propia y personal de quienes van a la justicia.

Es cierto que a partir de Klein se estudia el aspecto económico del proceso como “mal social”, y que la lentitud del proceso se vea como un factor distorsionante de la economía nacional; pero tomar desde ella consecuencias tan apocalípticas, como signar la cuestión en los parámetros de la privación de libertades, parece al menos, exagerado.

Ahora bien, la razón de esta polémica la presenta Chiovenda que asocia la cuestión con el principio del impulso oficial, basándose en la idea de que el Estado está interesado en la rápida definición de los litigios una vez que surgen; y que por esto, los órganos a cargo del trámite deben tomar la iniciativa de la pronta solución de los mismos [...]. “El principio opuesto parte de la idea de que el proceso civil es cosa de las partes, y de que éstas

⁵⁵⁷ . Así, compendiando el pensamiento de Klein, Chiovenda, *Le forme*, cit., p. 371. Cfr. Cipriani, *passim*.

⁵⁵⁸ . Así, en 1901, con una no bien disimulada incredulidad, Chiovenda, *Le forme*, cit., p. 371. Cfr. Cipriani, *passim*.

⁵⁵⁹ . Así, en 1909, con una disimulada complacencia, Chiovenda, *Lo stato attuale*, cit., ps. 418 y 419. Cfr. Cipriani, *passim*.

⁵⁶⁰ . Cfr. Cipriani, Franco, *Batallas por la justicia civil*, Cultural Cuzco, Lima, 2003, p. 63.

tienen derecho a disponer del tiempo de su tramitación y, a la vez, la carga de hacerse diligentes para llevarlo adelante” (⁵⁶¹).

Precisamente, la diversidad de enfoques ha tornado confuso el objetivo del principio, pues del significado de economía pueden surgir expansiones o reducciones conforme sea el interés de quien lo interprete.

2. Aspectos de la regla

En líneas generales el principio de mentas resuelve cuestiones de política procesal. Cada una en la dimensión de sus provechos incide en el dinero, el tiempo o el trabajo, según la clásica división de Guasp cuando separa el principio en la perspectiva social de tres objetivos: “el proceso tiene que ser barato, rápido y sencillo” (⁵⁶²).

Eisner, quien en nuestro país más se ocupó del tema, sostiene que [...]: “El principio de economía procesal debe ser estudiado a través de las soluciones normativas y de los arbitrios judiciales en cuya virtud se procura asegurar:

“a) *La celeridad en los trámites*: mediante la abreviación de los plazos; la perentoriedad de los términos; la preclusión de las etapas procesales; la limitación de los recursos; la agilización del régimen de notificaciones; etcétera.

“b) *La concentración de los actos –y diligencias–*: mediante la realización simultánea de actos compatibles; la aproximación temporal de las actividades probatorias; la unificación de personería; la acumulación de acciones y de procesos; el fuero de atracción; la “perpetuatio jurisdictionis”; etcétera.

“c) La proposición conjunta de acciones, defensas, pruebas y recursos esgrimidos en subsidio por razón de la *eventualidad*.

“d) La eliminación de vicios y defectos que obstan a la recta y ordenada estructura de la relación procesal, o sea, el *saneamiento*, mediante el ejercicio de facultades judiciales aptas para prevenir y evitar nulidades.

⁵⁶¹ . Chioyenda, José, *Principios de derecho procesal civil*, Tomo II, Reus, Madrid, 1977, p. 237.

⁵⁶² . Guasp, Jaime, *Derecho Procesal Civil*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1961 (2º ed.), p. 26.

“e) La *elasticidad* de las formas y tipos procesales, que permita adecuar el sistema y modalidad del debate conforme a las necesidades de la litis que se ventila.

“f) La depuración del proceso, mediante la *fijación preliminar de los hechos controvertidos susceptibles de prueba*; el rechazo *in limine* de las acciones y defensas manifiestamente inadmisibles, de las pruebas inconducentes, irrelevantes e inútiles o superfluas y de los incidentes ostensiblemente infundados.

“g) La *moralización del proceso* mediante la exigencia de acatamiento a los deberes de probidad, lealtad y buena fe por parte de los litigantes y profesionales, asegurada con las facultades disciplinarias, sancionatorias y compulsivas otorgadas al órgano judicial que eviten articulaciones dilatorias y maliciosas.

“h) Todas aquellas previsiones que conducen al *abaratamiento de los gastos* y dispendios abundantes, innecesarios o prescindibles y que descargan o liberan de imposiciones fiscales o causídicas; etcétera”⁽⁵⁶³⁾.

En cambio Palacio, apegado a la necesidad de abreviar y simplificar los procedimientos, sostiene que el principio se acota a la preocupación de evitar la irrazonable prolongación de los trámites, a cuyo fin constituye de especial importancia atender las variables que la regla tiene a través de la concentración, la eventualidad, la celeridad y el saneamiento procesal⁽⁵⁶⁴⁾.

La contraposición se muestra a los fines de comparar el destino que tiene el principio de economía conforme se ocupa la doctrina más calificada. En este aspecto, Chiovenda le dedicó muy poco interés porque pensaba que solamente tenía un fin utilitarista⁽⁵⁶⁵⁾; en cambio otros como Couture, Rocco y Clemente Díaz, apuntaron al sentido político que adoptaba como poder – deber del juez en la realización del proceso⁽⁵⁶⁶⁾.

Unos y otros, a la vez, no han cambiado el “nomen juris” de la regla, la que nos resulta confusa y proclive a malos o dispares entendimientos.

⁵⁶³ . Eisner, Isidoro, *Planteos Procesales*, La Ley, Buenos Aires, 1984, ps. 119/120. Cfr. del mismo autor La Ley, 146-879 y ss.

⁵⁶⁴ . Palacio, Lino E., *Derecho Procesal Civil*, Tomo I, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1979 (2ª ed. 1ª reimpresión), p. 285.

⁵⁶⁵ . Chiovenda, *Principios...*, cit., p. 154.

⁵⁶⁶ . Díaz, Clemente A., *Instituciones de derecho procesal*, Tomo I, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1968, p. 243; Couture, Eduardo J., *Fundamentos del derecho procesal civil*, Depalma, Buenos Aires, 1987 (3ª ed. póstuma), p. 189; Rocco, Alfredo, *La interpretación de las leyes procesales*, trad. de Mariano Ovejero, México, s/f, p. 333.

Dicho esto en el sentido de observar que el problema de la onerosidad de la justicia no es una cuestión que deba ser resuelta por el principio; como sí es menester profundizar los temas de la simplificación del trámite, para hacerlo más rápido, útil y efectivo, a tono con las exigencias actuales del debido proceso, y específicamente, con la garantía del plazo razonable.

Con esta división temática nos dedicaremos en más a desarrollar los contenidos.

3. El principio de economía de gastos

Los gastos en el proceso son consecuencia natural de la inversión requerida para demostrar razones y fundamentos que permitan persuadir al juez sobre el derecho a la sentencia favorable. El costo no está necesariamente vinculado a los principios del proceso y menos aun a las garantías, sin embargo, se relacionan íntimamente cuando el pago de aranceles se impone como una condición para el progreso de la causa (v.gr.: la integración del anticipo de gastos fijados para la realización de la pericia; el depósito previo a la admisión del recurso de queja; etc.), en cuyo caso, el principio reconoce antecedentes en el derecho romano, y dentro de él con el instituto de las costas. También, cuando lo económico supone restringir la entrada a los tribunales, comienzan a encontrarse violaciones al debido proceso, y en este aspecto, la noción de acceso a la justicia libre y sin restricciones, plantea la necesidad de repensar si los gastos causídicos son adecuados al pensamiento que sostiene que, siendo la jurisdicción una atribución del Estado sustitutiva de la voluntad de los particulares para la actuación de la ley, la obligación de responder a cargas económicas para lograr el desenvolvimiento de los jueces, es contrapuesto con los deberes institucionales que debe llevar a cabo (⁵⁶⁷).

⁵⁶⁷ . Destaca Cappelletti que, “la solución judicial de los conflictos es muy onerosa en la mayoría de los países. Porque si bien los gobiernos pagan los servicios y el mantenimiento de la administración de justicia; los litigantes deben cargar con la mayor parte de los gastos, incluido los honorarios profesionales. La magnitud del costo es notable en el derecho norteamericano, que no obliga a la parte perdedora a abonar los honorarios del abogado vencedor. Pero también la onerosidad constituye un obstáculo en los países donde se imponen las costas al vencido. Allí, a menos que el futuro litigante tenga la seguridad de ganar el juicio, lo cual es improbable por la incertidumbre misma del resultado, debe afrontar el riesgo de la litigiosidad de la misma manera que en los Estados Unidos”.

“La condena en costas, en los países que la imponen al vencido, es aproximadamente dos veces mayor porque aquél debe pagar también los honorarios de su abogado. Además, en algunos países, como sucede en Gran Bretaña, el actor no

El caso de las imposiciones anticipadas para acceder al proceso (v.gr.: tasa de justicia), o los sometimientos tributarios o impositivos que nada se relacionan con los gastos causídicos originados en y por el proceso jurisdiccional (v.gr.: anticipos de honorarios; bonos de contribución forzada para el financiamiento de los colegios de abogados o sus cajas de previsión social), trazan en el campo de los principios la necesidad de aplicar una “economía de gastos”, siguiendo para ello el criterio de que [...] “la prestación de la actividad jurisdiccional del Estado no puede ser gratuita, y aunque su onerosidad pueda ser diferida o eximida por el carácter social del litigio, el costo de la actividad procesal no debe transformar el proceso en un artículo suntuario, al alcance solamente de las personas pecuniariamente pudientes” (⁵⁶⁸).

La gratuidad del proceso es antagónica con la onerosidad judicial e inclusive distante con los mecanismos judiciales previstos para la ordenación de las causas. En Estados Unidos, por ejemplo, el régimen de las costas no sigue el principio de imposición al vencido, sino que aplica la regla que reparte los gastos entre el vencedor y el perdedor, en virtud de la cual, cada una soporta los gastos procesales en que ha incurrido, incluido los honorarios de los abogados, a no ser que se establezca algo distinto por normas especiales (⁵⁶⁹). En América Latina, en cambio, el *civil law* regula el mecanismo de los gastos produciendo equilibrios con los beneficios de litigar sin ellos cuando se acredita y prueba la imposibilidad de afrontarlos.

Sin embargo, la justicia dista de ser gratuita, de manera que el principio de economía viene a poner un equilibrio en la imposición.

Santo Tomás de Aquino en la *Summa Theológica* había descrito ya la necesidad de proveer la retribución de los jueces por parte del soberano sin derivar la carga a la contribución de los particulares. Ello obraría en favor

puede, frecuentemente, calcular el riesgo por las costas, en caso de perder el pleito, porque los honorarios profesionales varían mucho. Finalmente, en otros países, algunas veces los demandantes deben dar caución antes de iniciar un juicio”.

“Por esos motivos, cabe preguntar si las legislaciones que le imponen las costas al vencido no oponen obstáculos tan grandes como los del derecho norteamericano. Cualquiera sea el monto, está claro que los altos costos, a pagar por una o ambas partes, constituyen uno de los peores obstáculos para el ‘acceso a la justicia’”(Cappelletti, Mauro -Garth, Bryant, *El acceso a la justicia*, Colegio de Abogados de La Plata, 1983, ps. 25/6.)

⁵⁶⁸ . Díaz, ob. cit., p. 245.

⁵⁶⁹ . Hazard, Jr., Geoffrey - Taruffo, Michele, *La Justicia Civil en los Estados Unidos*, trad. de Fernando Gascón Inchausti, Thomson – Aranzadi, Navarra, 2006, p. 112.

del crédito y decoro del príncipe, y favorecería la independencia de la magistratura y el prestigio de la administración de justicia. Una opinión contraria, significaría tanto como alentar una peligrosa diferencia en favor de aquéllos que tienen mayor poderío económico.

De todas maneras, el sistema se aplicó; por lo que la onerosidad judicial llevó a vibrantes reflexiones, como las expuestas por Alcalá Zamora y Castillo quien, al destacar los fundamentos de Santo Tomás, decía que [...]: “Contra todas esas evidencias el sistema opuesto se afirmó, por prácticas codiciosas y arbitraristas del erario público en penuria de los reyes, que acudió al expediente, convertido en sistema, y ésta en teoría de los “oficios enajenados”, no sólo ahorro de gastos sino fuente de ingresos para la Hacienda, aunque con el riesgo de autorizar exacciones abusivas sobre los particulares” (⁵⁷⁰).

La reflexión, no obstante señalar una crítica al mecanismo, en realidad destacó el punto diferencial exacto en que debían separarse las obligaciones del Estado de sostener una administración jurisdiccional autónoma e independiente y aquéllas que debían ser soportadas por el ciudadano por el “uso” del servicio judicial del cual disponía.

El “interés” del pleito y la “calidad” aforada de alguna de las partes llevó a pensar que cierto tipo de procesos gozaban del beneficio de gratuidad, v.gr.: si la trascendencia de los hechos y los posibles resultados a obtener presumían un verdadero interés constitucional, el interés privado se postergaba pero lograba, a cambio, la exención de tributar por el trámite cumplido. En otros procesos, si intervenían agentes auxiliares de la justicia, como el Ministerio Fiscal o Pupilar, o peritos, etc., el pleito limitaba sus costos en la medida de la función que sustituían estos técnicos de la justicia.

Pero este cuadro de situación era injusto e inequitativo pues quedaba sometido a la influencia de variables de posible modificación por el transcurso del tiempo, sumiendo en crisis al sistema por la misma inseguridad que tenía como base.

Desde otra perspectiva, aquéllos que defendieron la tesis de la gratuidad de la justicia, aplicaron al criterio del “uso del servicio judicial” una doctrina de corte administrativista diciendo que, si la Administración de Justicia constituye al fin de cuentas un servicio público, los usuarios de este servicio, es decir, los litigantes, no deben pagar cantidad alguna por su

⁵⁷⁰ . Alcalá Zamora y Castillo, Niceto, *Gratuidad de la justicia y costas*, JA 945-IV p. 29.

utilización del mismo modo que los transeúntes de una ciudad no pagan los gastos de pavimentación de las calles cada vez que hacen uso de las mismas (⁵⁷¹).

La depuración ideológica y el desarrollo de experiencias comparativas y estadísticas demostraron que la gratuidad de la justicia traía mayores complicaciones que soluciones al problema del acceso a la justicia.

En primer término, extremaba el esfuerzo del servicio jurisdiccional ante el crecimiento geométrico de la litigiosidad. Luego, la ausencia de otro tipo de consecuencias a las del simple hecho de perder el pleito, animaba los excesos del justiciable aventurado que llevaría al proceso al plano del ilícito procesal o del abuso del proceso (⁵⁷²).

Finalmente, la consideración expuesta se alejaba de la raíz histórica del instituto, principio básico según el cual las costas son, ante todo, una sanción de conducta procesal, que en el orden civil, por destacarse tanto el interés privado, refunden la indemnización con el castigo (⁵⁷³).

3.1 La tasa de justicia y el principio de economía

La cuestión planteada sobre la “gratuidad de la justicia”, no puede eludir el tratamiento de imposiciones de carácter económico que se deben afrontar para tramitar un proceso judicial. En efecto, el acceso a la justicia es una de las más preocupantes situaciones que desafía nuestro sistema judicial. No se trata, únicamente, de tener jueces ni de ofrecer un proceso abierto hacia cualquiera porque no es éste el problema; la dificultad tiene connotaciones sociológicas, como la desconfianza en el Poder Judicial, y otras contrariedades, como el desconocimiento de los derechos. 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.

Donde queremos focalizar la cuestión, es 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

⁵⁷¹ . Cfr., Guasp, ob. cit., p. 1168.

⁵⁷² . Gozaíni, Osvaldo A., *La conducta en el proceso*, Platense, 1988, p. 186.

⁵⁷³ . Alcalá Zamora y Castillo, ob. cit., p. 30. Cfr. Gozaíni, Osvaldo A., *Costas Procesales*, Tomo I, Ediar (3ª ed.), Buenos Aires, 2007, p. 5

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 obstáculos 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.

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;

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.

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 delimitan 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 (⁵⁷⁴).

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.

Esta característica ha llevado a encontrar en la tasa, denominada genéricamente como tal, la categoría de impuesto (⁵⁷⁵). En consecuencia se podría afirmar que se trata de un gravamen, siendo el hecho configurador de tal obligación fiscal el requerimiento de la administración de justicia.

Empero, 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 al conflicto, y no se suscita con la petición de parte.

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 lleva 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.

⁵⁷⁴ . CS, 8/02/2000, “*Lacabe, Enrique A. c. Ministerio de Justicia de la Nación*”, La Ley, 2001-B, 629 - DJ, 2001-1-550).

⁵⁷⁵ . Giuliani Fonrouge, Carlos M. – Navarrine, Susana C., 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.

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 (⁵⁷⁶). 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.

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: *a)* No se individualiza el servicio prestado; *b)* no hay presunción de riqueza; *c)* inexistente la razonabilidad del tributo; *d)* puede ser confiscatorio; *e)* debe guardar relación entre el monto y el servicio.

3.2 El principio de economía en la Corte Interamericana

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

⁵⁷⁶ . CS, 11.11.1997, “*Camape S. R. L. c. Ministerio de Salud y Acción Social*”, La Ley, 1999D, 819, J. Agrup., caso 14.143).

Poder Judicial cumple una obligación –constitucional- por cierto, cual es la de impartir justicia en un proceso (⁵⁷⁷).

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 (⁵⁷⁸).

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.

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*”, mayo 28-974, Act. 20019). Al aceptar que la llamada *tasa* funciona como *impuesto* es más lógica su obligación y se adaptaría mejor al modelo diseñado.

Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos dio una respuesta puntual que abre expectativas, si nos atenemos al temperamento

⁵⁷⁷ . 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.

⁵⁷⁸ . Conclusiones de las XV Jornadas Latinoamericanas de Derecho Tributario, celebradas en Caracas (Venezuela) en el año 1991.

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 [...] (⁵⁷⁹).

“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 (⁵⁸⁰). Así las cosas, este Tribunal no encuentra fundamento para considerar que el Estado ha incumplido el artículo 2 de la Convención porque su orden

⁵⁷⁹ . *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.

⁵⁸⁰ . *Ekmedjian, Miguel Angel c/ Sofovich, Gerardo y otros*, Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, Caso N°. E.64.XXIII, Sentencia del 7 de julio de 1992.

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”.

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.

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 (⁵⁸¹). 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, consiguientemente, 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

⁵⁸¹ . 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, pág. 32; *Caso de Nacionales Polacos de Danzig* (1931), Series A/B, No. 44, pág. 24; *Caso de las Zonas Libres* (1932), Series A/B, No. 46, pág. 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.

a la justicia del señor Cantos, y en síntesis, viola los artículos 8 y 25 de la Convención (⁵⁸²).

Resumiendo, la cuestión se puede enfocar en la puerta de entrada al proceso, y desde aquí también señalar ángulos diversos. El principio de economía propicia resguardar el derecho a ser oído en igualdad de oportunidades, a cuyo fin el costo del servicio judicial se puede presentar como una *tasa retributiva de servicios* (⁵⁸³), 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.

4. El principio de economía de esfuerzos

La otra vertiente del principio estaciona en la simplificación de los trámites y en la facilitación de las actividades, diseñando en cada orden, una serie de reglas que se amoldan al trámite donde se insertan.

La doctrina suele dividir la regla en dos campos. Por un lado transitan los cánones para el desenvolvimiento de las actuaciones, ordenando el régimen hasta llegar a la sentencia; y por otro se presenta la cuestión de política procesal consistente en disponer quien o quienes son los obligados a cumplir con el mandato de la economía y aceleración de los tiempos del litigio.

⁵⁸² . Consid. 55: 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.

⁵⁸³ . La Ley 23.898 define a la obligación tributaria como tasa retributiva de servicios y no como impuesto.

4.1 Principio de eventualidad

Esta regla solo funciona en los modelos de procedimiento por etapas regidas por el principio de preclusión. Por eso, quedan al margen aquellos mecanismos sustanciados con el régimen de “unidad de vista”, llamado también de “indivisibilidad”, donde los distintos actos que integran el proceso no se hallan sujetos a un orden consecutivo riguroso, de manera tal que las partes pueden, hasta el momento en que el tribunal declara el asunto en condiciones de ser fallado, formular peticiones, oponer defensas y proponer elementos probatorios que no se hicieron valer en un período anterior (⁵⁸⁴).

El modelo romano – canónico que rige nuestro sistema, contiene un orden dispuesto para el trámite que resuelve con el *principio de eventualidad* una prohibición expresa: todas las alegaciones que sean propias de las etapas por las que atraviesa la controversia se deben presentar en forma simultánea y no sucesiva, de manera que, como dice Palacio [...], “en el supuesto de rechazarse una de ellas, pueda obtenerse un pronunciamiento favorable sobre la otra u otras, que quedan planteadas *in omnem eventum*” (⁵⁸⁵).

Por ejemplo, con la contestación de la demanda se debe acompañar la prueba documental que se tenga, y ofrecer los medios de confirmación que se quieran utilizar en la etapa probatoria; todas las excepciones se deducen simultáneamente con la resistencia a la pretensión; el recurso de nulidad por defectos de la sentencia queda comprendido en el de apelación; la reserva de la cuestión federal se practica en los escritos postulatorios; etc.

La regla defiende la previsión judicial y la seguridad jurídica, evitando la sorpresa de innovaciones o defensas que no fueron articuladas oportunamente, por lo que sufre la resistencia de cierto sector de la doctrina cuando el proceso tiene extensiones en el principio de congruencia.

También el principio recepta la llamada “acumulación eventual” que permite reunir en una misma pretensión, soluciones alternativas. Si una se deniega, se pide la segunda planteada en auxilio. Testimonian el caso, el recurso de reposición con apelación en subsidio; la interposición simultánea de recursos extraordinarios locales y el federal cuando se duda quién es el Tribunal Superior de la Causa, y pocas más.

⁵⁸⁴ . Parra Quijano, Jairo, *Derecho Procesal Civil*, Tomo I (Parte General), Temis, Bogotá, 1992, p. 9.

⁵⁸⁵ . Palacio, ob. cit., p. 287.

Dice Peyrano que algunas veces se han alzado contra el principio de eventualidad, calificándolo como exageración artificial del de preclusión, fundándose en el hecho de que su vigencia constriñe a los litigantes prudentes a interponer *in limine* numerosas cuestiones por temor a perder luego la oportunidad de plantearlas, con lo cual, a veces, se complica inútilmente el proceso (⁵⁸⁶). Calamandrei prefería el llamado “principio de la preclusión elástica de las deducciones” (⁵⁸⁷) conforme al cual se podían reservar ciertas articulaciones o defensas que se aplicarían en caso de que las principales peticiones fuesen rechazadas, de manera que con el sistema, se evitaba sobrecargar al proceso con una pluralidad de pretensiones subordinadas.

No obstante al cerrar su exposición creyó que [...]: “Este sistema, si de un lado tiene la ventaja de luchar eficazmente contra la táctica de dar largas de aquellos litigantes de mala fe que tenderían a conservar los mejores argumentos para las sorpresas de última hora, puede, de otro lado, constituir un peligroso incentivo para la complicación y para la multiplicación inicial de las defensas; porque las partes, por exceso de prudencia, pueden ser inducidas a utilizar, desde el principio del proceso, un aparato imponente de deducciones en el cual las razones más sólidas se encontrarán juntas con los más sutiles virtuosismos curialescos” (⁵⁸⁸).

JURISPRUDENCIA COMPLEMENTARIA

*** Corte Suprema de Justicia de la Nación * Aguas Argentinas S.A. c/Ente Tripartito de Obras y Servicios Sanitarios s/proceso de conocimiento * 17/04/2007 * Fallos, 330:1649.**

⁵⁸⁶ . Peyrano, Jorge Walter, *El proceso civil*, Astrea, Buenos Aires, 1979, ps. 275/6. Allí cita a Calamandrei cuando sostiene que: “El sistema de la preclusión puede presentar el grave inconveniente de hacer indispensable la adopción del principio de eventualidad, en fuerza del cual las partes, para no perder la facultad de hacer las deducciones de mérito y de rito que puedan aparecer antes o después como útiles a su defensa, deben proponerlas todas ellas acumulativamente en el término preclusivo señalado a tal objeto, aun cuando alguna de las mismas, destinada a ser hecha valer sólo en vía subordinada, esto es, sólo en la eventualidad de que las otras deducciones propuestas en vía principal no sean aceptadas, no presente interés actual en el momento en que es propuesta” (Calamandrei, Piero, *Instituciones de derecho procesal civil*, volumen 1, Ejea, Buenos Aires, 1986, p. 391)

⁵⁸⁷ . Ob. cit., p. 386.

⁵⁸⁸ . *Ibidem*, p. 392.

- En la interpretación de las cláusulas del Régimen Tarifario de la Concesión (Anexo VII del contrato aprobado por el decreto 787/93), la magnitud de los intereses en juego le impone actuar de modo tal de prever cualquier eventualidad que pudiese incidir negativamente en el resultado económico del contrato, adoptando a ese efecto las diligencias apropiadas que exigían las circunstancias de persona, tiempo y lugar y si la oferente incurrió en error en la interpretación de las cláusulas contractuales, éste provendría de un acto propio que impide su invocación.

*** Corte Suprema de Justicia de la Nación * Blumberg, Axel Damián s/ secuestro extorsivo * 28/02/2006 * Fallos, 329:373.**

- La separación o desdoblamiento efectuado por el tribunal federal de un proceso que debe ser analizado conjuntamente debido a la existencia de una apelación parcial ha generado que por distintas vías -recursiva y de contienda de competencia- la cuestión sea sometida al análisis de la Cámara de Casación, circunstancia que obra en desmedro del principio de celeridad, ante la eventualidad de decisiones contradictorias que necesariamente implicarían una mayor dilación en el trámite del expediente, y que sólo puede ser aventada con una rápida solución del conflicto.

*** Corte Suprema de Justicia de la Nación * Dimensión Integral de Radiodifusión S.R.L. c/ San Luis, Provincia de s/ daños y perjuicios * 14/10/2004 * Fallos, 327:4295.**

- Es derivación y exigencia del principio de preclusión, consagrado en el art. 155 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, el de eventualidad, que exige el aprovechamiento integral en cada instancia procesal de las defensas que se pretende hacer valer.

*** Corte Suprema de Justicia de la Nación * Yacimientos Petrolíferos Fiscales c/ Mendoza, Provincia de s/ repetición * 14/10/2004 * Fallos, 327:4317.**

- Es derivación y exigencia del principio de preclusión, consagrado en el art. 155 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, el de eventualidad, que exige el aprovechamiento integral en cada instancia procesal de las defensas que se pretenden hacer valer, por lo que no cabe hacer reservas al respecto cuando existe obligación de pronunciarse.

*** Corte Suprema de Justicia de la Nación * Obra Social del Sindicato de Mecánicos y Afines del Transporte Automotor c/Pavia Automotores S.A. * 04/03/2003.**

- La eventualidad de que quede reconocido que la recurrente se encuentra exenta de la tasa de justicia, no obsta a que, como requisito de admisibilidad de la presentación directa, deba satisfacerse el depósito previsto por el art. 286 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, máxime si se considera que el

ordenamiento de rito prescribe su devolución si la queja fuese declarada admisible (Disidencia de los Dres. Julio S. Nazareno, Augusto César Belluscio, Antonio Boggiano y Juan Carlos Maqueda).

*** Corte Suprema de Justicia de la Nación * Arisnabarreta, Rubén José c/ Estado Nacional (Ministerio de Educación y Justicia de la Nación) * 21/05/2002 * Fallos, 325:1096.**

- Para la admisibilidad del recurso ordinario de apelación el valor disputado en último término debe ser ponderado en forma autónoma para cada apelante, sin tener en cuenta la eventualidad del progreso del recurso ordinario de la otra parte, no obstante ello cuando se presentan determinadas particularidades, aplicar estrictamente la regla general importaría un excesivo rigor formal incompatible con el adecuado ejercicio del derecho de defensa en juicio.

*** Corte Suprema de Justicia de la Nación * Villasante, Agapito Acosta c/ Serrago, Marcela Patricia y otros * 27/03/2001 * Fallos, 324:848.**

- La interposición del recurso de reposición y también del recurso extraordinario contra la resolución que dispuso el monto sobre el cual debían calcularse los honorarios profesionales no ha importado subordinar la suerte del recurso extraordinario a la decisión del recurso de reposición, ya que la vía procesal así escogida era la única posibilidad para la eventualidad de que el primer recurso fuera desestimado por la cámara, de modo que la desestimación del remedio federal por un motivo formal resulta inadmisibile (Voto del Dr. Gustavo A. Bossert).

*** Corte Suprema de Justicia de la Nación * Obra Social del Sindicato de Mecánicos y Afines del Transporte Automotor c/ Rovira, Roberto Horacio * 24/08/2000 * Fallos, 323:2186.**

- La eventualidad de que prospere el recurso extraordinario y que, en esa hipótesis -de ser revocada la sentencia de cámara-, quede reconocido que la recurrente se encuentra exenta de la tasa de justicia, no obsta a que, como requisito de admisibilidad de la presentación directa, deba satisfacerse el depósito previsto por el art. 286 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, máxime si se considera que el ordenamiento de rito prescribe su devolución si la queja fuese declarada admisible.

4.2 Principio de concentración

Esta regla tiende a dar operatividad al principio general de la economía procesal reuniendo la mayor cantidad de actos procesales en una o pocas actuaciones. La acumulación se opone a la dispersión, de modo tal que el sistema pensado para el trámite resulta esencial para este cometido.

En los procesos por audiencias, como el vigente en la justicia federal, se observa en el desarrollo de la audiencia preliminar (art. 360, CPCC); mientras que el avance por esclusas, propio del procedimiento escrito, asienta en la etapa probatoria la finalidad que el principio persigue.

Por eso decía Alsina que [...]: “El concepto de concentración expresa el hecho de que toda la actividad procesal, o por lo menos la recepción de la prueba, se realice en una o en pocas audiencias próximas, a fin de que el juez pueda adquirir una visión de conjunto y se encuentre en condiciones de dictar enseguida su sentencia; desde este punto de vista, la concentración es un complemento de la inmediación, porque supone la presencia en la audiencia de las partes, el juez, los testigos, peritos, etc.”⁽⁵⁸⁹⁾.

También fue Alsina quien le dio al principio una extensión diferente, al señalar que en el proceso de aceleración del trámite era posible eliminar actuaciones que no fueran indispensables, y adoptar otras medidas destinadas a suplir omisiones de las partes o más convenientes para regularizar el procedimiento⁽⁵⁹⁰⁾.

La concentración como regla para la “unidad de vista” parece importante para la economía de esfuerzos en el proceso civil, pero la eficacia de ella va a depender, antes que de la simplificación por unificación de actos, de la inmediación que concrete el juez con la concentración dispuesta.

JURISPRUDENCIA COMPLEMENTARIA

*** Corte Suprema de Justicia de la Nación * V. , L. E. s/inscrip. de nacim. – guarda * 26/02/2008.**

- A los fines de entender en la guarda con fines de adopción, teniendo como fin resguardar los derechos de la menor, dado el tiempo transcurrido desde el inicio de las actuaciones- más de siete años-, debe prevalecer la competencia del juez del domicilio donde ésta vive efectivamente, solución que contribuye a una mejor protección de sus intereses, ya que favorece un contacto directo y personal con el órgano judicial, y una mayor concentración y celeridad en las medidas que pudiere corresponder tomar en beneficio de la incapaz.

⁵⁸⁹ . Alsina, Hugo, *Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial*, Tomo I, Ediar, Buenos Aires, 1957, p. 461.

⁵⁹⁰ . *Ibídem*, p. 461.

*** Corte Suprema de Justicia de la Nación * Frappa, Alejandra Florencia s/internación * 09/10/2007.**

- El juez del lugar donde se encuentra internado el presunto incapaz es el más apto para conocer en el trámite vinculado toda vez que, por un lado, su intervención coadyuva al control directo y personal del órgano judicial del afectado por la medida, y, de otro, favorece la concentración en ese marco de todas las diligencias médicas destinadas a determinar su estado de salud, la eliminación de trámites procesales superfluos y onerosos como la prolongación excesiva de los plazos en la adopción de decisiones vinculadas a la libertad ambulatoria del individuo, aspectos vinculados a los principios de inmediatez y economía procesal, sin perjuicio de que a posteriori resuelva declarar su incompetencia o, en su caso, requiera la competencia del juez del domicilio del causante a los fines previstos en el art. 5º, inc. 8º, segundo párrafo, del código de rito si así lo estimare pertinente.

*** Corte Suprema de Justicia de la Nación * B., J. M. s/guarda judicial solicitada por Hipólito Lorenzo Subelza * 05/09/2006 * Fallos, 329:3839.**

- Si los guardadores se domicilian con la menor en una localidad de la Provincia de Buenos Aires resulta competente el juez local, ya que ello contribuye a una mejor protección a los intereses de la menor, ya que favorece un contacto directo y personal del órgano judicial con la niña, y con sus pretensos adoptantes, quienes se encuentran a su cargo, y a una mayor concentración y celeridad en las medidas que pudiere corresponder tomar en beneficio de la incapaz.

*** Corte Suprema de Justicia de la Nación * Pirovani, Jorge Antonio c/ Estado Nacional - Min. de Trabajo, Empleo y Formación de Recur. s/ medida cautelar * 09/05/2006 * Fallos, 329:1611.**

- El hecho de que no se configure una identidad total en relación a los sujetos involucrados y al objeto inmediato de los juicios, no obsta para que, aún cuando faltare alguno de estos elementos, proceda su concentración ante un mismo juez si se evidencia la posibilidad de fallos contradictorios; máxime, cuando ambos se sustancian por hechos estrechamente vinculados, con un objetivo final evidente, de manera que resulta por demás razonable unir todas las actuaciones ante un único tribunal, evitando así el riesgo del eventual dictado de sentencias contradictorias y favoreciendo la buena y correcta administración de la justicia.

*** Corte Suprema de Justicia de la Nación * Tufano, Ricardo Alberto s/ internación * 27/12/2005 * Fallos, 328:4832.**

- El hecho de que el juez que conoce en el trámite de internación se encuentre en el mismo lugar que el establecimiento donde habita el eventual incapaz, en primer término, coadyuva al contacto directo y personal del órgano judicial con el afectado por la medida y además, favorece la concentración en ese marco de todas las diligencias médicas destinadas a determinar su estado de salud y finalmente propende a eliminar trámites procesales superfluos u onerosos y la

prolongación excesiva de los plazos en la adopción de decisiones vinculadas a la libertad ambulatoria del individuo, aspectos todos ellos vinculados a los principios de inmediatez y economía procesal.

*** Corte Suprema de Justicia de la Nación * Castro Fox, Rodolfo Alberto y otros c/ Estado Nacional - Ministerio de Defensa * 03/05/2005 * Fallos, 328:1265.**

- Si bien la competencia del fuero de la seguridad social en cuestiones militares se encuentra circunscripta al régimen de retiro, y el fuero contencioso administrativo ha mantenido la suya respecto del personal en actividad, no resulta razonable exigir a quienes -al momento de deducir la demanda- habían pasado a situación de retiro, la deducción de dos demandas similares ante distintos fueros a fin de lograr idéntico reconocimiento, ya que no sólo importa un arbitrario retraso en la declaración de derechos de naturaleza alimentaria que cuentan con amparo constitucional, sino que trasunta un dispendio jurisdiccional que se opone a principios básicos de economía y concentración procesal.

*** Corte Suprema de Justicia de la Nación * Maure, Macarena s/ guarda * 12/03/2002 * Fallos, 325:346.**

- La decisión que mediante afirmaciones dogmáticas aseveró que el caso no podía subsumirse en la situación de abandono establecida por el art. 316 del Código Civil, sin valorar que la menor había sido entregada por su progenitora al salir de la internación a los recurrentes, en cuyo domicilio reside desde entonces, no atendió el criterio que establece que corresponde al juez de la jurisdicción territorial donde vive el menor conocer en la acción de guarda, pues dicha solución contribuye al contacto directo y personal del órgano judicial con el menor y a una mayor concentración y celeridad en la adopción de medidas que su especial estado pudiera requerir (Disidencia de los Dres. Carlos S. Fayt y Antonio Boggiano).

*** Corte Suprema de Justicia de la Nación * Banco de la Provincia de Río Negro c/ Otero, Eduardo Alberto s/ petición de quiebra * 19/10/1995 * Fallos, 318:2027.**

- La apertura del concurso produce consecuencias de orden sustancial y formal de enorme relevancia, que llevan a la consagración y efectiva aplicación de los principios liminares del proceso, como el de defensa en juicio, concentración de los procesos - como modo de favorecer la economía procesal y seguridad jurídica - así como el de intermediación, los que contribuyen al destino final de la prestación de un buen servicio de justicia.

*** Corte Suprema de Justicia de la Nación * Monzón, Carlos s/ homicidio * 06/10/1992 * Fallos, 315:2264**

- En materia criminal deben extremarse los recaudos que garanticen plenamente el ejercicio del derecho de defensa, lo que adquiere especial significación en el juicio oral, toda vez que su fundamento específico radica en la posibilidad de

que los jueces tengan directa vivencia de los hechos ocurridos y sobre la base de la inmediación y concentración de los actos procesales, juzgarlos según sus libres convicciones, lo que inexcusablemente impone a los magistrados intervinientes el máximo respeto a las garantías de la defensa en juicio y el debido proceso (Disidencia de los Dres. Mariano Augusto Cavagna Martínez y Carlos S. Fayt).

4.3 El principio de celeridad

La incidencia del tiempo en el proceso tiene una garantía genérica en el “plazo razonable” que se exige para la terminación de los litigios; mientras que el desarrollo, en sí mismo, debe quedar impreso en las reglas de la celeridad, evitando dilaciones innecesarias, demoras imprudentes, o períodos prolongados sin otro fundamento que la mera actuación.

De este modo el principio de celeridad se concreta con reglas especiales, que como en los casos anteriores, dependerá su eficacia del instrumento donde se la quiera aplicar. Por ejemplo, si el impulso de la causa es de oficio, el avance rápido y consistente es un deber jurisdiccional; en cambio, si la regla es la caducidad por abandono o negligencia, el desinterés de las partes no puede ser causa para la eternización de los juicios.

La perentoriedad de los plazos es otra extensión; como lo es también, la notificación automática o la preclusión de los términos. Podetti reflexionaba que [...] “haciendo abstracción de las calidades éticas de jueces y profesionales, que tanto influyen sobre la pronta solución del litigio (moralidad, responsabilidad), en tres direcciones principales dentro del proceso actual, debe encaminarse la reforma que intente restablecer el principio de celeridad. Ellas son: los plazos para la realización de actos procesales de las partes, el régimen de la prueba y los plazos para que los jueces dicten sus resoluciones” (⁵⁹¹).

Parece de más agregar que, en torno a lo explicado, giran en órbitas convergentes dos principios esenciales: el 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.

⁵⁹¹ . Podetti, J. Ramiro, *Teoría y técnica del proceso civil*, Ediar, Buenos Aires, 1963, p. 135.

Ambos preceptos concilian y obran armónicos e interactuados, porque de no serlo, cualquier infracción al derecho fundamental de la celeridad en los procesos serviría para advertir una crisis manifiesta en el derecho al proceso debido; y si fuera así, bastaría con condenar al órgano judicial que infringe el deber de rapidez sin otro recaudo que el de pronunciarse inmediatamente (⁵⁹²). Para ello sería suficiente el artículo procesal a través del instituto de la pérdida de jurisdicción y la sanción por mal desempeño; pero el principio de celeridad se apoya en la garantía del plazo razonable, y persigue desde sus reglas consolidar el principio de rapidez con eficacia.

En efecto, la disposición puesta a nivel constitucional pretende conseguir la eficiencia 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.

Por otro lado, para lograr una justicia oportuna depende del sistema dónde y cómo 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 igualdad, 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 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 (⁵⁹³).

El segundo pilar reposa en las medidas de policía social y económica que adapten la realidad del medio con las necesidades de justicia que la

⁵⁹² . Cfr. Gimeno Sendra, José Vicente, *Constitución y Proceso*, Tecnos, Madrid, 1988, p. 141.

⁵⁹³ . Cappelletti, Mauro, *Acceso a la justicia (como programa de reformas y como Método de pensamiento)*, trad. de G. Seminara, en “Revista del Colegio de Abogados de la Plata”, N° 41, ps. 159/160.

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 (⁵⁹⁴).

JURISPRUDENCIA COMPLEMENTARIA

*** Corte Suprema de Justicia de la Nación * Reino S.A. s/concurso preventivo s/ incidente de investigación* 06/11/2007.**

- Si el bien objeto de subasta de propiedad del concursado y deudor había sido oportunamente resguardado por el magistrado del juicio universal a través de medidas cautelares, a fin de evitar situaciones que afecten intereses contrapuestos -como los del tenedor del título de crédito y los de los acreedores del concurso-, y en razón de principios de economía y celeridad procesal, como de seguridad jurídica, es necesario que el tribunal que entiende en el juicio universal sea el competente para entender en la ejecución.

*** Corte Suprema de Justicia de la Nación * Scheller, Raúl Enrique s/rec. de casación.11/10/2007 * Fallos, 330:4396.**

- La situación que se advierte de la lectura del expediente requiere una solución al conflicto que impone el deber de la Corte de actuar con la mayor celeridad de cualquier modo que estime conducente, pues se presenta un caso de gravedad inusitada en la medida en que han transcurrido más de cuatro años y todavía no se ha resuelto en torno a la validez del auto que dispuso la reapertura del trámite de la causa principal.

*** Corte Suprema de Justicia de la Nación * D. S., M. C., D. S., C. A. s/art. 10 ley 10.067 * 25/09/2007.**

- Si la declaración de incompetencia de oficio que sobreviene cuando las actuaciones tramitaron en su totalidad -durante casi 3 años- ante dicho tribunal y, luego de una abundante producción de prueba tanto testimonial como pericial se otorgó la tenencia de los niños a favor del padre, dichas circunstancias evidencian la ausencia de oportunidad del acto y la consecuente afectación de los principios de seguridad jurídica, debido proceso, celeridad y economía procesal, que tienden a evitar la privación de justicia.

⁵⁹⁴ . Gozaíni, Osvaldo A., *Respuestas Procesales*, 2ª parte, Ediar, Buenos Aires, 1999, ps. 199 y ss.

*** Corte Suprema de Justicia de la Nación * Hermosa, Luis Alberto s/insania proceso especial * 12/06/2007 * Fallos, 330:2774.**

- Al no haberse podido determinar fehacientemente el lugar actual del establecimiento asistencial en donde se encontraría el presunto incapaz ni su última residencia, por razones de economía y celeridad procesal, y la urgente actividad de control sobre el presunto incapaz por parte del juez -que se persigue en este tipo de proceso-, aconsejan que sea el tribunal de origen quien siga entendiendo y decida respecto a las medidas a adoptar, de ser necesarias, para su más efectiva protección.

*** Corte Suprema de Justicia de la Nación * Agropecuaria Madreselva S.A. Agrícola, Ganadera e Inmobiliaria c/Transportes Atlántida S.A.C. y otro s/daños y perjuicios * 14/11/2006.**

- Atendiendo al carácter de orden público de las normas de competencia en la ley de concursos, el término expreso y ordenatorio de la previsión legal y que la modificación legal propende a asegurar una mayor celeridad procesal que redunde en una mejor y pronta administración de justicia, con el objeto de hacer efectivos los principios de seguridad jurídica, especialidad y economía procesal, corresponde admitir la radicación definitiva de la causa ante el juzgado de origen sin más trámite conforme a la expresa previsión del artículo 9 de la ley 26.086, sin perjuicio de las objeciones que pudieran plantear los interesados a la intervención del juez que va a conocer.

*** Corte Suprema de Justicia de la Nación * Secretaría de Turismo de la Nación s/denuncia de defraudación * 24/10/2006 * Fallos, 329:4484.**

- El prolongado lapso transcurrido desde que se formuló la denuncia hasta el presente -más de seis años- sin que en la investigación -que no presenta mayores complicaciones- se hubiere logrado un avance sustancial, actuó en desmedro del principio de celeridad procesal y del buen servicio de justicia.

*** Corte Suprema de Justicia de la Nación * Blumberg, Axel Damián s/ secuestro extorsivo * 28/02/2006 * Fallos, 329:373.**

- La separación o desdoblamiento efectuado por el tribunal federal de un proceso que debe ser analizado conjuntamente debido a la existencia de una apelación parcial ha generado que por distintas vías -recursiva y de contienda de competencia- la cuestión sea sometida al análisis de la Cámara de Casación, circunstancia que obra en desmedro del principio de celeridad, ante la eventualidad de decisiones contradictorias que necesariamente implicarían una mayor dilación en el trámite del expediente, y que sólo puede ser aventada con una rápida solución del conflicto.

*** Corte Suprema de Justicia de la Nación * Nouche, Victoria c/ Poder Ejecutivo Nacional y otro s/ medida precautoria * 09/08/2005 * Fallos, 328:3038.**

- Si bien el conflicto no se encuentra debidamente trabado, razones de celeridad y economía procesal tornan aconsejable que la Corte haga uso de la atribución conferida por el art. 24, inc. 7° del decreto-ley 1285/58 y que se pronuncie sin más dilaciones sobre la radicación definitiva del expediente.

*** Corte Suprema de Justicia de la Nación * Fernández, Norberto Osvaldo y otra s/ robo con armas * 05/04/2005 * Fallos, 328:867.**

- La cláusula del art. 18 de la Constitución Nacional, que establece que ningún habitante de la Nación puede ser sacado de los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa no impide la inmediata aplicación de nuevas normas de competencia, inclusive a los procesos pendientes, excepto que ello significara perjudicar una mayor celeridad y eficiencia de las decisiones, lo que debe ser evitado.

*** Corte Suprema de Justicia de la Nación * Itzcovich, Mabel c/ ANSeS s/ reajustes varios * 29/03/2005 * Fallos, 328:566.**

- El fin protector de las prestaciones comprometidas en el procedimiento previsional justifica adoptar el criterio que más convenga a la celeridad del juicio, siempre y cuando las partes hayan tenido la oportunidad de ser oídas con arreglo a las reglas del debido proceso, recaudos que se encuentran asegurados por la existencia de tribunales especializados y la doble instancia.

*** Corte Suprema de Justicia de la Nación * Astiz, Alfredo Ignacio s/ extradición * 11/12/2003 * Fallos, 326:4797.**

- Teniendo en cuenta el estado del trámite y la celeridad que el código le imprime a la resolución de la cuestión incidental del art. 61, segundo párrafo del Código Procesal Penal de la Nación, proseguir con la sustanciación de los recursos ordinarios en la instancia de la Corte Suprema traería aparejado un dispendio jurisdiccional innecesario ya que la eventual aceptación de la recusación podría acarrear la nulidad de los actos dictados por el juez recusado y lo actuado en consecuencia, tal como lo consagra el art. 62 del mismo cuerpo legal.

*** Corte Suprema de Justicia de la Nación * Mottura, Yaco Agustin s/ protección de persona * 26/11/2002 * Fallos, 325:3218.**

- Carece de toda razonabilidad la declaración de incompetencia cuyo único fundamento es el eventual domicilio del niño en otra jurisdicción pues razones de economía y celeridad procesal como así también la necesaria actividad de control sobre el niño -con paradero y domicilio incierto- aconsejan que sea el tribunal de origen -que coincide con el domicilio de la abuela denunciante-, quien siga entendiendo y decida respecto a las medidas a adoptar de ser necesarias, para su más efectiva protección.

*** Corte Suprema de Justicia de la Nación * Unión Obrera de la Construcción de la República Argentina c/ Mayo Instalaciones S.A.C.I.F.I.A. s/ leyes 18.610 y 22.269 * 14/09/2000 * Fallos, 323:2473.**

- Los principios de celeridad y economía procesal, habilitan al Tribunal a reputar excusable la inobservancia del recaudo de adecuada fundamentación del auto de concesión del recurso extraordinario.

*** Corte Suprema de Justicia de la Nación * González, Herminia del Carmen c/ ANSeS s/ reajustes por movilidad * 21/03/2000 * Fallos, 323:555.**

- Las instancias ordinarias tienen el deber de conformar sus decisiones a las sentencias de la Corte dictadas en casos similares, toda vez que ésta tiene el carácter de intérprete supremo de la Constitución Nacional y de las leyes dictadas en su consecuencia y median, además, razones de celeridad y economía procesal que hacen conveniente evitar todo dispendio de actividad jurisdiccional.

*** Corte Suprema de Justicia de la Nación * Romero Severo, César Alvaro s/ extradición * 31/03/1999 * Fallos, 322:507.**

- La exigencia de que los actos procesales que exhiben meros defectos formales no sean declarados inválidos, se ajusta a elementales principios de progresividad y celeridad procesal propios también de procedimientos especiales, según informa la ley 24.767, art. 1°. Ello no sólo para hacer efectiva la ayuda internacional evitando situaciones que puedan generar la responsabilidad internacional del Estado argentino sino también para garantizar el derecho que tiene toda persona a que las sentencias no puedan dilatar sin término la decisión referente al caso controvertido.

*** Corte Suprema de Justicia de la Nación * Sandler, Héctor Raúl c/ Estado Nacional s/ nulidad de resolución * 02/11/1995 * Fallos, 318:2228.**

- El principio de economía y celeridad procesal debe equilibrarse en causas en que se debate un cuantioso monto pecuniario y es parte el Estado Nacional con la seguridad, precisión y vigilancia que informan y justifican la tercera instancia, objetivos que no podrán alcanzarse si la Corte resuelve, originariamente, cuestiones que ni del modo más mínimo han sido consideradas por las cámaras, cuyos jueces son los especializados en la materia sobre las que ellas versan (Disidencia parcial del Dr. Carlos S. Fayt).

4.4 El principio de preclusión

El principio de preclusión responde a la necesidad de dar un tiempo a la oportunidad de alegar, probar y resolver. Por la preclusión procesal, en

situación con los tiempos del proceso, se articula el orden secuencial de los actos, de manera ordenada, progresiva y donde cada actividad debe cumplirse en el período designado. Ello significa que el transcurso de una fase para seguir a otra, consume la oportunidad y extingue el tiempo ofrecido para hacer.

Esa preclusión origina tres posibilidades diferentes: en la primera, puede suceder que se pierda la alternativa o facultad de alegar por haber transcurrido el tiempo otorgado en los plazos del procedimiento. Aquí la preclusión castiga la inercia del interesado, dando por perdida la oportunidad.

En segundo lugar, si un acto procesal se cumple en una etapa equivocada privando con ello de obrar adecuadamente en la instancia en curso, se habla 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 obraría por *consumación* cuando ya se hubiera ejercido válidamente la facultad de que se trata. Cumplido el acto, no es posible reiterarlo, aún bajo el pretexto de mejorarlo o integrarlo con elementos involuntariamente omitidos en la primera ocasión.

La sentencia, para adquirir firmeza, necesita que el tiempo para consentir esté cumplido. Son, por tanto, sentencias firmes, aquellas contra las cuales no cabe recurso alguno, ordinario ni extraordinario, ya por su naturaleza, ya por haber sido consentidas por las partes. En el régimen procesal el principio se presenta en el art. 36 inciso 1º vinculado con la regla del 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 trámite 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.

Finalmente cuadra recordar la diferencia que trae Alsina cuando explica que [...]: “No debe confundirse la preclusión con la cosa juzgada, aunque aparentemente sus efectos sean los mismos. La cosa juzgada no es sino la *res judicata*, que a su vez no es sino la *res in iudicium deducta*, es

decir, el fundamento de la acción, después que el juez lo ha reconocido o negado en la sentencia. Por consiguiente, la sentencia que produce cosa juzgada es la que admite o rechaza la demanda, destinada a producir sus efectos fuera del proceso, protegiendo al vencedor contra cualquiera nueva pretensión respecto de la misma cosa (*exceptio rei iudicata*) o acordándole el derecho de solicitar su ejecución (*actio iudicati*). Ahora bien: la incontestabilidad de la sentencia definitiva supone la *preclusión* del derecho a impugnarla tanto en su efecto como en su contenido, es decir, que no se admite contra ella recurso alguno ni puede renovarse la discusión de las cuestiones que ella resuelve. Desde este punto de vista, la preclusión tiene una función diferente: es el medio del cual se vale el legislador para hacer progresar el procedimiento impidiendo el retroceso de los actos procesales. Así, tiene de común con la cosa juzgada que impide una nueva discusión; por ejemplo, la cuestión decidida en una sentencia interlocutoria, cuando no es impugnada, queda preclusa y no puede ser renovada en el mismo proceso. Pero, en cambio, tienen una diferencia fundamental: en tanto que la cosa juzgada produce efecto fuera del proceso, la preclusión sólo produce efecto dentro del proceso y para ese proceso; la cosa juzgada supone entonces un proceso terminado, mientras la preclusión supone un proceso en marcha. Por eso es un error afirmar que las sentencias interlocutorias producen cosa juzgada, cuando sólo tiene efecto preclusivo”⁽⁵⁹⁵⁾.

JURISPRUDENCIA COMPLEMENTARIA

*** Corte Suprema de Justicia de la Nación * Acerbo, Néstor Horacio s/contrabando -causa N° 51.221- * 21/08/2007* Fallos, 330:3640.**

- Los principios de progresividad y preclusión constituyen instrumentos procesales aptos para evitar la duración indeterminada de los juicios.

*** Corte Suprema de Justicia de la Nación * Noriega, Manuel s/p.s.a. robo calificado -causa N° 3/03- * 07/08/2007* Fallos, 330:3526.**

- Un desacierto en la estrategia de la defensa, un error en la ponderación de los hechos y el derecho o desacuerdos entre el defensor y su pupilo no implican necesariamente lesión a la garantía constitucional de la defensa en juicio; de otro modo, en todos aquellos casos donde la decisión de los jueces no condice con las expectativas del justiciable éste podría rebatir incesante y caprichosamente las

⁵⁹⁵ . Alsina, ob. cit., ps. 456/7.

decisiones judiciales a partir de una valoración ex post facto de los resultados obtenidos por su asistencia legal técnica, afectando principios esenciales como lo son los de preclusión, cosa juzgada y economía procesal

*** Corte Suprema de Justicia de la Nación * Establecimientos Industriales Febo C.I.F.I. S.A. c/Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires * 17/07/2007.**

- La preclusión produce el efecto de tornar irrecurribles las resoluciones judiciales, mas no el de legitimar situaciones inconciliables con el orden público, ya que concluir lo contrario importaría desnaturalizar el proceso judicial hasta el punto de convertirlo en un medio apto para convalidar las transgresiones a las normas imperativas.

*** Corte Suprema de Justicia de la Nación * Rapetti, Lelia Marcela y otros c/Administración Nacional de la Seguridad Social * 27/03/2007 * Fallos, 330:1250**

- Corresponde dejar sin efecto la sentencia que rechazó el planteo de la demandada tendiente a que se practicara una nueva liquidación pues, en tanto lo atinente a la prórroga de la consolidación establecida en el art. 58 de la ley 25.725 no fue objeto de debate y decisión en la causa, la alzada no pudo hacer extensivo el principio de preclusión cuya consecuencia propia es la de impedir nuevos planteos sobre cuestiones ya decididas en forma expresa o implícita.
- El principio de preclusión no produce el efecto de legitimar situaciones inconciliables con el orden público. Concluir en lo contrario importaría desnaturalizar el proceso judicial hasta el punto de convertirlo en un medio apto para convalidar las transgresiones a las normas imperativas; entonces, el silencio guardado por uno de los litigantes frente a la afectación de un derecho indisponible tendría más virtualidad que un contrato para privar de efecto a las leyes en que se encuentra comprometido el interés general (arts. 19 y 21 del Código Civil) (Voto del Dr. Enrique Santiago Petracchi).

*** Corte Suprema de Justicia de la Nación * Yacimientos Petrolíferos Fiscales c/Buenos Aires, Provincia de s/repeticón de impuestos * 06/03/2007 * Fallos, 330:619.**

- Si por medio de providencias consentidas por las partes se condicionó la decisión relativa a cuáles son los honorarios que se deberían establecer por la actuación llevada a cabo en el proceso, a la determinación de la existencia del derecho invocado por el letrado, se ha fijado la necesidad de dirimir una cuestión previa que debe ser resuelta por los jueces competentes al efecto, por lo que en la causa se ha cerrado toda posibilidad de que las partes acompañen los contratos celebrados entre el letrado e Y.P.F. S.A., ya que la preclusión operada obsta cualquier decisión que altere lo concerniente al procedimiento a seguir.

*** Corte Suprema de Justicia de la Nación * Jaime, Gustavo Alejandro c/Subterráneos de Buenos Aires Sociedad del Estado * 28/11/2006 * Fallos, 329:5438.**

- Corresponde revocar el pronunciamiento que declaró competente a la justicia en lo contencioso administrativo y tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, si el juez de origen decidió inhibirse después de diez años de ocurrido el suceso y cuando ya se había producido toda la prueba y presentados dos escritos pidiendo que se llamara autos para sentencia, actitud que no solo resulta reprochable por haber sido inoportunamente adoptada, sino también por vulnerar los principios de preclusión y de estabilidad de los actos procesales con evidente desmedro del buen servicio de la justicia.

*** Corte Suprema de Justicia de la Nación * Flecha González, Concepción y otros c/ Misiones, Provincia de y otro (Estado Nacional) s/ daños y perjuicios * 18/07/2006 * Fallos, 329:2916.**

- Por ser la providencia que tuvo por contestada la demanda una consecuencia directa de otra anterior no impugnada por el interesado, el planteo de nulidad es notoriamente extemporáneo y representa un vano intento de reeditar una cuestión que ha quedado agotada al amparo del principio de preclusión (art. 170 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación), máxime si la actora parte de una fecha errónea para comenzar a contar el plazo de contestación de la demanda.

*** Corte Suprema de Justicia de la Nación * Sociedad Anónima Agrícola Ganadera Nehuen c/ Buenos Aires, Provincia de s/ daños y perjuicios * 21/03/2006 * Fallos, 329:838.**

El principio de igualdad se vería patentemente vulnerado por el intento del actor, en la medida en que bajo la dogmática invocación de que la demandada alegó nuevos hechos, contaría con una segunda oportunidad para ofrecer pruebas mientras que su contraparte habría tenido sólo una, y de este modo, convertiría el proceso en un "juego de sorpresas" que desconoce los principios de preclusión y de buena fe.

*** Corte Suprema de Justicia de la Nación * Allo, Manuel Enrique y otros c/ Provincia de Buenos Aires * 14/10/2004 * Fallos, 327:4252.**

- Si lo atinente a la aplicación de la ley 12.438 de la Provincia de Buenos Aires no fue objeto de debate y decisión en la etapa de conocimiento resultó oportuno el planteo de inconstitucionalidad realizado en la etapa de ejecución de sentencia, razón por la cual la corte provincial no podía hacer extensivo el principio de preclusión, cuyo efecto propio es el de impedir nuevos planteos sobre cuestiones ya decididas en forma expresa o implícita.

*** Corte Suprema de Justicia de la Nación * Dimensión Integral de Radiodifusión S.R.L. c/ San Luis, Provincia de s/ daños y perjuicios * 14/10/2004 * Fallos, 327:4295.**

- Es derivación y exigencia del principio de preclusión, consagrado en el art. 155 el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, el de eventualidad, que exige el aprovechamiento integral en cada instancia procesal de las defensas que se pretende hacer valer.

*** Corte Suprema de Justicia de la Nación * Rivarola, Ricardo Horacio s/ recurso * 27/05/2004* Fallos, 327:1532.**

- La preclusión cumple una función reconocida en todas las etapas del proceso al consolidar los resultados de los distintos actos y permitir su avance sin retrocesos; ello ocurre a medida que las diversas cuestiones, tanto sustantivas como procesales, que se suscitan durante el trámite de la causa son resueltas y finiquitadas, y ella asegura la fijeza de los actos procesales cumplidos y el avance del juicio hasta su terminación.

*** Corte Suprema de Justicia de la Nación * Barra, Roberto Eugenio Tomás s/ defraudación por administración fraudulenta -causa n° 2053- W-31- * 09/03/2004 * Fallos, 327:327.**

- Los principios de progresividad y preclusión 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. - De la disidencia del precedente "Kipperband", a la que remitió la Corte Suprema-.

*** Corte Suprema de Justicia de la Nación * Banco Ganadero Argentino c/ Medicina Técnica s/ ejecución hipotecaria * 18/12/2003 * Fallos, 326:4909.**

- La regla de interpretación que establece que no cabe argumentar sobre la preclusión del derecho a impugnar una liquidación frente al deber de los jueces de otorgar primacía a la verdad jurídica objetiva es inaplicable a un caso en el cual resulta plenamente demostrado que las sucesivas liquidaciones de los acreedores se habían adecuado -respecto a la moneda utilizada- a los principios establecidos por el legislador para el sistema de aplicación de las sanciones conminatorias.
- El efecto propio de la preclusión es impedir que se traten nuevamente cuestiones ya decididas en forma expresa o implícita en el juicio o fuera de él, y que se rehabiliten facultades cuyo ejercicio se agotó por extinción, pérdida o consumación (Disidencia parcial de los Dres. Augusto César Belluscio, Enrique Santiago Petracchi y Antonio Boggiano).

*** Corte Suprema de Justicia de la Nación * Marcatelli, Natalia c/ Movil Sar S.A. y otros * 11/11/2003 * Fallos, 326:4553.**

- La preclusión utilizada por la alzada como fundamento para el rechazo del pedido articulado por la recurrente pierde toda virtualidad y resulta de un exceso ritual manifiesto, ya que el supuesto consentimiento tácito de la actora admitiendo la acumulación peticionada en las actuaciones que corren por cuerda fue, cabe presumir, al solo efecto de acelerar y facilitar el trámite de la causa y obtener un pronunciamiento más expeditivo en el menor tiempo posible, dadas las condiciones psicofísicas en que se encuentra la accionante, lo que no ocurrió, produciéndose por el contrario una demora injustificable.

*** Corte Suprema de Justicia de la Nación * Romero, Julio César c/ Ragonese, Jorge Luis y otro * 26/08/2003 * Fallos, 326:3081.**

- Las astreintes -atento su carácter provisional- no se ven afectadas por el principio de la cosa juzgada y mucho menos por el de la preclusión procesal y pueden ser objeto de revisión, respecto de su reajuste o cese por el ulterior cumplimiento de la obligación de hacer que le fuera impuesta al obligado.

*** Corte Suprema de Justicia de la Nación * Verbeke, Víctor Julio s/ homicidio s/ casación * 10/04/2003 * Fallos, 326:1149.**

- Tanto el principio de preclusión como de progresividad reconocen su fundamento en motivos de seguridad jurídica y en la necesidad de lograr una administración de justicia rápida, evitando así que los procesos se prolonguen indefinidamente.

4.5 El principio de saneamiento

El principio de saneamiento se instala en el campo de las facultades de la jurisdicción, procurando expurgar aquéllos vicios que inducen al entorpecimiento de la causa, o que provocan dificultades para reconocer el objeto en discusión, generalmente destinados a prolongar el proceso o impedir su rápida finalización.

El saneamiento reposa en los actos o en las conductas; cuando se aplica en los primeros trabaja entre las facultades jurisdiccionales de depuración del objeto; mientras que en el restante, es un reproche a la parte y/o sus abogados a quienes se califica desde el principio de moralidad.

Del primer supuesto se ocupa el art. 34 inciso 5º ap. b) del código federal que 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)* refinar al proceso de vicios que inciden en la utilidad del litigioso, 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.

En el primer tramo consideramos la actuación del juez en el trámite generado hasta quedar los autos en estado de dictar sentencia. Podrá así, testar términos injuriosos, imponer la claridad en la redacción de los escritos, devolver presentaciones que violenten las reglas del derecho de defensa o sean ofensivos o agraviantes; expulsar de las audiencias a quienes las interrumpen, etc.

Entre muchos ejemplos se sostiene que, no es dable dejar librada a la acción ordinaria posterior, la dilucidación de cuestiones propuestas, conducentes y respecto de las que ha mediado suficiente resguardo del derecho de defensa. El tratamiento de tales asuntos dentro del juicio ejecutivo responde, incluso, a motivos de economía procesal (art. 34, inc. 5º, que imponen la obtención del máximo resultado de la actuación de la ley con la mínima actividad procesal, habida cuenta, por lo demás, que dada la instrumentalidad de las formas, es correlato de sistemas procesales como el vigente una cierta flexibilidad para que el juez se adapte a las circunstancias del caso a fin de lograr la tutela rápida, justa y eficaz de los derechos esgrimidos por los litigantes (⁵⁹⁶).

El rechazo *in limine* de aquellas pretensiones manifiestamente infundadas sostiene una posibilidad mas de actuar el principio; toda vez que el interés acusado no sería signo de protección por su ausente o nula exposición de motivos, dando facultades al magistrado para realizar anticipadamente un análisis sobre el fondo, evitando hacerlo en la sentencia con el dispendio jurisdiccional sucesivo (⁵⁹⁷).

⁵⁹⁶ . CNCiv., Sala D, 1983/09/22, "*Instituto Nacional Cinematográfico c. Soifer, Abraham H. y otro*", La Ley, 1984-A, 59).

⁵⁹⁷ . En tal sentido se dice que la facultad reconocida al juez de rechazar *in limine* la demanda cuando no se ajuste a los recaudos formales estatuidos, deriva de los deberes que pone a su cargo el art. 34, inc. 5º, en particular el de señalar antes de dar trámite a cualquier petición los defectos u omisiones de que adolezca (CNCiv., Sala A, 08/10/1992, "*Cognata, Alberto c. Lawson, Eduardo*", La Ley, 1994-B, 328, con nota de Andrea Alejandra Imatz).

4.6 El principio de adquisición

Aun cuando "ab initio" el juez no hubiera rechazado la demanda, es posible que en atención al principio de economía procesal lo haga con posterioridad si advierte su improponibilidad (art. 34 inc. 5º, apart. e), situación que no se configura frente a una cuestión que ha sido objeto de diferentes enfoques doctrinales (CNCiv., Sala C, 12/04/1994, "*Busco, Antonio C. c. Lattanzi, Roberto J. y otro*", La Ley, 1995-B, 186).

Asimismo se observa que el concepto de prolongación de la controversia supera el ámbito de la consecuencia o derivación del proceso anterior; importa el reconocer una comunidad de esa misma controversia que conduce a la necesidad de unificar el criterio decisorio, para evitar la vulneración del principio de economía procesal sentado en el art. 34 inc. 5º del Código Procesal (CNCiv., Sala B, 03/03/1995, "*Ramos Ventura de Mamani, Aurelia y otro c. Organización de Escuelas Israelitas Scholem Aleijem*", ED, 163-398).

De igual modo, se dice que, cuando la defensa en juicio se encuentra suficientemente resguardada no es procedente la nulidad. Aun considerando que hubiera existido vicio en el trámite si la decisión del juez importó un equilibrio procesal, admitiendo que la demandada pueda ofrecer pruebas en el plazo que determinó, facultad contemplada en el art. 34, inc. 5º, apart. b), del Código Procesal, la nulidad resulta improcedente (CNCiv., Sala C, 03/03/1981, "*M. de G., E. c. G. E.*", La Ley, 1981-C, 215).

Por eso, si se tiene en cuenta que la nulidad de actuaciones procesales es susceptible de ser subsanada por la parte interesada, puesto que todo vicio o defecto procesal sólo produce la nulidad relativa, lo más conveniente para la buena marcha del proceso, la mayor celeridad y economía procesal, hubiera sido que el juzgador antes de declararla de oficio hubiera hecho uso de las facultades otorgadas por el art. 34, inc. 5º, ap. b), del Código Procesal, adoptando las medidas tendiente a subsanar los defectos u omisiones que pudieran eventualmente provocarla. Antes de declarar la nulidad de oficio, deben adoptarse las medidas tendientes a evitarla (CNCiv., Sala C, 29/10/1982, "*Gannon, Inés J. c. Gannon, Diego*", La Ley, 1983-B, 143).

La amplitud de poderes conferidos a los jueces permite seleccionar la solución que más se adecua a la realidad juzgada, pues todo juez tiene el deber de conocer el derecho que habrá de aplicar para la resolución del conflicto en base a los hechos expuestos como litigiosos, con prescindencia de la denominación o encuadramiento jurídico dado por los litigantes a sus pretensiones (arg. arts. 15, Código Civil y 34, inc. 5º, Código Procesal)(CNCom., Sala B, 01/11/1995, "*Sebastián, Héctor N. c. La Central del Plata Cía. de seguros*", La Ley, 1996-B, 594 - DJ, 1996-1-820).

Y si encuentra que el defecto en la demanda sea subsanable, el juez debe acordar al actor un plazo para suplirlo, en ejercicio de la potestad acordada por el art. 34, inc. 5º b) del Código Procesal. (CNCom., Sala E, 03/03/1998, "*Tempone, Carlos D. c. Tempone, Néstor O.*", La Ley, 1999-F, 754 [42.079-S] - ED, 179-347).

Esta regla sostiene que todo el producto de la actividad que las partes desenvuelven se adquiere para el proceso sin medir los resultados conseguidos. Es decir que, más allá de las cargas referentes a los modos de realizar afirmaciones y confirmar las posiciones e intereses que en el proceso se tengan, los beneficios y utilidades se toman para el esclarecimiento de la relación jurídica procesal, sin atender el origen que lo trae.

El principio de adquisición sí difiere respecto a los efectos que se adopten. Para algunos, que siguen a Chiovenda, la agregación se relaciona con todas las actuaciones del proceso; en cambio otros, apuntan que el campo de aplicación solo versa para el material de conocimiento y a los actos susceptibles de aportarlo a la causa. O como dice Eisner, “sólo las alegaciones o afirmaciones de las partes y a las pruebas que éstas acercan al proceso”⁽⁵⁹⁸⁾.

La distancia es importante porque trasciende el fenómeno de la simple agregación para instalarlo entre las reglas de la economía procesal y, dentro de ella, en un campo especial y trascendente como es la influencia de los actos al tiempo de dictar sentencia final.

Si la adquisición se toma para cualquier fenómeno de actividad, puede haber algún problema respecto a la interpretación del acto en sí mismo, porque, como recuerda Alsina [...]: “La actividad que las partes desarrollan en el proceso influye recíprocamente en el sentido de que no sólo beneficia a quien ejecuta el acto y perjudica a la parte contraria, sino que también puede ésta beneficiarse del acto en cuanto pueda perjudicar a su autor. De ello resulta que el acto procesal es común y que su eficacia no depende de la parte de la cual provenga, sino de los efectos que produzca”⁽⁵⁹⁹⁾.

En consecuencia, mejor es corresponder al principio de adquisición con la dimensión que tienen las afirmaciones y las pruebas, de forma tal que, como algunos también sostienen, pueda hablarse de una comunidad probatoria aunque con efectos disímiles.

Siendo así, también esta regla muestra la asimetría de enfoques con quienes aceptan que el proceso se mueve y desarrolla a impulso de las partes, de manera que la adquisición de la prueba solo podrá ser resuelta desde el interés de la actividad; nunca de la iniciativa oficial.

⁵⁹⁸ . Eisner, Isidoro, *El principio de adquisición procesal*, La Ley, 128-1032.

⁵⁹⁹ . Alsina, ob. cit., tomo I p. 459.

No obstante, parece mejor la opinión que lidera Eisner cuando apunta que una corriente así [...] “produce un conflicto entre la garantía liberal e individualista que se consagra en el principio *«Nemo tenetur edere contra se»* y la tendencia cada vez más acentuada de sacrificar la solución privatística en beneficio de una recta y eficaz administración de justicia que reclama la comunidad”.

“Si diéramos al concepto *adquisición procesal* un alcance amplio y comprensivo de todas sus implicancias, no habría inconveniente en extender el mismo a la incorporación compulsiva de materiales probatorios en poder de las partes o de terceros, que sin haber sido ofrecidos formalmente por los litigantes, han sido, en cambio, conocidos, citados o advertidos a través de menciones incidentales deslizadas o formuladas en el proceso. En tal caso, podemos observar como el sistema dispositivo queda sumamente restringido por campear en mayor grado el principio inquisitivo o de oficialidad”.

“Por otra parte si pensamos en los distintos modos de introducir las pruebas al proceso, también nos cabe considerar diversas soluciones inspiradas en los variados métodos de conjugación entre las pautas directrices arriba examinadas”⁽⁶⁰⁰⁾.

JURISPRUDENCIA COMPLEMENTARIA

*** Corte Suprema de Justicia de la Nación * Argencard S.A. c/ Chubut, Provincia del y otro s/ acción declarativa * 21/03/2006 * Fallos, 329:755.**

- La remisión del expediente administrativo no afecta el derecho de defensa en juicio de la demandada pues, sobre la base del principio de adquisición procesal, la mera presentación de las copias de referencia de parte del Estado provincial autorizaba al Tribunal a requerir -aun de oficio- el expediente administrativo de marras, tal como lo contempla expresamente el art. 36, inc. 4º, ap. c, del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

*** Corte Suprema de Justicia de la Nación * Luque, Guillermo Daniel y Tula, Luis Raúl s/ homicidio preterintencional -causa n° 117/94 * 26/11/2002 * Fallos, 325:3118**

- Si bien no es posible aprovechar las pruebas obtenidas con desconocimiento de garantías constitucionales, así como las que se hubieran originado a partir de aquéllas, debe tenerse en cuenta la posibilidad de adquisición de las evidencias

⁶⁰⁰ . Eisner, ob. cit., p. 1036.

por otras fuentes distintas de las que se tengan por ilegítimas. Ello es así, porque una aplicación errónea de la regla de la exclusión puede desviar al proceso de la búsqueda de la verdad y torcer injustificadamente el principio de justicia que debe primar en todo pronunciamiento judicial.

5. El impulso procesal

Esta es una regla muy relacionada con la política procesal dispuesta para el trámite. Así como en los llamados procesos sociales rige el impulso oficial, que supone el deber jurisdiccional de actuar el trámite en forma consecutiva sin necesidad de que las partes lo pidan; no es tan rotunda la afirmación cuando se trata de procesos civiles o comerciales (de interés privado) que se consideran administrados por el principio dispositivo, por el cual, el proceso se promueve y avanza conforme sea el interés de los litigantes. Este principio interpretado a ultranza, considera que solamente las partes son quienes disponen del trámite, y el juez debe esperar las reacciones de ellos para realizar los actos que se le exponen. Por lógica se entiende que la sentencia se podrá dictar únicamente si las partes lo piden.

Sin embargo no es este el criterio que impera, habiéndose colegido de la exposición de motivos de la ley 17.454 que este precepto no tiene otra intención que facultar a los jueces para ordenar el pase de una a otra etapa sin necesidad de aguardar las peticiones de las partes. Recordemos que allí se dijo que: "El ordenamiento procesal se ha apartado así del tipo de procedimiento dispositivo y ha quitado al juzgador su antiguo carácter de espectador pasivo del litigio. Le otorga un papel activo en la relación procesal, procurando que resplandezca la verdad y la justicia sea asequible a todos por igual" ⁽⁶⁰¹⁾.

El impulso del proceso, por vía de principio, le corresponde a quien lo promueve, porque al activar el mecanismo jurisdiccional concreta una pretensión que habilita el curso de la instancia, que se desarrollará hasta la sentencia. Por eso se denomina instancia al conjunto de actos procesales que realizan las partes para obtener la decisión judicial de un litigio, desde la promoción de la demanda hasta el llamamiento de autos para sentencia (para algunos), o hasta que se notifica la sentencia (para otros).

Dicho de otro modo, toda petición inicial de un proceso, trámite o procedimiento dirigido a un juez para que satisfaga un interés legítimo de

⁶⁰¹ . Exposición de motivos, capítulo II.

quien acciona, es en general instancia y a partir de ello comienza para el accionante la carga de impulsar el procedimiento ⁽⁶⁰²⁾.

Sin embargo, este principio no puede estar en manos de quien acciona, porque de otro modo, el proceso serviría únicamente a intereses privados que podrían manipular el curso de la instancia y aplicarla a sus exclusivos designios, aprovechándose así de la disposición procesal que cuenta. Bastaría con instar en los tiempos previos a la perención, para mantener viva la instancia. Lo que tampoco es oficioso, porque no se trata solamente de mantener el litigio en estado permanente de conflicto, sino de llevarlo a satisfacer con justicia el destino para el cual fue el proceso previsto.

Pero no se trata solamente de una cuestión de pertenencia (quien tiene el dominio del impulso procesal), sino de política judicial. Cuando se persigue que el proceso tenga un tiempo razonable para las actuaciones, al mismo tiempo se establecen deberes y derechos para el juez y las partes, en orden a las respectivas obligaciones que surgen de la regla.

No obstante, el garantismo discute esta conclusión. Cipriani, por todos, afirma que [...]: “En cuanto, igualmente, a la concepción publicística del proceso civil, es ya, probablemente, el tiempo de decir que los estudiosos ajenos al pensamiento de Klein no pueden ser considerados como seguidores de una ya superada concepción privatista o, peor aún, individualista de la justicia civil. Tales ideas podrían tenerse en los tiempos de los fueros personales y hereditarios, pero, desde que la jurisdicción devino, con el Estado moderno, una prerrogativa exclusiva e inalienable del Estado, nadie ha tenido jamás una concepción privatista del proceso civil y todos han coincidido en advertir que el Estado siempre se ha preocupado de la administración de la justicia y quiere que los procesos se desarrollen en la mejor y más racional de las formas ⁽⁶⁰³⁾ [...]”.

“Hay que agregar que nunca nadie ha pensado, ni piensa, que las partes deban dirigir el proceso, tanto es así que, con nuestro viejo código, la dirección correspondía al juez y no ciertamente a las partes ⁽⁶⁰⁴⁾. Pero,

⁶⁰² . Cfr. Colombo, Carlos J., *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*, tomo II, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1969, p. 663.

⁶⁰³ . Ver, Mortara, *Lo Stato moderno e la giustizia*, (1885) Nápoles; reimpresión 1992, *passim*.

⁶⁰⁴ . Ver, en efecto, Diana, *Le funzioni del presidente nel processo civile*, Milán 1911, I, p. 13 y ss. Es cierto que aquí se confunde la dirección con el impulso de las partes. Por ejemplo. Hazard y Taruffo, *La giustizia civile negli Stati Uniti*, Bologna 1993, pp. 101 y 105, al relevar que el juez americano normalmente «se limita a

parece evidente que, una cosa es dar al juez los poderes estrictamente necesarios, y no por ello poco vastos ⁽⁶⁰⁵⁾, para dirigir el proceso y otra muy distinta es establecer que el juez pueda hacer todo aquello que considere oportuno ⁽⁶⁰⁶⁾ o, peor aún, que en el proceso civil no se pueda mover un dedo sin el permiso del juez ⁽⁶⁰⁷⁾. Y, en efecto, confirmando el equívoco que se encuentra en la base del pensamiento de Klein y de sus secuaces, puede observarse que es al menos forzado sostener que el juez, en los ordenamientos liberales, sea un «rey madero» o, como también se ha llegado a decir, una «marioneta», un «títere» ⁽⁶⁰⁸⁾, una «grabadora automática» ⁽⁶⁰⁹⁾, un sujeto -en suma- que dicta sentencia sin siquiera saber por qué lo hace, «como un autómatas que, activado por el peso de la moneda

responder los argumentos de las partes», afirman que el juez, en los países del *common law*, sería sólo un árbitro en posición neutral y esencialmente pasiva y tendría un papel de segundo plano en la conducción del proceso. No creo que sea así: también en esos países el proceso está dirigido por el juez; es el impulso del proceso lo que queda en manos de las partes.

⁶⁰⁵ . Cfr., Raselli, *Il potere discrezionale del giudice*, II Padova 1935, p. 190, el cual, con el viejo código, llegó a notar que nuestro juez, contrariamente a lo que se sostenía, tenía una miríada de poderes directivos discrecionales.

⁶⁰⁶ . Se piense, por ejemplo, en el art. 118 del C.P.C., en virtud del cual el juez puede ordenar la inspección corporal de un tercero. Vale decir, por si eventualmente no quedare claro, que en un proceso civil entre Ticio y Caio, ¡el juez puede ordenar la inspección corporal de Sempronio! La norma, por suerte y naturalmente, no se ha usado nunca, pero nos hace estremecer. Pese a ello, hay quienes la consideran insuficiente pues si el tercero rehusare ser inspeccionado, sólo puede ser condenado a una multa no superior a las diez mil liras (Cappelletti, *Libertà individuale e giustizia sociale nel processo civile italiano*, (1972), en *Giustizia e società*, Milán 1972, p. 34, que escribía cuando la multa no podía superar las ocho mil liras, pero que no considera que en 1940 el techo de la multa fue fijado en dos mil liras, que en esa época era un patrimonio).

⁶⁰⁷ . Para dar sólo un ejemplo, los arts. 169 C.P.C. y 77 de las Disposiciones de Actuación, quieren que las partes, para retirar el propio expediente de la secretaría [*cancelleria*], deban pedir permiso (con papel timbrado) al juez. En esta línea, se sostiene que nuestro código, lejos de ser antiliberal y autoritario, estaría inspirado en una concepción privatista del derecho y del proceso civil (así, Cappelletti, *Libertà individuale*, cit., p. 33 y ss), más precisamente en la ideología liberal que gusta a los abogados (así, Denti, *Processo civile e giustizia sociale*, Milán, 1971, p. 19).

⁶⁰⁸ . Así, Sprung, *Le basi*, cit. p. 31.

⁶⁰⁹ . Andrioli, *Il nuovissimo progetto di riforma del processo civile*, en *Diritto e giurisprudenza* 1947, p. 24.

que cae, emite un dulce o un boleto de entrada»⁽⁶¹⁰⁾. El juez, siendo aquél a quien le corresponde juzgar, es la persona más importante y más temida del proceso, aquél frente al cual las partes -y sobre todo los abogados- se han siempre inclinado y siempre se inclinarán, por lo que no se ve cómo se pueda seriamente compararlo con los fantoches⁽⁶¹¹⁾ y con las maquinillas automáticas⁽⁶¹²⁾. Por otro lado, el que, el juez civil pueda (y deba) juzgar sólo a instancia de parte es otro -civilizadísimo e insuprimible- discurso⁽⁶¹³⁾ [...].

“Por lo tanto, debiéndose excluir que, desde cuando existe el Estado moderno, hayan alguna vez existido legisladores o estudiosos con una concepción privatista o agnóstica del proceso civil, es evidente que la contraposición debe hacerse entre aquellos que prefieren el garantismo y aquellos que aman el autoritarismo, o bien, como agudamente se ha dicho, entre una concepción «liberal y realista» y una concepción «autoritaria y moralista»⁽⁶¹⁴⁾. La concepción de Klein, luego, no puede razonablemente ser considerada (solamente) publicista⁽⁶¹⁵⁾, sino que debe ser considerada

⁶¹⁰ . Chioyenda, *Le riforme*, cit., p. 385. De «autómata» habla también Segni, *La riforma del processo civile e le sue direttive*, (1924), en *Scritti giuridici*, I, Torino, 1965, p. 309.

⁶¹¹ . En efecto, en el sentido de que en los Estados Unidos (donde, según la concepción analizada en el texto, los jueces serían marionetas) los abogados saben bien que los jueces «no son muñecos», ver, Roberg de Laurentis, *La difesa del povero in America*, Milán 1957, p. 43.

⁶¹² . De hecho, en el sentido de que ya Gnaeus Flavius advirtiera que los jueces no son maquinillas automáticas, Calamandrei, *Il processo como giuoco*, (1950), en *Opere giuridiche*, cit., I, p. 539.

⁶¹³ . Es significativo que el mismo Cappelletti, que años atrás había dicho estar complacido de que en los países comunistas hubieran «dejado de lado el principio de la demanda» (Ver, *Ideologie nel diritto processuale*, cit., p. 18), haya ahora cambiado de opinión (Ver, *Dimensione della giustizia*, cit., p. 162).

⁶¹⁴ . Grasso, *Le «storie» di Franco Cipriani, la conoscenza scientifica del processo e i metodi*, en *Quaderni fiorentini*, 23, 1994, p. 512

⁶¹⁵ . Éste es el *leitmotiv* de la procesalcivilística italiana (Ver, por todos, Liebman, *Storiografia giuridica «manipolata»*, en la *Rivista di diritto processuale*, 1974, p. 100 y ss.) la cual, si no me equivoco, considera autoritario sólo el proceso del proyecto preliminar Solmi, que se ha definido como «policíaco» (así, Andrioli-Micheli, *Riforma del codice di procedura civile*, en *Annuario di diritto comparato* 1946, p. 209). Es un hecho que, si se prescinde del célebre deber de decir la verdad (art. 26 del proyecto Solmi) y de una que otra pequeña norma (ver la escasa lista en Taruffo, *La giustizia civile*, cit., p. 262), no se sabría qué diferencia sustancial haya entre el proyecto preliminar, el proyecto definitivo y el código de 1940 (del mismo

como «antiliberal y, en cierto sentido, autoritaria»⁽⁶¹⁶⁾, más bien «fuertemente autoritaria»⁽⁶¹⁷⁾ y, agregaría, moralista: cuando se les quitan derechos a las partes y se otorgan poderes discrecionales al juez se hace autoritarismo procesal⁽⁶¹⁸⁾; y cuando se ve en el proceso un «mal social» y una «herida en el cuerpo de la sociedad», se hace moralismo”⁽⁶¹⁹⁾.

5.1 La caducidad de la instancia

El impulso en manos del juez o de las partes, o de ambos compartiendo la obligación, significa penalizar la inercia de quien corresponda. Si es el tribunal quien recibe el encargo, exclusivamente, el instituto de la pérdida de jurisdicción es un castigo al remiso; en cambio, si la atribución se delega a la parte actora, o a quien tiene el interés principal, la demora produce la caducidad o perención de la instancia; consecuencia que también es posible cuando la regla del impulso es cooperativo.

En verdad, el presupuesto de la caducidad de la instancia no es solo la inactividad de la parte, sino también ocupa la actividad inútil, dispendiosa o, *lato sensu*, inidónea, esto es, lo que no hace avanzar el proceso por las etapas ordenadas que lo conducen hacia la sentencia.

En el mismo sentido, la dirección que tiene el juez sobre el proceso le facilita el control sobre la regularidad de la instancia y el cumplimiento de plazos y términos previstos; más allá de ponderar el interés que se debe resguardar a través del proceso jurisdiccional, que pone la clave acerca de porque en algunos tipos de proceso, la instancia queda en manos del tribunal porque es a él a quien le corresponde impulsar los actos para llegar a la sentencia en el menor tiempo posible.

No se trata, entonces, de fomentar una división entre procesos que debaten intereses privados cuya disposición sea exclusiva y absoluta de las

parecer también Satta, *Guida pratica per il nuovo processo civile italiano*, Padova 1941, p. 8).

⁶¹⁶ . Así, König, *La ZPO austríaca*, cit., p. 712

⁶¹⁷ . Así, Tarello, *Il problema della riforma processuale*, cit., p. 22.

⁶¹⁸ . Ver Cipriani, Franco, *Autoritarismo e garantismo*, cit., especialmente p. 32. Sobre el proceso como actuación de opciones políticas en la organización jerárquica del poder, ver Damaška, *I volti della giustizia e del potere*, (1986), trad. it. de Giussani y Rota, Bologna 1991, especialmente, p. 303 y ss, sobre el cual ver Ferrarese, *Ci saranno ancora dei giudici a Berlino?*, en *Sociologia del diritto* 1991, p. 103 y ss.

⁶¹⁹ . Cipriani, *En el centenario*,passim.

partes; frente a procesos de trascendencia pública o contenidos de interés general que auspicien postergar el interés de las partes dando lugar a otras preferencias.

El impulso tiene que resolver la naturaleza del deber jurisdiccional: o es inerte y espera que el proceso avance por la actividad que las partes celebren conforme lo dispongan; o él mismo resuelve la instancia siguiendo los pasos que el procedimiento señale. Si éste último es el camino, entonces será necesario resolver situaciones ambivalentes como ocurre con la caducidad de la instancia.

Adviértase que la perención constituye un modo anormal de finalización del proceso que conspira contra el principio de conservación de aquél, por lo que la doctrina y jurisprudencia han asumido una postura restrictiva en su aplicación.

En materia previsional, por ejemplo, se afirma que teniendo presente el fin tuitivo de las normas legales aplicables y el carácter alimentario de los créditos reclamados, el abandono voluntario o renuncia de la instancia debe subordinarse a una presunción de veracidad y certeza que lleve al convencimiento del magistrado que la conducta omisiva del litigante implica un desistimiento tácito del mismo, obstaculizando la marcha regular de la causa impidiendo al tribunal avocarse a su definición normal. Este desinterés sólo resulta palpable, con escaso o nulo margen de duda, ante el incumplimiento de la intimación que a dichos fines debe realizarse. En tales condiciones, es decir, tras el requerimiento previo, sólo puede decretarse la caducidad de la instancia ⁽⁶²⁰⁾.

En realidad, el debate se focaliza en la utilidad del instituto de la caducidad de la instancia, en la medida que su aplicación tiene como fundamento la sanción o el castigo a quien deja inactivo el proceso; sin advertir que las sucesivas reformas procesales han instalado en el juez el deber de *tomar medidas tendientes a evitar la paralización del proceso* (art. 36 inciso 1º), *impulsar de oficio el trámite cuando existen fondos inactivos de menores o incapaces* (art. 36 inciso 5º), entre otros deberes de atención directa sobre el problema que debe resolver en justicia.

En definitiva, la caducidad de la instancia no puede servir de excusa para dejar en las partes la obligación de mantener continua la instancia, porque el tránsito oportuno por las etapas le corresponde al tribunal, de acuerdo con el art. 36 inciso 1º parte final que establece: *vencido un plazo,*

⁶²⁰ . CNSeg. Social, Sala I, 01/07/1998, "*Barloa, Luis A. c. Administración Nac. de la Seguridad Social*", DT, 1999-B-1437, con nota de Amanda Lucía Pawlowski de Pose).

se haya ejercido o no la facultad que corresponda, se pasará a la etapa siguiente en el desarrollo procesal, disponiendo de oficio las medidas necesarias.

Este deber sobre la continuidad y regularidad, no obstante, le permite verificar el cumplimiento de las cargas y obligaciones de la instancia, de modo tal que la aplicación de oficio o a pedido de parte de la perención constituye una potestad implícita en las facultades de dirección.

En suma, la Corte afirma que la caducidad de instancia sólo encuentra justificación en la necesidad de conferir un instrumento al Estado para evitar la indefinida prolongación de los juicios, pero no un artificio tendiente a impedir un pronunciamiento sobre el fondo del pleito o que tienda a prolongar las situaciones de conflicto (⁶²¹).

5.2 Constitucionalidad de la caducidad de la instancia

La doctrina estudia la constitucionalidad de la caducidad de la instancia, analizando para ello el efecto inmediato que produce en el derecho de defensa en juicio, y en el de acción representado por el derecho de peticionar a las autoridades.

Sin embargo, la perención no violenta dichos principios porque su eficacia solamente se extiende al proceso donde se declara. No ataca al derecho de acción que, en todo caso, se puede replantear salvo que el derecho para hacerlo hubiera prescrito. Precisamente porque son consideraciones de orden práctico las que determinan la conservación de la actividad útil cumplida en el proceso que fenece, la caducidad tampoco afecta el derecho de defensa.

También se argumenta que la caducidad decretada de oficio, constituye un avance indebido del juez sobre las actividades de las partes, que viola el principio de igualdad procesal, tal como sucede cuando se resuelven medidas probatorias sin petición expresa de las partes. Empero, no se puede asimilar el deber de actividad probatoria con el impulso procesal, porque mientras el primero es una carga, el segundo constituye un deber u obligación de las partes.

Obviamente, a efectos de examinar la procedencia de la perención, la posición de aquel sobre quien pesa la carga probatoria, con la de quien debe impulsar el procedimiento, no es igual ni se aproxima, puesto que se

⁶²¹ . CS, 20/08/1996, "*González, Rosa Hoyos c. Consorcio de Propietarios Coronel Díaz 1865 y otros*", La Ley, 1997-A, 174 - DJ, 1997-1-361.

trata de cargas de diferente naturaleza que si bien pueden recaer sobre distintas partes del proceso, no cabe duda que mientras una estará a cargo del excepcionante, la otra le corresponderá a quien promueva la acción.

En consecuencia, la razón de ser del instituto no apunta a coartar derechos constitucionales de propiedad y defensa en juicio, sino a reglamentar su ejercicio por medio de la fijación de plazos razonables dentro de los cuales éste debe realizarse, para desembarazar al órgano jurisdiccional de las causas paralizadas en las cuales el desinterés de los contendientes de llevarlas adelante es evidente, y propender de tal modo, a la agilización del reparto de justicia como forma de satisfacer los intereses colocados por encima de los meramente particulares, pues la finalidad de la institución excede del mero beneficio de los litigantes, ocasionalmente favorecidos por sus consecuencias ⁽⁶²²⁾.

Este requisito parte de comprender que el abandono del trámite no se puede justificar en la falta de actividad del órgano jurisdiccional, ya que no sería posible pretender, razonablemente, que éste sustituya a los interesados y supla la inercia de los litigantes, cuando la participación de ellos es ineludiblemente debida, atento a la vigencia del principio dispositivo y a la índole procesal de impulso requerida.

Recordemos que la inactividad no es solo aquella que supone omisión negligente de cumplir actos procesales de impulso y desarrollo de la causa judicial donde ha planteado un interés a tutelar; sino también, las acciones inoficiosas o carentes de idoneidad para avanzar el procedimiento.

⁶²² . Cfr. Gozaíni, Osvaldo A., "Síntesis jurisprudencial" en *Caducidad de la Instancia* (obra dirigida por Isidoro Eisner), Depalma, Buenos Aires, 1991, p. 221.

CAPÍTULO XVIII

EL PRINCIPIO DE INMEDIACIÓN

1. Introducción

Con la inmediación se propicia que el juez o tribunal se encuentre en permanente e íntima vinculación personal con los sujetos y elementos que intervienen en el proceso, recibiendo directamente las alegaciones de las partes y las aportaciones probatorias; a fin de que pueda conocer en toda su significación el material de la causa, desde el principio de ella y hasta su culminación (⁶²³).

La inmediación es una regla pero también puede convertirse en un principio instructor cuando señale la forma cardinal para desarrollar un procedimiento judicial. Es esencial e ineludible en el proceso oral; imprescindible en los juicios por audiencias; y facultativo en los de trámite escrito.

Eisner sostiene que es un principio porque se trata, precisamente, de una pauta o criterio orientador que procura conformar las normas procesales y de organización judicial de modo tal que obtenga las finalidades que persigue (⁶²⁴). En cambio, Palacio dice que es un principio cuando se referencia a los procesos orales, porque en ellos el contacto personal y directo del juez o tribunal con todo el material del proceso, es una exigencia que excluye cualquier medio indirecto de conocimiento judicial. Pero en el proceso escrito, no opera como principio salvo que se lo interprete con importantes limitaciones, que al fin de cuentas, observa que la inmediación sólo radica en imponer la presencia del juez en la ejecución de la prueba que se deba recibir en audiencias (⁶²⁵).

Sin dejar lugar a dudas, Clemente Díaz afirma que es una *regla o máxima*, que postula la comunicación personal del juez con las partes y el

⁶²³ . Eisner, Isidoro, *El principio de inmediación*, Depalma, Buenos Aires, 1963, p. 33.

⁶²⁴ . Eisner, ob. cit., p. 33.

⁶²⁵ . Palacio, Lino Enrique, *Manual de Derecho Procesal Civil*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1965, p. 139.

contacto directo de aquél con los actos de adquisición de las pruebas, como instrumento para llegar a una íntima compenetración de los intereses en juego a través del proceso y de su objeto litigioso (⁶²⁶). Por ello admite que la regla se aplica a los procesos orales como a los escritos siempre que estén reunidas las siguientes características: *a)* La presencia de los sujetos y personas procesales ante el juez; *b)* La falta de un intermediario judicial entre las cosas y personas del proceso y el juez; y *c)* La identidad física entre el juez que tuvo contacto con las partes y el que dictará la sentencia (⁶²⁷).

2. El problema político de la inmediación

Al juez se lo puede adoptar como una pieza o engranaje del proceso que actúa al tiempo de resolver; o asignándole un rol activo que dirija el procedimiento conforme sus convicciones. Al primero suele llamarse “juez espectador”, al restante “juez director”.

Esto no fue un problema en la historia del proceso, sino hasta el siglo XX; en el derecho romano la relación entre juez y partes era próxima y constante; las actuaciones se cumplieron en todas sus etapas (acciones de la ley, período formulario y sistema extraordinario) ante el magistrado, modificándose la costumbre con la influencia de la iglesia, que transforma al proceso en romano – canónico, permitiendo la delegación hacia instructores que recibían la prueba.

En cambio, el fenómeno era desigual en los germanos. El procedimiento no tenía el mismo lineamiento, toda vez que en la Edad Media el sistema judicial fue diametralmente distinto al racional que se elaboraba desde las normas del Imperio, porque dominaban juicios divinos e invocaciones supremas de corte místico. No había procedimientos por cuestiones, sino enjuiciamientos comunes para lo privado y lo público, lo civil o lo penal. Es un proceso entre partes, configura casi una lucha de intereses. El trámite es oral y público, completamente ocupado de ritos y solemnidades, muchos de ellos de carácter religioso (⁶²⁸) como fueron las

⁶²⁶ . Díaz, Clemente A., *Instituciones de derecho procesal*, Tomo I (Introducción), Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1968, p. 380.

⁶²⁷ . Díaz, ob. cit., p. 382.

⁶²⁸ . La invitación a comparecer ante el tribunal, formulada por la parte demandante ante testigos, se llamaba *mannitio* y era el acto inicial del proceso que, como dice Brunner, era esencialmente público y oral y descansaba por entero en el principio acusatorio, de manera que estaban abandonadas a las partes la iniciación y la continuación del proceso; apareciendo así como su cúspide lógica los contratos

“Ordalías”. Además, contra la sentencia no había recursos, lo que era lógico si consideramos que el fallo era producto de la voluntad divina. La innovación más importante se alcanza en la prueba, que se torna racional abandonando deidades. Estas características restaban importancia a la presencia del juez en las etapas transitadas

La Europa continental de los siglos siguientes abandonó la idea del juez presente, descansando la tarea de examinar a testigos y partes en informantes a quienes se delegaba esa labor.

Con la Ley de Enjuiciamiento Civil española de 1855 la cuestión parece adoptar un cambio. Basándose en las Leyes de Partidas se ordenó que la prueba de testigos se cumpliera personalmente ante el juez, y si éste no podía estar presente, se podía esperar hasta quince (15) días su producción. El art. 33 estableció que: “*Los jueces y ministros ponentes de los tribunales colegiados recibirán por sí las declaraciones y presidirán todos los actos de la prueba*”. No obstante, la norma tuvo muchas vías de escape y continuó la delegación operando como regla, sin dar lugar a nulidad alguna.

Focalizada la cuestión en términos de ordenamientos legales, vemos que la influencia española se hace sentir rotundamente en Latinoamérica, que aplica a pie juntillas las leyes de 1855 y de 1881 que establecen el sistema escrito, formal y displicente con la inmediación (se le ordena como facultad). Por su lado, quienes siguieron el curso de la Ordenanza Procesal Civil alemana de 1877 generalizaron el uso de la oralidad en sus procedimientos, integrada a los principios de inmediación y concentración.

Es cierto –dice Eisner- “que bajo el régimen de esta ley la oralidad se llevó a sus formas más exageradas, al punto de no atribuirse valor a ninguna manifestación o petición de las partes si no era objeto de una alegación verbal ante el mismo tribunal, y sólo ésta era tenida en cuenta, aunque además se registrara por escrito en el protocolo. Pero de todos modos de allí partió el principio saludable que luego, y en formas más razonables o atemperadas, se consagró en otras leyes procesales de la época...”⁽⁶²⁹⁾.

procesales entre los litigantes. La autoridad del tribunal era muy limitada y en parte venía a quedar sustituida por la coacción jurídica del formalismo (cfr. *Historia del Derecho Germánico*, Labor, Barcelona, 1936, p. 24).

⁶²⁹ . Eisner, ob. cit., p. 56.

2.1 La Ordenanza de Klein y su influencia en el principio de inmediación

Con la Ordenanza austríaca que enseguida hacemos referencia, comienza una etapa nueva en los grandes períodos de formación de modelos procesales. Inicia el llamado “proceso social” que abandona el modelo liberal caracterizado, para todos, por el Código Procesal Civil Napoleónico de 1806 (⁶³⁰).

El proceso oral, concentrado o por audiencias fue la idea central de la célebre reforma procesal de Franz Klein, que transformó el llamado proceso común europeo. Las grandes líneas de la innovación se basan en mirar al proceso desde la perspectiva del interés público, sin abandonar la que tienen los litigantes, pero aumentando sensiblemente los poderes del juez respecto de éstos.

El proceso comienza con planteos escritos que concretan el objeto de la controversia; luego, se pasa a una audiencia central (preliminar) que tiene una diversidad de objetivos. La audiencia la dirige el juez, personalmente, incentivando así, notablemente, el principio de inmediación. En el desarrollo debe propiciar fórmulas conciliatorias, examinar y resolver las excepciones pendientes que se hubieran opuesto con relación a presupuestos procesales (principio de saneamiento), debe fijar el tema a decidir y la prueba destinada a forjar la confirmación de lo pedido. Cumplido, la etapa de verificación se realiza en audiencias donde la presencia del juez es inevitable.

Este modelo revirtió el sistema escrito dando paso a la oralidad, cuestión que por aquél tiempo no fue solamente una variación en las reglas, sino una verdadera decisión de política judicial. Es cierto que, el modelo de la justicia civil social no supuso una abolición total del modelo liberal, porque en realidad lo complementa en función de perseguir una mayor concentración de los actos en vías de auspiciar la mayor celeridad procesal. También lo es que la mudanza de roles del tribunal, antes pasivo, aventuró una polémica que aún persiste.

⁶³⁰ . Gimeno Sendra, Vicente, *Observaciones al proyecto de ley de enjuiciamiento civil española desde el derecho procesal europeo*, Universidad de educación a distancia, Publicaciones – Debate, n° 2, donde dice que dicho código francés estaba informado por los principios de oralidad absoluta, inmediación, celeridad (a través de la concentración y supresión de instancias) y valoración mixta (tasada y libre) de la prueba, que acabó, a lo largo del siglo XIX, instaurándose en la mayoría de los países europeos (así, por ejemplo, las Ordenanzas de Hannover).

Además, la doctrina encontró que con este sistema se beneficiaba al principio de la verdad, que excedía en mucho la regla de comportarse en forma leal y honesta, instalando una regla moral en el proceso (⁶³¹).

Cappelletti, admirador explícito del mecanismo instaurado, sostuvo que [...] “esto es un instrumento para el bienestar social. En tal concepción *social* de la justicia, la función del juez deja de ser la de un árbitro apartado, que sin intervenir nunca en la conducción del proceso, se limita a pronunciar la propia decisión al final del duelo jurídico entre las partes. El juez, por el contrario, asume en esta concepción un cometido de guía y de propulsión procesal no solamente *técnica* y *formal* (controlando la observancia de las reglas del *fair play* y el ordenado y rápido desarrollo del procedimiento), sino también *material*. En otras palabras, desde la fase preparatoria del procedimiento, él asume un cometido de carácter *activo* y *asistencial* respecto de las partes, discutiendo con ellas la mejor formulación de las demandas y excepciones, colaborando con ellas en la búsqueda de la verdad, y, en suma, actuando a fin de que la victoria sea de la parte que efectivamente tenga razón y no de aquella que sepa prevalecer en virtud de la propia fuerza económica o por la mayor habilidad propia o del defensor [...]. La importancia que, en una semejante concepción social del proceso, viene a asumir el contacto directo y personal, y por consiguiente <oral>, del juez con las partes, no tiene necesidad de ilustración, así como no tiene necesidad, por otra parte, de ilustración los riesgos –de autoritarismos, de arbitrios, de abusos- conexos con una concepción semejante” (⁶³²).

2.2 El Código Italiano de 1940

En Italia la transformación venía de lejos. La influencia de la ordenanza austriaca fue evidente, pero más pesó la opinión de Chiovenda, quien había dicho que el proceso italiano no era solamente complicado, larguísimo y costoso; sino también un viejo arnés, enteramente inadecuado a las condiciones del tiempo y en contraste marcado con la índole de la función pública a la que está destinado, tal como aparece al espíritu moderno (⁶³³).

⁶³¹ . Cfr. Gozaíni, Osvaldo A., *Temeridad y malicia en el proceso*, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires / Santa Fe, 2002, ps. 113 y ss.

⁶³² . Cappelletti, Mauro, *La oralidad y las pruebas en el proceso civil*, Ejea, Buenos Aires, 1972, p. 81.

⁶³³ . Chiovenda, Giuseppe, *Ensayos de derecho procesal civil*, volumen 2, Ejea, Buenos Aires, 1949, p. 177. En este trabajo Chiovenda expone claramente su

En 1906 había pronunciado una conferencia en Nápoles que él mismo reconoce fue el punto de partida hacia un proceso sobre la base de la oralidad, de la inmediación y de la concentración [...]: "La justicia en el proceso no comienza con la decisión; con el inicio mismo de la causa se abre un amplio campo a la justicia distributiva. Tampoco las normas judiciales contemplan solamente a los litigantes del caso concreto; las mismas deben proveer de modo que refuercen la confianza de los ciudadanos en la acción del Estado; no sólo como juez sino como poder. Obsérvese todavía: con la idea de que la administración de justicia sea una función de la soberanía, se viene formando lentamente la convicción de que el juez como órgano del Estado no deba asistir pasivamente a la litis, para pronunciar al final una sentencia, como la máquina automática que accionada por el peso de la moneda que cae emite una golosina o un boleto de entrada; sino que debe participar en la litis como fuerza viva y activa. En otros términos, el Estado está interesado, no en el objeto de la litis, sino en el modo como éste se desarrolla. Y este simple principio contiene en sí una entera revolución en el campo de los conceptos procesales" (⁶³⁴).

El pensamiento del maestro italiano vigorizó a la oralidad como centro del sistema. Con ella era posible acercar la justicia al pueblo y

pensamiento sobre el peso de la oralidad en el proceso y dice [...] "No es menos importante el lado social de la cuestión. Con abreviar la litis, con dar a la oralidad la mayor parte en los juicios, con hacer al juez más vivamente partícipe de la relación procesal y más inmediato su contacto con las partes en causa, se aproxima la justicia a las clases menos pudientes mucho más que con preparar organismos de defensa del pobre, destinados a funcionar en modo inadecuado a su noble fin.

⁶³⁴ . Chiovenda, *Ensayos*, volumen 2, cit., p. 162. En cambio, Montero Aroca pese a la afirmación del propio Chiovenda, sostiene que fue en la conferencia pronunciada en 1909, en el Círculo Jurídico de Roma con el título *El estado actual del proceso civil en Italia y el proyecto Orlando de reformas procesales*, cuando aquél se ocupa ampliamente de la oralidad, y afirma que en ella se encuentra la reforma radical que Italia necesita. Por eso dice que Chiovenda tuvo en cuenta para fomentar la oralidad, dos proyectos esenciales. Uno el proyecto Orlando del 16 de marzo de 1908, cuando se presentó el proyecto de ley titulado "*Nuevas disposiciones en torno al orden y a la forma de los juicios*", proyecto que se debía a la pluma de Mortara y que no llegó a ser discutido por la disolución anticipada del Parlamento, pero que se reitera el 24 de mayo de 1909, también obra de Mortara, y titulado "*Reformas al Código de procedimiento civil*" que tampoco fue discutido. El otro se debió a la iniciativa legislativa de quien fuera el siguiente ministro de Justicia, Vittorio Scialoja, precisamente el maestro de Chiovenda, quien cultivó el amor por la oralidad y llevó a la transformación del pensamiento del maestro de la ciencia procesal (Montero Aroca, Juan, *La Ley de Enjuiciamiento Civil española y la oralidad*, Texto base de la conferencia pronunciada en las XVII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal, celebradas en San José, Costa Rica, los días 18 a 20 de octubre de 2000, *passim*).

hacerla más confiable; y al mismo tiempo, provocaba un autocontrol de las partes, que postergaba la conducta obstructiva, también frenada por los principios de concentración y dirección del juez.

El 28 de octubre de 1940 se publicó el nuevo código de procedimiento civil que entró en vigencia el 21 de abril de 1942. Sus redactores fueron Piero Calamandrei, Francesco Carnelutti y Enrico Redenti. Este ordenamiento, según palabras de Calamandrei, “quiere ser un decidido retorno a las mejores tradiciones patrias, realizado conscientemente por el trabajo de selección histórica llevado a cabo en los últimos cincuenta años de doctrina”⁽⁶³⁵⁾.

La impronta del proyecto Chiovenda de 1919 fue evidente en el proceso de conocimiento, instaurando la oralidad que sustituye la forma de expresión en las actuaciones del procedimiento, el que se concentra en audiencias regidas bajo el principio de inmediación. Al juez se le da plena autoridad para dirigir e impulsar el trámite, aumentando sus poderes de investigación⁽⁶³⁶⁾.

Esta corriente, con el paso del tiempo, consolidó el paso del procedimentalismo al procesalismo o publicismo del proceso civil. Por supuesto que hubo detractores que no soportaron el principio de autoridad y sostuvieron que el sistema era el testimonio claro de un régimen autoritario y despótico.

Cipriani, por ejemplo, afirma que [...]: “En 1942, cuando pasamos del proceso liberal al proceso «publicista» se produjo un pandemonio. Baste pensar que las partes fueron constreñidas a llevar a los roles de audiencias de «todas las causas que dormían» en secretaría que, según parece, eran la mitad de las que estaban pendientes, con el fin de que fueran

⁶³⁵ . Calamandrei, Piero, *Instituciones de derecho procesal civil*, tomo I, Ejea, Buenos Aires, 1986, p. 82.

⁶³⁶ . Cabe reconocer que el código del 40 no fue producto de esta sola influencia, porque después de 1919, se designó otra comisión en 1924 presidida por Lodovico Mortara y la vicepresidencia de Chiovenda, que a su vez, encargó a Francesco Carnelutti la redacción de otro proyecto, que en definitiva se integró y revisó por el, por entonces, Guardasello Alfredo Rocco. Este proyecto tuvo un replanteo entre los años 1933 y 1934 cuando interviene Enrico Redenti, que culmina con la aspiración del Guardasello Arrigo Solmi que quería acentuar los poderes instructorios del juez (este fue el pilar de la oralidad que impulsó Chiovenda, al que reprodujo en varios pasajes). En el verano de 1939 se designa Guardasello a Dino Grandi, quien impulsa el proyecto Solmi y designa a esos efectos una nueva comisión, integrada por Calamandrei, Carnelutti y Redenti, oficiando de coordinador Leopoldo Conforti. Esta fue la comisión que creó el código publicado el 28 de octubre de 1940.

rápida o conciliadas o resueltas. Los jueces se encontraron así, de la noche a la mañana, con sus roles sustancialmente doblados y con el deber de ser (también) los timoneles en todas las causas. Con la consecuencia que éstos, en vez de decidir rápidamente y bien todas las causas, terminaron decidiendo muchas menos que antes. La lección de 1942, sin embargo, no sirvió. Se ha negado *maiolem*. Primeramente, se dijo que la culpa era de las disposiciones transitorias y, luego, que lamentablemente estaba la guerra. La culpa, creo yo, en cambio, la tenía con palmaria evidencia el Código, que pretendía que el juez llegara preparado a la primera audiencia de todas las causas y que todas fueran, lo más rápidamente posible, conciliadas o resueltas. La estrangulación, lo que hoy se llama el cuello de la botella, en lugar de formarse sólo al final, se formaba desde el inicio, con la consecuencia de que las primeras audiencias se fijaban con cuentagotas, inclusive a los dos años, dos años durante los cuales el demandado estaba autorizado a no hablar: así, no se tenían ni sentencias ni transacciones. Una aberración. A lo cual, afortunadamente, puso fin la reforma de 1950, que en cierto sentido autorizó al juez a no estudiar las causas en vista a la primera audiencia y a dedicarse a las sentencias (pero, lamentablemente, no autorizó a dejar de lado las causas que pretendían estar en *surplace*)⁽⁶³⁷⁾.

2.3 Las reformas procesales del siglo XX. Consagración del principio de inmediación.

La oralidad se instaló en las reformas posteriores, pero no impacta en Latinoamérica porque en estas tierras el modelo fue la ley de enjuiciamiento civil española. No obstante, si entendemos como una proyección de la oralidad el sistema que propicia, es indudable que culmina consagrando el principio de inmediación.

En efecto, un lúcido estudio sobre el significado de la oralidad visto como concepción destinada a la transformación de las instituciones del procedimiento, sostiene que [...] “más allá de entenderlo como una profusión de la palabra hablada, de la expresión verbal en la mayoría de los actos procesales que domina, también lo dota de una calidad estructural y formal específica, en la que la palabra hablada no es más que una circunstancia. Excede la concepción de la oralidad, la simple utilización de la expresión verbal, para constituirse en un modo y forma estructurada de llevar adelante el proceso que tiene un funcionalismo propio, tal cual

⁶³⁷ . Cipriani, *Batallas...*, cit., p. 78.

ocurre con un sistema, por eso apuntalamos que la oralidad debe comprenderse en su concepción amplia de sistema procesal (⁶³⁸).

Con esta medida, la participación activa del juez en la audiencia trasciende la expresión de los actos. Asimismo, la inmediación se concibe como actividad principal del juez y se establece como un deber en la etapa probatoria. Cuando el código dispone el trámite por audiencias, la presencia se convierte en una obligación funcional.

Las reformas posteriores tomaron el curso de la inmediación emparentado con la regla de la oralidad, aplicada especialmente en la recepción de la prueba. En Alemania, por ejemplo, sostiene Goldschmidt que el juez quedaba sujeto a dos postulados: *a*) utilizar de inmediato los medios probatorios que las partes ofrecieran (principio de inmediación en sentido subjetivo o formal), de modo tal que se establece la relación entre el juez con los medios probatorios, y *b*) que ha de utilizar los medios de prueba inmediatos (principio de inmediación en sentido objetivo o material), que se refiere a la relación de los medios de prueba con la cuestión a probar (⁶³⁹).

Sin embargo España, permitió la delegación en funcionarios suprimiendo así la eficacia del principio de inmediación; problema que la doctrina advierte cuando se pretende introducir con reformas procesales la tendencia del principio de autoridad, como dirección material del proceso.

En Argentina, el decreto/ley 14.237 estableció en el art. 23 que el juez debía convocar a una audiencia con el fin de establecer los hechos articulados sobre los cuales versaría la prueba. En ella convenía un juez presente quien en ese momento o dentro del tercer día siguiente debía fijar los hechos controvertidos. También el art. 21 dispuso que: “En cualquier estado del juicio los jueces y tribunales podrán disponer las medidas necesarias para esclarecer la verdad de los hechos controvertidos y mantener la igualdad de los litigantes o prevenir y sancionar todo acto contrario al deber de lealtad, probidad y buena fe, así como aquellas tendientes a la más rápida y económica tramitación del proceso...”.

Este decreto, después reformado por el decreto 23.398/56, estaba en línea con otros proyectos contemporáneos, como el que había gestado David Lascano en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata; o el de Eduardo Juan Couture, realizado

⁶³⁸ . Villalba Bernie, Pablo D., *Proceso Civil. Actualidad y futuro*, Bijupa, Asunción del Paraguay, 2008, p. 120.

⁶³⁹ . Goldschmidt, James, *Derecho Procesal Civil*, Labor, Madrid, 1936, p. 87.

en la República Oriental del Uruguay; también el de Ricardo Reimundín para la provincia de Salta, entre otros. El conflicto fue que, habiendo dispuesto elevar la autoridad del juez en el proceso la inmediación se instaló como una *facultad*, o un *poder*, y cuando se dijo que era una *obligación*, no se establecieron consecuencias para el incumplimiento.

Años después la doctrina acentuó la necesidad de resolver este conflicto, y tras renovadas intenciones, se llega a un modelo tipo que se presenta como un ideal a conseguir. Es el fruto de la investigación y empeño de tres distinguidos juristas del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal (Enrique Véscovi, Adolfo Gelsi Bidart y Luis Torello, todos ellos uruguayos).

En sus grandes líneas, el código modelo esclarece que tiene la intención de proponer puntos de partida para una reflexión a nivel continental, sobre los principales problemas del proceso que son comunes, para llegar a algunas posibles determinaciones, también comunes, o al menos, emanadas de la deliberación de todos.

Reproducimos algunas ideas aportadas para evidenciar porqué la inmediación ya no es un tema a debatir:

☞ El juez es un sujeto de derecho esencialmente imparcial, que debe reunir particulares aptitudes en el ramo del Derecho y actuar con plena autoridad en el ejercicio de sus funciones.

☞ Sólo el abogado puede asistir o defender ante la Justicia, cualquiera sea la materia o la naturaleza del proceso; su presencia es indispensable en el mismo.

☞ El poder jurisdiccional corresponde a todos los tribunales por igual. La distribución de su alcance ha de inspirarse por razones de división de trabajo, por el número de asuntos especialmente, alguna especialización y, eventualmente, su modo de actuación (oral o escrito).

☞ Todo sujeto debe tener libre acceso al Tribunal; todo derecho alegado ha de poder sustentarse por aquél y definirse y aplicarse por éste. El proceso es el medio fundamental para la afirmación de los derechos humanos y éstos deben también consagrarse en su programación.

☞ El proceso es una estructura de sujetos dispares y en él ha de reconocerse su actividad primordialmente conjunta y solo sucesiva cuando se trate de actos fundamentales y unilaterales de cada proceso (v.gr.: demanda, contestación, sentencia). A pesar de ello, se procurará la mayor coincidencia temporal de los mismos (preferencia de la audiencia sobre la actuación escrita y sucesiva); enfoque sintético y de conjunto.

➤ La instrumentalidad del proceso, al servicio de todo el derecho sustantivo, no implica diversidad de procesos, sino más bien su unificación; él proceso no tiene preferencia por una u otra materia, ni a ésta corresponde señalar las estructuras procesales, sino meramente sus necesidades (v.gr.: importancia de medidas provisionales o cautelares; necesidad de suma abreviación; etc.). Las soluciones son establecidas y brindadas por el Derecho Procesal. El criterio ha de ser la reducción de las diversas formas, a su mínimo indispensable.

➤ La reforma del proceso debe procurar su apertura a las posibilidades de la época, cuyos logros científicos deben tener amplia aceptación en el mismo; así, por ejemplo, la apertura de la prueba (todo elemento que sirva para demostrar la existencia de un hecho, ha de ser admitido); la colaboración de técnicos y hombres de ciencia (asistentes sociales, consejeros matrimoniales para la conciliación, psicólogos, etc.); la racionalización del modo de operar de los tribunales como si fuesen modernas empresas; la incorporación de medios actuales de fichaje y registro; etc.

➤ El proceso en los conflictos sociales y colectivos, nacionales o internacionales, se encuentra en este momento en una encrucijada fundamental para la 'lucha por el derecho'. Para ello se hace indispensable su acercamiento a la vida cotidiana, de modo que las partes ingresen a él, como a un medio racional y comprensible para dilucidar sus derechos y sus posibilidades de real comunicación entre los sujetos del proceso, dando mayor flexibilidad y oportunidad para el intercambio entre el juez y las partes.

➤ Una de las mayores exigencias de nuestra época radica en la abreviación de los trámites, en la obtención de un resultado relativamente rápido. El proceso actual no está a la altura del 'jet' (no hablemos del espacio) y no puede estarlo, porque en él no se trata de un pensamiento cristalizado en técnica, sino de un pensamiento que debe lograr elementos del pasado, para en base a su estudio determinarlos y realizar la estimación (jurídica) de las situaciones planteadas. Pero cuando se piensa en la abreviación del proceso, se considera especialmente el tramo a seguir para llegar al '*juicio*' realizado aquél (salvo en pocas situaciones de hecho muy complejos o en algunos problemas difíciles de derecho) se desprende de dicha tramitación.

➤ Para las partes, el proceso es un tránsito obligado pero que podría, en su mente ser prescindible, para llegar al cumplimiento o a la ejecución de la sentencia. La autoridad del Tribunal desaparece si esto no puede

asegurarse y verificarse; el problema de la eficacia de la justicia es otro de los temas básicos de la reforma procesal.

2.4 Desilusiones y críticas

La intermediación es una necesidad que opera más allá de la regla. No se puede creer que ella sea cumplida con la presencia formal sin actividad directora; como tampoco es negociable la dirección autoritaria que sobrecoja los demás principios y obstruya las garantías.

Las desilusiones de la intermediación son producto de omisiones legislativas que, a esta altura, no parecen casuales. Con ello queremos expresar que después de la última reforma (ley 25.488) que sufrió el código procesal federal, se repitió el error ancestral. Antes se sostenía que era deber del juez asistir a las audiencias de prueba *bajo pena de nulidad*, mientras que ahora, solo se indica que es un deber del juez hacer lo establecido pero sin sanción o consecuencia alguna cuando haya inejecución o incumplimiento.

Una vez más se difuminó la oportunidad de indicar la importancia que tiene en el proceso civil la participación activa del juez, controlando la regularidad de las actuaciones, sin afectar la imparcialidad con las partes. ¿Porqué, entonces, ocuparnos aunque sea brevemente de este problema? Porque creemos que es necesario insistir hasta el hartazgo sobre un tema que por espinoso y trascendente no puede ser objeto de tanta parsimonia.

El problema aparece con las potestades que tiene el juez para desarrollar el proceso manteniendo, en toda la instancia, los principios que venimos comentando. La autoridad se refleja en distintas decisiones; desde la última e imprescindible para fortalecer la confianza en la institución, que es la ejecución por la fuerza cuando el mandato judicial no se cumple; hasta otras menores, como son las medidas correctivas por la conducta procesal.

Pero también, la *autoridad procesal* pondera otros valores, tales como la conducción y depuración del proceso, exigir la verdad de los hechos, la prudencia y equilibrio en las decisiones, entre otros contenidos axiológicos que muestran la complejidad del principio.

En sus orígenes el proceso civil se formó e implementó como una cuestión entre litigantes. Fue una lucha, y como en toda lucha, solo había ganadores y perdedores. Conserva, entre otros, este mensaje el tema de las costas procesales. Pero con Chiovenda y su firme impulso por la oralidad, comprendió que la función del juez no podía quedar tan inerte. No era un

espectador de lujo en la controversia, sino un activo director que podía exigir de las partes algo más que el desempeño técnico.

El pasaje del proceso de manos privadas al interés público cambió la consideración del principio de autoridad y se esforzó por la inmediatez. El *quid* no está asentado, desde entonces, en la mera facultad de ejecutar lo juzgado, sino en un conjunto de atribuciones que polarizan su presentación, en pos de la eficacia del servicio jurisdiccional.

Hoy, en curso la primera década del siglo XXI, la concepción social cobra fuerza a partir de la influencia constitucional en el proceso, y del activismo que regresa hacia el juez como director del proceso. La publicización eleva al litigio dentro de la esfera del derecho público, y por él se entiende que un individuo que acude a la jurisdicción no persigue ya solamente un interés privado sino que, por vía de la despersonalización del derecho subjetivo y de la socialización del derecho, muda hacia un marco de protección que considera la situación global de la sociedad. Hoy en día esta línea directriz parece consagrada: el proceso es público, porque aún resolviendo conflictos privados, generaliza sus respuestas dando pautas de convivencia social. Obviamente, tal emplazamiento, no se puede realizar sin un juez atento y vigilante con la realidad que debe resolver.

Sugerentemente se dice que la metamorfosis actual de los jueces es notable y se indica en distintas actitudes: 1º) Un juez que está en el centro del ring pero no ya en la actividad neutral (la de *referee*) sólo para impedir los "golpes bajos". Ha quedado atrás esa posición de mero mediador, de asegurador o garantía del juego formal y privatístico de los contendientes; 2) Aquella ubicación del juzgador y del oficio se monta al mismo tiempo y en vértice principal, en la ley orgánica y en un sistema procesal donde la *predominancia de lo escriturario no tiene destino*, así se lo emparche continuamente con retoques y escaramuzas de superficie, pese al innegable rigor técnico de las fórmulas trabajadas. La *inmediatez debe acompañar* con todas sus reverberaciones al juez funcional, desde el comienzo hasta la ejecución de la sentencia. *El proceso en vivo desplaza así al expediente muerto*.

Finalmente las críticas: la presencia del juez es un requisito esencial del acto procesal y sin embargo el juez pocas veces está. ¿Constituye una causa de mal desempeño?:

Se ha dicho que, en realidad el juez no está, porque no está nunca en la ficción del procedimiento escrito. Así el criterio analítico adecuado a una teoría estratificada del delito lleva a afirmar que la conducta del juez ausente en la audiencia en la que se deja constancia de su presencia es

típica. Pero no se presentan los otros caracteres necesarios de la conducta, pues ésta no es antijurídica ni tampoco culpable. Las condiciones de trabajo existentes obligan a delegar funciones para no producir una consecuencia mucho más grave que detendría la administración de justicia; y si al juez se le ocurre asistir a todas las audiencias entonces no lograría atender su despacho, se le vencerían todos los términos y se lo sometería a un juicio político.

La conducta del juez ausente en la audiencia en la que se deja constancia de su presencia ni siquiera es penalmente típica porque una tipicidad legal no pasa el test necesario. Media un conflicto entre todos los deberes, pero un conflicto aparente porque siempre predomina un deber sobre otro y en el caso es superior el de mantener el despacho al día. Se trataría de un caso de atipicidad conglobante por cumplimiento de un deber jurídico preponderante (⁶⁴⁰).

Si la ausencia es producto de una licencia que se concede ante un pedido voluntario del magistrado, ella no le "suspende" en el ejercicio normal de sus atribuciones, sólo le faculta para "no concurrir a su despacho", a fin de atender el trámite de los expedientes a su cargo o asistir a las audiencias para dar cabal cumplimiento al principio de "inmediación".

Cabe reiterar que tras la reforma, se establece en el art. 34 el deber de asistir a las audiencias y de realizar personalmente los actos procesales que tiendan a la eficacia de la función jurisdiccional, pero no se establecen sanciones en caso de incomparecencia. Solamente se indica la nulidad del acto en el caso del art. 360 (audiencia preliminar) si quedó constancia en el acta de esa ausencia del juez.

JURISPRUDENCIA COMPLEMENTARIA

*** Corte Suprema de Justicia de la Nación * Tarditi, Matías Esteban s/homicidio agravado por haber sido cometido abusando de su función o cargo como integrante de la fuerza policial -causa N° 1822- * 16/09/2008**

- Cabe revocar la sentencia de la Cámara Nacional de Casación Penal que hizo lugar parcialmente al recurso deducido por la defensa de quien fue declarado autor del delito de homicidio agravado y condenado a prisión perpetua, y lo condenó a la de cuatro años de prisión e inhabilitación especial por el término de

⁶⁴⁰ . CNCrim. y Correc., Sala VI, 01/071985, "*Casabal, Elía A.*", La Ley, 1985-E, 122).

ocho años como responsable de homicidio culposo, pues al resolver no permitió brindar adecuada respuesta al planteo de la querrela acerca de la imposibilidad de modificar la base fáctica bajo la forma de tratamiento de un vicio en la calificación legal de los hechos y de la necesidad de realizar un nuevo juicio si se reconocen vicios en la apreciación de las reglas de la sana crítica ante los límites que impone el principio de inmediación.

*** Corte Suprema de Justicia de la Nación * Garrone, Ángel Bernardo s/causa N° 22.355 * 06/03/2007 * Fallos, 330:393.**

- Es descalificable la condena impuesta sin cumplir con la exigencia prevista por el art. 41, inc. 2°, in fine, del Código Penal, regla claramente destinada a garantizar el derecho del condenado a ser oído antes de que se lo condene, así como a asegurar que una decisión de esta trascendencia no sea tomada por los tribunales sin un mínimo de inmediación. Desde el punto de vista de la ley penal de fondo, una pena dictada sin escuchar lo que tiene que decir al respecto el condenado no puede considerarse bien determinada.

*** Corte Suprema de Justicia de la Nación * M., R. s/protección y guarda de personas (254) * 19/12/2006 * Fallos, 329:5855.**

- Las actuaciones cuyo objeto atañe a menores, deben promoverse en el lugar donde éstos viven efectivamente, ya que la eficiencia de la actividad tutelar, torna aconsejable una mayor inmediación del juez de la causa con la situación de los mismos.

*** Corte Suprema de Justicia de la Nación * Civitarreale, Jorge y otros s/homicidio a Jorge Morado causa N° 130/02 * 14/11/2006 * Fallos, 329:5115.**

- Para garantizar el derecho -de jerarquía de derecho internacional- al recurso del condenado, la revisión tiene como único límite aquello que surja directa y únicamente de la inmediación -principio inseparable de la oralidad y publicidad del juicio-, es decir, se exige el análisis de todo aquello que no esté exclusivamente reservado a la experiencia perceptiva de quienes hayan estado presentes como jueces en el juicio oral, limitación fáctica impuesta por la naturaleza de las cosas y que debe apreciarse en cada caso.

*** Corte Suprema de Justicia de la Nación * Salas, Ariel David s/ ley 23.737 -causa N° 39.363-14/02/2006 * Fallos, 329:149.**

- La garantía de doble instancia exige, como regla, que el imputado tenga la posibilidad de someter la totalidad del contenido de la sentencia de condena al escrutinio del tribunal del recurso, quedando fuera del examen en segunda instancia aquellas cuestiones que, en razón de encontrarse directamente vinculadas con la inmediación propia del debate oral, resultan de imposible reedición ante el tribunal del recurso, y sin que ese examen pueda ir más allá de los agravios planteados por el recurrente, en tanto se trata de un derecho en

cabeza del imputado, que éste ejerce en la medida en que la decisión de condena le causa agravio (Voto de la Dra. Carmen M. Argibay).

*** Corte Suprema de Justicia de la Nación * S., M. Y. y otros s/ procedimiento asistencial * 25/11/2005 * Fallos, 328:4081.**

- Cuando se trata de actuaciones cuyo objeto atañe a menores se debe otorgar primacía al lugar donde éstos se encuentran residiendo, ya que la eficiencia de la actividad tutelar torna aconsejable una mayor intermediación del juez de la causa con la situación de los mismo, solución que es la que mejor se compadece con la finalidad tuitiva de la "Convención sobre los Derechos del Niño", que dispone atender el superior interés del niño en todas las medidas a tomar concernientes a ellos -art. 3º del Convenio y art. 75, inc. 22, de la Constitución Nacional-.

*** Corte Suprema de Justicia de la Nación * Casal, Matías Eugenio y otro s/ robo simple en grado de tentativa -causa N° 1681- * 20/09/2005 * Fallos, 328:3399.**

- En modo alguno existe una incompatibilidad entre el juicio oral y la revisión amplia en casación, ambos son compatibles en la medida en que no se quiera magnificar el producto de la intermediación, es decir, en la medida en que se realiza el máximo de esfuerzo revisor, o sea, en que se agote la revisión de lo que de hecho sea posible revisar.

*** Corte Suprema de Justicia de la Nación * Maure, Macarena s/ guarda * 12/03/2002 * Fallos, 325: 346.**

- El principio de intermediación con el domicilio de residencia del menor resulta la solución que mejor se compadece con la finalidad tuitiva de la Convención sobre los Derechos del Niño, que tiene jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22 de la Ley Fundamental) sobre todo teniendo en cuenta su art. 3º.1 (Disidencia de los Dres. Carlos S. Fayt y Antonio Boggiano).

*** Corte Suprema de Justicia de la Nación * La Unión del Sud SRL. s/ pedido de quiebra * 01/12/1998 * Fallos, 321:3318.**

- La declaración en concurso, preventivo o liquidatorio, produce consecuencias de orden sustancial y formal de enorme relevancia, que han llevado a que el legislador pautara, detalladamente, en la ley de quiebras, las normas relativas a la competencia, a fin de asegurar un mejor servicio de justicia, logrado a través de una efectiva intermediación dentro del excepcional supuesto del declarado estado de cesación de pagos del deudor.

*** Corte Suprema de Justicia de la Nación * Cárdenas, Eduardo (juez) s/ filmación en cámara Gessell – autorización * 28/02/1997 * Fallos, 320:253.**

- Corresponde autorizar a un magistrado, para el futuro, la videofilmación de las audiencias de prueba sin dejar constancia escrita de las declaraciones, siempre que lo consientan las partes, ya que la oposición de la cámara, que dispuso su transcripción por escrito, resulta desvirtuada por los fundamentos del juez, referidos a la fidelidad del registro, la inmediación y la celeridad, y también a la disminución de la promoción de incidentes y la seguridad que deriva de la doble grabación simultánea.

*** Corte Suprema de Justicia de la Nación * Banco de la Provincia de Río Negro c/ Otero, Eduardo Alberto s/ petición de quiebra * 19/10/1995 * Fallos, 318:2027.**

- La apertura del concurso produce consecuencias de orden sustancial y formal de enorme relevancia, que llevan a la consagración y efectiva aplicación de los principios liminares del proceso, como el de defensa en juicio, concentración de los procesos - como modo de favorecer la economía procesal y seguridad jurídica - así como el de inmediación, los que contribuyen al destino final de la prestación de un buen servicio de justicia.

*** Corte Suprema de Justicia de la Nación * Monzón, Carlos s/ homicidio * 06/10/1992 * Fallos, 315:2264.**

- En materia criminal deben extremarse los recaudos que garanticen plenamente el ejercicio del derecho de defensa, lo que adquiere especial significación en el juicio oral, toda vez que su fundamento específico radica en la posibilidad de que los jueces tengan directa vivencia de los hechos ocurridos y sobre la base de la inmediación y concentración de los actos procesales, juzgarlos según sus libres convicciones, lo que inexcusablemente impone a los magistrados intervinientes el máximo respeto a las garantías de la defensa en juicio y el debido proceso (Disidencia de los Dres. Mariano Augusto Cavagna Martínez y Carlos S. Fayt).

*** Corte Suprema de Justicia de la Nación * Meza Hernán y otros s/ avocación * 22/12/1988 * Fallos, 311:2756.**

- La pluralidad y expansión de los órganos de la Justicia Nacional exige que un ejercicio satisfactorio de las facultades que se vinculan con el ejercicio del poder disciplinario excluya, por impracticable, la intervención exclusiva de la Corte, ya que tal concentración atentaría contra el plausible principio de inmediación respecto del personal de los tribunales inferiores y de los hechos a considerar y la conclusión contraria se convierte en un factor de desorden funcional, si los encargados de dirigir la labor de dichos tribunales no se hallasen investidos de potestad para sancionar los incumplimientos del personal a su cargo (Disidencia de los Dres. Enrique Santiago Petracchi y Jorge Antonio Bacqué)

*** Corte Suprema de Justicia de la Nación * De La Torre, Juan Carlos s/ hábeas corpus - causa 550 * 22/12/1998 * Fallos, 321:3646.**

- Si, una vez iniciada la denuncia judicial, el amparado nunca fue llevado en presencia del juez a pesar de que éste dictó un decreto que resultaba un verdadero auto de hábeas corpus y consecuentemente lo obligaba a llevarlo ante sí, esto no sólo contraría al principio de inmediatez sin que el estado de indefensión se fue agravando ya que los terceros denunciados tampoco fueron escuchados en la causa (Disidencia del Dr. Gustavo A. Bossert).

CAPÍTULO XIX

LAS REGLAS DE LA ORALIDAD Y LA ESCRITURA

1. La oralidad como principio político

El sistema oral o escrito para los procedimientos se puede resumir en ventajas e inconvenientes que muestren en la confrontación, beneficios y perjuicios para quien elija un trámite conforme. No obstante, la sencillez no es tal cuando se escarba en los orígenes del modelo, porque con ella comienza una cuestión de política procesal que excede largamente la simplificación de las reglas.

En efecto, la oralidad fue expuesta por Chiovenda como sinónimo de su pensamiento, claro que acompañada de dos principios más, concentración e inmediación procesal. La línea argumental toma cuerpo en la proclama de 1901, en la Universidad de Roma cuando refiere a “*las formas en la defensa judicial del derecho*”⁽⁶⁴¹⁾ y sostiene que la abolición de las solemnidades judiciales era una necesidad que podía quedar resuelta con algunos *medios directos*, como la oralidad, la relación inmediata entre la parte y el juez; y *medios indirectos* como la exclusión absoluta de las espórtulas judiciales⁽⁶⁴²⁾.

En esta oportunidad se avizora la oposición que plantea al procedimiento tradicional, con dilaciones e incertidumbres y propenso a la discusión constante de todos los planteos. En 1906, dos hechos suscitan al unísono la aspiración por la oralidad en los juicios. Por un lado la edición de sus “*Principios*”, y por otro, la conferencia dictada en el Círculo Jurídico de Nápoles (11 de marzo de 1906), cuando dice [...]: “El ideal de nuestro tiempo sería que ninguna litis se perdiese por razones de forma. Más profundo y más grave aparece el contraste entre la dirección del pensamiento científico moderno, enemigo por naturaleza de todo prejuicio, de todo convencionalismo, de todo vínculo en la investigación de la verdad, y los límites de toda clase, positivos y negativos, que se ponen al pensamiento del juez en la investigación de la verdadera situación de hecho

⁶⁴¹ . Chiovenda, Giuseppe, *Ensayos de derecho procesal civil*, volumen 2, Ejea, Buenos Aires, 1949, ps. 123 y ss.

⁶⁴² . *Ibidem*, p. 143.

en las causas. De un lado, el juez no puede servirse por lo general más que de los medios de prueba que las partes presentan y proponen; algunos medios le están prohibidos enteramente, como el examen testimonial, fuera de ciertos límites; y, de todos modos, no puede hacer uso de ellos sino de acuerdo con determinadas reglas. ¿Qué más? En los juicios más graves no le es dado ni siquiera conocer personalmente a los litigantes, las afirmaciones de los cuales debe juzgar; por otro lado, él está obligado a considerar como verdaderos los hechos confesados, y a juzgar conforme al juramento prestado. La prueba legal tiene siempre un puesto importante en nuestro proceso civil; y el juez, aunque cumpla una función de Estado, es siempre el más pasivo de los funcionarios de Estado” (643).

Queda impreso con este razonamiento una clara y rotunda afirmación: un proceso de formas desnaturaliza el debate entre las partes, en cuyo caso las soluciones deben partir no desde el derecho procesal, sino desde las leyes, porque, en definitiva –se interroga– ¿no es éste un problema entero de la relación entre el Estado y el ciudadano, trasladado al campo del proceso civil? ¿No es el eterno conflicto entre la libertad individual y los poderes públicos?

En el capítulo anterior señalamos que Montero Aroca afirma que es realmente en la conferencia de 1909 (Círculo Jurídico de Roma, del 17 de abril de 1909) cuando Chiovenda establece de modo general y teórico cuál era el contenido del principio de oralidad, pero que la verdadera fundamentación está en los “*Principios*” (644).

⁶⁴³ . *Ibidem*, p. 167.

⁶⁴⁴ . Dice Montero (cfr. *La nueva ley de enjuiciamiento civil española y la oralidad*, Derecho, Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2000, ps. 555/635) [...]: “En marzo de 1906 pronuncia Chiovenda una conferencia en el Círculo Jurídico de Nápoles, con el título Las reformas procesales y las corrientes del pensamiento moderno, en la que después de una larga introducción sobre la importancia política y social del proceso civil, sobre la influencia de las reformas políticas en las leyes procesales, con alusión a tratados internacionales, afirma la inadecuación del Código procesal italiano de 1865 a las condiciones de la sociedad y de la cultura de la época, para concluir que la solución “no será fruto de una reforma legislativa, ni de una reforma radical, sino sólo de una lenta y profunda modificación de nuestra conciencia y de nuestros sentimientos”. En este contexto de conservadurismo iluminado, de defensa de los abogados y de indeterminación de las reformas necesarias, hizo dos alusiones a la oralidad; una de pasada y otra algo más concreta, pero no para proponerla como modelo, sino sólo con referencia a Austria y a la Ordenanza de Klein. Dijo sólo que el proceso austríaco “ha spinto alle sue estreme applicazioni il principio della oralità; el mismo se basa en la concentración normal de todas las actividades procesales en una única audiencia, destinada a las alegaciones de fondo por las partes, a las pruebas, al debate” [...]

Es cierto, pero no se pueden aislar las ideas escritas de las conferencias pronunciadas, porque cuando escribe los *Principios* recopila y sintetiza la historia italiana, para demostrar que la invasión de leyes extranjeras había sido un obstáculo para la evolución del derecho procesal. Allí señaló al *Reglamento general judicial* de José II (1781) de Austria, conocido como código Lombardo; luego, el *Código de procedimiento civil* francés que publican varios estados italianos a partir de 1806, e indica la influencia de otras legislaciones particulares de los Estados de Parma y Piacenza, entre otros.

Para Chiovenda los errores que advertía en toda esta legislación eran: excluían completamente la publicidad y la oralidad y toda inmediata relación entre el juez y los litigantes; el sistema quedaba dominado por el poder dispositivo de las partes; los estadios procesales se sostenían en la contestación, la réplica, la dúplica, la tríplica, la cuádruplica, debiendo el demandado, sin embargo, producir todas sus excepciones al mismo tiempo, sin poder el actor deducir en la réplica nuevas circunstancias y pruebas. Se conservó también la sentencia probatoria del derecho germánico, aunque el pleito quedaba dividido en dos partes: una destinada a las *afirmaciones*, que terminaba con la sentencia ordenando la prueba; y otra destinada exclusivamente a las *pruebas* que terminaba con la sentencia definitiva.

La crítica que expresa en la introducción de los *Principios* tiene un sentido y dirección. Chiovenda estaba elaborando una renovación del proceso civil imaginando un sistema diferente al tradicional, emparentado

Estas dos únicas alusiones no pueden entenderse como el inicio de la propaganda sobre la oralidad. Este se encuentra en la conferencia pronunciada por Chiovenda en 1909, y en el Círculo Jurídico de Roma con el título El estado actual del proceso civil en Italia y el proyecto Orlando de reformas procesales, pues en este otro texto sí se ocupa ampliamente de la oralidad y sí afirma que en ella se encuentra la reforma radical que Italia necesita.

Entre 1906 y 1909 se había producido un hecho aparentemente sin relación con el principio de oralidad, pero que va a condicionar todo el desarrollo del mismo y desde el inicio. El Maestro de Chiovenda, quien lo había hecho catedrático de la Universidad de Roma a la tempranísima edad de 34 años y por chiara *fama*, sufrió una repentina conversión que le llevó a ser apóstol de la idea de que “no podemos continuar manteniendo un derecho general que es inferior al de todos los otros pueblos civilizados”. En estas circunstancias, ante un proyecto de ley que contenía pequeñas reformas y con un Maestro que se declaraba apóstol de la reforma radical, Chiovenda tuvo que abandonar su anterior posición de modificación de la conciencia y de los sentimientos para convertirse a la nueva fe de la reforma radical. Esa conversión consistió en llegar a ser el apóstol de la oralidad; su camino de Damasco fue indirecto, pues el converso primero fue Scialoja y Chiovenda lo fue sólo en segundo grado.

con la filosofía del “Código de Klein” de Austria, pero distinto en la dimensión de los poderes y deberes jurisdiccionales (⁶⁴⁵).

En efecto, la oralidad podía ser un sistema para el desarrollo de las actuaciones, pero también permitía un control activo sobre el desempeño de las partes, concentraba los actos y reducía la contradicción al mínimo imprescindible, desde que todas las alegaciones debían formularse al mismo tiempo. De este modo, las partes conservaban el poder dispositivo respecto del material (aporte de los hechos), siendo el juez quien asumía el control y la dirección del proceso, antes en manos de los litigantes.

Al mismo tiempo, la oralidad permitía en el pensamiento de Chiovenda, facilitar el objetivo de todo proceso: la *actuación de la ley*. [...] “Este es el fin del proceso, no la defensa de derechos subjetivos, como muchos afirman...sino la actuación de esta garantía que es la ley...La actuación de la ley es el fin constante del proceso, sea fundada o infundada la demanda del actor; la sentencia que la acepta o que la rechaza es siempre actuación de la ley, esto es, afirmación de una voluntad positiva o negativa de la ley. El proceso no sirve a una parte o a la otra; sirve a quien tiene razón, según el criterio del juez” (⁶⁴⁶).

En suma, la oralidad se emplaza como un sistema político para la gestión judicial. Ella importa elegir más que un modo de expresión, porque en la práctica supone trabajar con el material procesal (alegaciones, afirmaciones, ofrecimiento de prueba, etc.) que se presenta en la audiencia, sin recurrir a escritos o memorias; a diferencia del modelo escrito, donde el tribunal labora únicamente con el material suministrado por las partes a través de los escritos (⁶⁴⁷).

⁶⁴⁵ . A principios del siglo XX el ascendiente de la Ordenanza procesal austriaca era muy grande, y generaba resistencias en quienes mantenían con el peso de su autoridad científica los esquemas rituales del código sardo de 1865 que había sido adoptado como ley nacional al realizarse la unidad italiana. Tanto Mattiolo y aún más Mortara (1855-1936), eran hirientes con Chiovenda; el primero porque veía que el fulgor de su estrella se apagaba con el recién llegado, el segundo, porque siendo apenas mayor, sentía que pese a lograr ser reconocido con más lustre que su maestro (Mattiolo) no conseguía doblegar al “joven impetuoso y poco reflexivo” (cfr. Gozaíni, Osvaldo A., *Los protagonistas del derecho procesal. Desde Chiovenda a nuestros días*, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires / Santa Fe, 2006, p. 33).

⁶⁴⁶ . Chiovenda, José, *Principios de derecho procesal civil*, traducción de la 3ª ed. Emiliana por José Casais y Santaló, Tomo I, Reus, Madrid, 1977, p. 96.

⁶⁴⁷ . Díaz, Clemente A., *Instituciones de derecho procesal*, Tomo I, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1968, p. 314.

2. Evolución de la oralidad

La instrumentación verbal del debate contaba ya con fuerte presencia en el código de procedimiento civil de Hannover de 1850 (elaborado por Gerhard Adolf Wilhelm Leonhardt) y en Alemania la Z.P.O. lo consagró en 1877, tomándolo como “la piedra angular” de la reforma.

Schönke explicó que [...] “el objetivo de un procedimiento con oralidad plena es muy difícil de alcanzar, pero de considerable importancia. Ha sido puesta de relieve también en el Decreto de aceleración e intermediación en el procedimiento, en donde se dice <<el debate oral es la médula del procedimiento. Sólo de un debate oral regido por la intermediación y en el que reine la actividad, puede y debe el juez sacar su convicción [...]. El requisito de la substanciación oral significa que no puede resolverse sin debate oral a una petición unilateral de la parte ni sin súplica ni debate de ambas partes. Además, sólo puede ser tenido en cuenta en la resolución lo alegado por las partes ante el Tribunal en el acto de la vista. No obstante, es admisible en el debate remitirse a escritos en cuanto no se oponga ninguna de las partes y el Tribunal lo estima pertinente. Concluido el último debate oral, no hay ya posibilidad en principio para escritos preparatorios. Otra cosa sucede si las partes han solicitado una resolución sin vista oral bajo reserva de que por ambas se puedan todavía, dentro de un determinado plazo, presentar escritos. Por lo demás, no pueden ser utilizados como fundamento de la sentencia, escritos que se hayan presentado después de concluir el último debate oral [...]. Del principio de la oralidad síguese también el que la sentencia solamente pueda ser dictada por los jueces que han asistido al debate”⁽⁶⁴⁸⁾.

La oralidad se consolidó en Europa hasta llegar a constituir un principio particular (el principio de oralidad) que fue adaptado por las legislaciones emergentes⁽⁶⁴⁹⁾. No obstante, con el paso del tiempo y, especialmente, por la escasa preparación del debate, la oralidad plena fue mitigada permitiéndose la introducción de alegaciones escritas. De este modo el desarrollo actual en Alemania admite alternar entre presentar por escrito las peticiones; requerir la celebración de una audiencia para

⁶⁴⁸ . Schönke, Adolfo, *Derecho Procesal Civil*, Bosch, Barcelona, 1950, p. 42.

⁶⁴⁹ . Cappelletti dice que todos los códigos del siglo XX, desde el húngaro de 1911 (obra de Alejandro Plósz), al noruego de 1927, el polaco de 1933, el yugoslavo de 1929, hasta llegar al código federal suizo de 1947 y el sueco de 1948, así como las leyes de países socialistas de Europa, se han basado en el criterio de la relación inmediata y oral del juez con las partes y los otros sujetos del proceso (Cappelletti, Mauro, *El proceso civil en el derecho comparado*, Ejea, Buenos Aires, 1963, p. 54).

expresar verbalmente lo que se quiere; y finalmente, puede haber regulaciones intermedias mixtas ⁽⁶⁵⁰⁾.

Prácticamente lo mismo sucedió en Italia, que tras la prédica de Chiovenda, finalmente consagrada en el código del 40, se desvirtúa en 1948 cuando de alguna manera se vuelve al proceso sumario.

Irónicamente dijo Allorio [...] “Ya se sabía todo esto. Que el código de 1940 realiza una forma de oralidad sin intermediación y sin concentración, y por esto mismo, limitada y de reducido rendimiento, no es absolutamente novedad. Es igualmente conocido que el sistema adoptado por el código fue resultado de un compromiso entre exigencias ideales y concretas posibilidades técnicas. Lo *optimum* habría consistido en la instrucción confiada al mismo órgano decisor, al colegio; mas la escasez del personal judicial no permitía realizarlo. Y puesto que, por otra parte, no había encontrado favor la idea del juez único, emergente en los proyectos Solmi, se tomó por una vía intermedia” ⁽⁶⁵¹⁾.

En definitiva lo que sucedió fue que no logró la oralidad una fórmula pura, en el sentido de desenvolver todas las actuaciones en forma verbal y ante el juez de la causa. Hubo preeminencia de lo escrito, o un predominio de la oralidad, recibiendo cada forma la influencia del otro.

Guasp reconoce justamente que el predominio de la oralidad pareció ser un axioma procesal que fue perdiendo el carácter de indiscutible como alguna vez llegó a pensarse [...] “pero no es menos cierto que esta alteración no se debe tanto a un fracaso experimental del sistema, como al deseo de llegar a una combinación de direcciones de la que se espera mayor rendimiento que el que en sí pudiera dar la oralidad” ⁽⁶⁵²⁾.

2.1 Oralidad y principio de publicización (socialización del proceso civil)

La influencia del modelo de Klein, con las adaptaciones que introdujo Chiovenda, y las modificaciones habidas en los ordenamientos procesales de cada país, pergeñó un cambio filosófico en la forma de mirar el desempeño procesal. Dice Cappelletti que la idea es muy simple,

⁶⁵⁰ . Leible, Stefan, *Proceso Civil Alemán*, Dike – Konrad Adenauer Stiftung, Medellín, 1999, p. 141.

⁶⁵¹ . Allorio, Enrico, *Problemas de derecho procesal*, Tomo I, Ejea, Buenos Aires, 1963, p. 339.

⁶⁵² . Guasp, Jaime, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Aguilar, Madrid, 1943, p. 689.

“significa que el proceso civil, aun siendo un instrumento dirigido a la tutela de los derechos (normalmente) privados, representa, sin embargo, al mismo tiempo, una función pública del Estado. Tratándose de una función pública –al igual que las funciones legislativas y administrativas- hay que considerar que el Estado mismo, y no solamente las partes privadas, está interesado en un ordenado, rápido, orgánico, imparcial ejercicio de aquella función; que esta interesado, en suma, en realizar e imponer el mejor posible modo de llevar a cabo aquella función. La consecuencia práctica más evidente de esta idea es la siguiente: que las partes privadas, aun siendo libres de disponer de los derechos sustanciales deducidos en juicio, o sea del objeto del proceso, no son libres, sin embargo (o, por lo menos, no son completamente libres) de disponer a su gusto también del proceso mismo, o sea del instrumento procesal. En otras palabras, las mismas no son libres de determinar a su gusto el modo como el proceso debe desenvolverse” (653).

El protagonismo del juez era imprescindible en la oralidad, y se proyectó como una ineludible consecuencia del principio de inmediación; a diferencia del sistema escrito decimonónico que pretendió la total neutralidad del juez, ubicado en el desarrollo del proceso solo en la etapa final de decisión.

De todos modos, la inmediación sin oralidad (procedimiento donde predomina el desarrollo escrito) es posible, y anuda en los poderes y deberes del juez la actividad directora que de él se espera; así como en los procesos mixtos, como el llamado “juicio por audiencias” favorece la concentración y el desarrollo verbal de la instancia.

2.2 Alcance de la oralidad

El planteo de las pretensiones en debate oral no se logró instalar con la eficacia que el modelo tuvo en vista; por eso, la etapa proposicional escrita fue predilecta, dejando lo verbal actuado para la etapa de deliberación probatoria.

Desde entonces, se trata de resolver si es mejor el método que permite al juez analizar directamente los hechos y las alegaciones, oyendo a las partes para dictar posterior sentencia; o si es preferible llegar a esta instancia una vez cumplidas distintas etapas compiladas en el expediente. Va de suyo, que la presentación del dilema ofrece una primera experiencia:

⁶⁵³ . Cappelletti, ob. cit., p.45.

no existen procesos absolutamente orales, ni totalmente escritos, pues unos y otros reciben en algún momento pasajes de ambos tipos de expresión.

Por eso, también, el enfrentamiento entre oralidad y escritura diseña una polémica real en torno a derivaciones de sus postulados, más que a la pureza y eficacia que persiguen con sus idealizaciones. En consecuencia, la crisis asienta en los problemas de la intermediación, la concentración y la publicidad, entre otros aspectos; pero el punto neurálgico radica en desentrañar la verdadera naturaleza de uno y otro principio.

A estos fines puede constatarse que no existen, como anticipamos, procesos totalmente escritos u orales, sino, más bien, procedimientos que mezclan ambos generando un predominio manifiesto de alguno de ellos. En general la instancia de apertura (demanda) es escrita, como también lo son el responde, las excepciones y defensas. Sin embargo esta característica no es suficiente ni otorga ventajas prácticas para elucidar la conveniencia de optar por un medio de los mentados para expresar la voluntad.

Lo fundamental debe atender dos cuestiones esenciales: la primera recibe de la actividad procesal el dato que comprueba la adscripción a uno u otro mecanismo, sin comprender que haya oralidad o escritura en el proceso, por el sólo hecho de la forma de instaurar la demanda. Adelantando conclusiones, advertimos que tampoco el tránsito absoluto por la oralidad, en las etapas consecutivas, instalará en ese campo al proceso, toda vez que es posible constatar la presencia de actos escritos en otros ciclos, o en la misma sentencia.

En segundo lugar, resulta contundente como elemento de distinción, ver la incidencia del material suministrado por escrito o recogido en actos ⁽⁶⁵⁴⁾ para pronunciarse sobre el mérito de la causa. Como el primer componente no tiene respuestas sin fisuras, es conveniente adoptar como temperamento el predominio procesal de uno de los sistemas.

Descartemos la etapa introductiva para mostrar la condición del procedimiento, dado que si referimos exclusivamente al proceso civil y comercial, no aparece en esta instancia ninguna alegación verbal. La nota definitoria, entonces, escala en la etapa probatoria, y es esta coinciden tres hechos destacables para reconocer la importancia de un mecanismo sobre otro.

La señal más próxima se manifiesta en la forma como va a producirse el acto de demostración, en cuyo caso, el ordenamiento jurídico puede exigir que sea cumplido "en presencia de otras personas, bien sean

⁶⁵⁴ . Díaz, Clemente, *Instituciones...*, tomo I, cit., p. 314.

estas personas los destinatarios finales del acto mismo o no" ⁽⁶⁵⁵⁾. Al respecto señala Guasp [...]: "El principio de la inmediatividad que ofrece particular interés en lo que se refiere a los actos de prueba se muestra más importante en cuanto a su aplicación en un proceso de tipo oral que de tipo escrito, no en el sentido de que en este último no sea posible o conveniente, sino en el que en aquel resulta indispensable para que las ventajas de la oralidad no queden malogradas; esto explica el que, aunque por razones diversas, también haya perdido el principio de la inmediatividad el carácter indiscutible que antes tenía *ex iure condendo*; la división que hoy parece afirmarse entre instrucción y fallo del proceso confiada cada uno a órganos jurisdiccionales independientes, demuestra en efecto, la crisis del principio" ⁽⁶⁵⁶⁾.

Seguidamente, el rumbo lo ilumina la secuencia con que se producen los actos, de modo tal que la prueba concita sucesivas actuaciones; o se reúne en un acto de concentración procesal, o se emite de viva voz ante la autoridad encargada de recibirla. De este modo, es dable comprobar en los actos preclusivos la presencia del sistema escrito, tanto como ocurre en la concentración procesal que se expresa mediante actos exclusivamente redactados previamente, o que se levantan en actas circunstanciadas del relato que otros aportan (oralidad actuada). La oralidad estará presente cuando el acceso a la prueba sea inmediata y el tribunal la perciba sin necesidad de memorizarla por escrito.

Finalmente, esta caracterización pondera el tiempo que fracciona el desenvolvimiento de los tipos, porque mientras la oralidad persigue culminar el proceso en el menor número de actos; la escritura conlleva un orden secuencial, preclusivo y ordenado, (generalmente formal) para desarrollar el litigio.

Bien dice Fairén Guillén que "la oralidad produce la necesidad de evacuar todo el material de la instrucción en una o varias sesiones ante el tribunal lo más próximas posibles, es decir promueve la concentración del material y del procedimiento, hecho posible también gracias a la facultad de interrogación y esclarecimiento de los jueces derivada del principio oficial" ⁽⁶⁵⁷⁾.

⁶⁵⁵ . Guasp, *Comentarios...*, tomo I, cit., p. 690.

⁶⁵⁶ . Guasp, *Comentarios...*, tomo I, cit., p. 691

⁶⁵⁷ . Fairén Fuillén, Víctor, *La elaboración de una doctrina general de los principios del procedimiento*, Revista de Derecho Procesal, 1949-I, p. 185. Ediar, Buenos Aires.

3. La escritura como sistema

De alguna manera el principio de la escritura en los procesos convalida el criterio de desconfianza en el juzgador. Implícitamente se lo quiere al juez como lector de las prédicas y resolutor de los conflictos. Ha de juzgar sobre la base de los escritos sin entrar en contacto con las partes y menos aun con los testigos y demás partícipes.

Explica Cappelletti que [...] “la escritura se consideraba casi como un escudo del juez contra las tentaciones y los peligros de la parcialidad. La misma era, en realidad, la barrera, el diafragma que separaba al juez del proceso y de aquellos que del proceso son los verdaderos protagonistas privados: sobre todo, las partes y los testigos” (658).

Lo cierto es que pese a estas características, lo escrito diagramó buena parte de los códigos procesales latinoamericanos, quizás por la influencia de la ley de enjuiciamiento civil española que, como vimos, desalentó con su práctica el modelo oral que contenía.

3.1 *Las formas escritas*

El procedimiento escrito se estructura sobre la base de la sustanciación de los actos, lo que supone respetar a ultranza el principio según el cual "debe oírse a la otra parte". Para cumplir con la regla, toda petición que incida sobre el derecho de la oponente debe ser conocida por la otra, quien toma conocimiento a través de medios de comunicación que conservan el acto y lo incorporan al expediente como un documento indubitado (público).

El tipo procedimental argentino corresponde a esta modalidad, otorgando ciertas concesiones a la oralidad en los casos del informe "in voce" que se autoriza a formular ante las cámaras de apelaciones cuando se trata de agravios contra la sentencia definitiva y se ha producido prueba en segunda instancia (659). En cambio la oralidad, por sí misma, no tiene ventaja alguna si no es completada o integrada con otros principios que la nutren de valor intrínseco.

⁶⁵⁸ . Cappelletti, ob. cit., p. 49.

⁶⁵⁹ . Palacio, Lino E., *Derecho Procesal Civil*, tomo I, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1979, p. 270

3.2 Inmediación con oralidad o en la escritura

Lo esencial para la eficacia de cualquier sistema está en la inmediación del órgano judicial, vale decir, en la presencia del juez en la dirección de los actos del proceso. El modelo del proceso por audiencias combina oralidad en las actuaciones con expresiones escritas, debiendo afinar mejor algunas situaciones que debiendo ser totalmente verbales, terminan reflejando lo actuado en actas que vuelcan la forma de expresión en un documento escrito. Este mecanismo conspira con la eficacia que del sistema se espera.

4. Ventajas de la escritura

Las ventajas que presenta la escritura se pueden enunciar:

a) Fija documentalmente la expresión y voluntad de las partes, permitiendo conocer en todo tiempo las manifestaciones de ellas, constatando la evolución del pensamiento y la seriedad de su compromiso hacia la verdad y razón de sus conductas.

b) Admite pensar en la reflexión serena del juez a la hora de dictar sentencia, alejando los peligros de la improvisación y la ligereza.

c) Mediatiza el peligro de la retórica forense y del exceso en la elocuencia con que se expresan quienes hacen de la verbosidad la manera común de convencer al justiciable y al órgano judicial.

d) El procedimiento escrito abarata el costo del proceso, aun cuando sea opinable este criterio.

Los inconvenientes serían los siguientes:

a) La solemnidad exigida para formalizar la presentación de los actos genera el riesgo de desecharlos por no revestir la coloración ritual exigida. Asimismo, el sistema acuñado es lento y fatigoso porque obliga a correr plazos de vistas y traslados con sus tiempos para oír al contrario.

b) La obligación escrita no previene el exceso verbosidad, porque, a contrario sensu, la misma expresión latosa y abundante puede vertirse por escrito, e inclusive, utilizar ese medio para introducir ambigüedad y desconcierto.

c) La realidad práctica reconoce que en el proceso escrito la inmediación es pura esperanza, e ideología, posibilitando la delegación de

actos vitales del juicio en los auxiliares de la jurisdicción. Tal contingencia, sobre todo en la etapa de prueba, puede llevar al juez a incurrir en errores cuando valora los hechos y las pruebas, pues la reproducción en actas, habitualmente, no es precisa ni exhaustiva.

5. Ventajas de la oralidad

De su parte, la oralidad resulta conveniente por estos motivos:

a) Facilita el entendimiento con las partes de una manera franca y directa, eliminado el subterfugio o la habilidad para persuadir sin derecho. La inmediación es el pilar del principio, imposibilitando la delegación de funciones, que son tan importantes en la prueba.

b) La búsqueda de la verdad cuenta con el magnífico encuadre de la investigación y requerimiento directo, soslayando el sofisma habitual que encierran las audiencias del proceso escrito. Es decir, que para lograr el perfil adecuado, es imprescindible la presencia del juez en las etapas donde comparecen las partes para aportar hechos, pruebas y alegaciones de mérito, so riesgo de vulnerar los beneficios que se obtienen de la proximidad.

Correctamente dice Lascano que [...] "el lugar que corresponde a la oralidad está en la prueba; cuando no hay prueba la oralidad no es necesaria y ni siquiera conveniente, a menos que se trate de cuestiones simples, fáciles de considerar y resolver de inmediato. La ventaja primordial de la expresión verbal radica precisamente en que constituye un medio que conduce a una más exacta expresión de la realidad de los hechos. Eso es lo que en definitiva destacan los autores de todas las épocas -desde Bentham a Chiovenda-, que han hecho el elogio apasionado del procedimiento oral. La mayor facilidad con que se ha incorporado la oralidad en el procedimiento penal de casi todos los países, se debe en gran parte, a que en lo criminal, el objeto materia del proceso es el delito, vale decir, un hecho material susceptible de probarse. El asunto de derecho, la cuestión legal, constituye algo accesorio, que no llega a absorber el debate sino la excepción. Son los hechos y las complicaciones de los mismos los que atraen la atención y el interés de las partes, el juez y el público, ansiosos todos de llegar al descubrimiento de la verdad; y como el descubrimiento de la verdad es la razón de ser y objetivo primordial de la instrucción, se explica que se utilice el medio más idóneo para conseguirlo" (⁶⁶⁰).

⁶⁶⁰ . Lascano, David, *Proyecto de código de procedimiento civil y comercial*, La Ley, 1935, La Plata, 1957.

c) La oralidad se fundamenta en la desformalización del proceso, porque, parafraseando una cita de Chiovenda [...] “la escritura, como dice Sócrates, es cosa muerta. No satisface plenamente nuestra curiosidad, no responde a nuestras dudas, no nos presenta los infinitos aspectos posibles de la misma cosa. En la viva voz, habla también el rostro, los ojos, el color, el movimiento, el tono de la voz, la manera de decir y tantas otras diversas pequeñas circunstancias que modifican y desarrollan el sentido de las palabras; y suministran tantos indicios en favor o en contra las afirmaciones de las palabras. La lengua muda es la elocuencia del cuerpo, valiéndose de la frase de Tulio como más interesante, es también más verídica que las palabras, y puede ocultar menos la verdad. Todos los signos percibidos se pierden en la escritura muda y faltan al juez los argumentos más claros y ciertos” (⁶⁶¹).

d) El proceso es esencialmente público, tanto para las partes, como para la sociedad toda, que a su vez conlleva el control público de la actividad jurisdiccional. La publicidad del sistema beneficia la verdad final que se consigue, sea por la depuración que se decanta del material postulado en la etapa introductiva; o bien, de las declaraciones de los terceros allegados a la causa que aun deformando deliberadamente la realidad, puede encausarse por el juez o requerirse las interpretaciones necesarias. Va de suyo, que la "majestad de la justicia", presente y vista por los testigos, elimina toda suspicacia de la falsedad o inducción del deponente.

e) La práctica oral, evita, o por lo menos inutiliza, la "chicana" procesal, porque la conducta obstruccionista tiene respuesta inmediata y solución tempestiva. La ausencia de escrúpulos es una fantasía en la oralidad, con las excepciones que naturalmente la praxis suele ofrecer.

Sin embargo, la oralidad es resistida y muestra en el paso de la historia estos reveses:

a) Si existe una crisis en la práctica del juicio oral es producto de las necesidades que el sistema requiere. Son inversiones de infraestructura y en recursos humanos que suelen postergarse, convirtiendo la necesidad de aplicación pura, en estructuras judiciales que comparten la actividad judicial en procesos escritos y orales que pocas veces pueden convivir en armonía.

⁶⁶¹ . Chiovenda, *Principios...*, tomo II, cit., p. 132.

b) Los principales reparos a la oralidad fueron presentados por las asociaciones de abogados, sosteniendo que la instauración de tal tipología arrasa con la cuantificación del trabajo porque obliga a una atención directa, puntual y precisa, con días enteros de dedicación. Por otra parte, agregaron, es una medida que lleva a asociar el trabajo profesional ante la posibilidad de superposición de audiencias, limitando el crédito de honorarios y haciendo, en consecuencia, más oneroso al proceso.

c) La justicia entendió que la oralidad requería una magistratura especializada, o al menos, una preparación previa que los educara en el método. No hay que olvidar que, de alguna manera, el juicio oral desplaza la evaluación meditada y serena, con la rapidez que exige la inmediatividad. Ambos aspectos fueron anotados señalándose que "el problema de la oralidad-escritura no tiene solución absoluta [...] porque no sólo depende de factores técnicos procesales, sino también de otros, como son la idiosincrasia y la educación social, política y jurídica de los individuos y los pueblos" (⁶⁶²).

Un reexamen del modelo impone considerar los desatinos que han generalizado su desventura. Globalmente la crítica sospecha sobre la verdadera celeridad que ofrece porque, la realidad muestra que los procesos orales son aún más lentos que los escritos.

Constatado ello, la explicación no advierte fallas estructurales del método sino un cúmulo increíble de expedientes que impide racionalizar el trabajo. Implica esta circunstancia que, tal como ocurrió en la experiencia bonaerense (ley 7861), se implantaron los tribunales colegiados sin atender el crecimiento progresivo de la demanda judicial en los asuntos que su competencia atrapaba. Súmase la deficiencia en la infraestructura judicial, el escaso número de jueces para la oralidad, los padecimientos para realizar las pruebas periciales antes de la audiencia central, la falta de cooperación de los abogados, el disfavor de las autoridades para mejorar el sistema, etc. todo ello completó el cuadro distorsionado que hizo creer que el proceso oral no era una respuesta sustitutiva a los males endémicos del sistema escrito.

Es cierto también, que la oralidad requiere ajustes metodológicos y prácticos, basados en la consecuencia de establecer no un sistema absolutamente puro, sino combinado con la escritura. En efecto, existen pasajes concretos del proceso oral o por audiencias, que necesitan una reeducación funcional.

⁶⁶² . Fairén Guillén, ob. cit., p. 423.

La rebeldía, la incontestación de la demanda, o la incomparecencia a estar a derecho necesitan evaluar el sentido del silencio en este procedimiento ¿Porqué continuar su trámite, cuando la dinámica de las cargas y obligaciones, habría convertido el litigio, en una cuestión de puro derecho?

La fase probatoria no necesita de reproducciones escritas cuando la actuación puede quedar fonograbadas. Esta es una de las innovaciones principales que tiene la última reforma procesal de la nación. El cambio está en el agregado inciso 6º del art. 125 que resuelve la documentación de la audiencia por medio de fonograbación. Este se deberá realizar en doble ejemplar, una de las cuales quedará en el Juzgado, incorporada al expediente hasta que se dicte sentencia. El otro, estará a disposición de las partes para su consulta (lo que supone que el Juzgado deberá prever la instalación de equipos técnicos de reproducción). También las partes podrán grabar por cualquier medio que deseen lo que en la audiencia suceda, pero estas constancias carecerán de fuerza probatoria según lo establece la norma. Asimismo el inciso 7º establece que *el tribunal podrá decidir la documentación de las audiencias de prueba por cualquier otro medio técnico*, sin establecer cuáles podrán proponerse. De este modo, se suprimen las actas tediosas y poco confiables que caracterizaron la documentación de las audiencias.

Finalmente, el tiempo para pronunciar el veredicto y dictar la sentencia no deben alejarse del momento de la audiencia central; hasta sería aconsejable que el primero se dijera en el mismo día, a los fines de resguardar el principio de unidad de vista y el rol y protagonismo del órgano.

6. Principio de publicidad

La tarea dogmática e informadora de la publicidad puede fraccionar sus intereses en estos sentidos:

Como *garantía constitucional* integrada a la noción de "debido proceso", por cuanto refleja los actos del Poder Judicial, transformando el silogismo que para el público tiene el proceso en una noción deductiva y comprensible para quienes nada conocen de leyes.

De suyo, importa también corporizar el sentido de responsabilidad social de los jueces, esto es, la responsabilidad no ya enfocada en función del prestigio e independencia del Poder Judicial, ni del poder de un ente abstracto como es el Estado, ni de algo que se personifique en gobernantes, grupos o individuos determinados. Ella debe ser entendida en función de

los usuarios del servicio de justicia, de ahí que combina la imparcialidad y la objetividad de los jueces con un adecuado porcentaje de responsabilidad social, requerido tanto a la sociedad como a quienes forman parte de ella y que son los auténticos destinatarios de dicho servicio" (⁶⁶³).

La *publicidad interna del proceso*, se desenvuelve en el principio regulando los actos que pueden trascender hacia afuera o que, por su contenido, quedan sólo en conocimiento de las partes. En este aspecto, conviene advertir que la naturaleza pública del proceso, impide la existencia de procedimientos secretos para las partes. Estas deben igualarse en las reglas de la bilateralidad, porque si el contradictorio se anula, también se anula el proceso como institución regular.

La publicidad interna del proceso se destaca en las disposiciones que se ocupan de las audiencias (con asistencia o no del público, según lo disponga el juzgado); en el acceso al expediente (pueden solicitarlo partes e interesados, o solo quienes acrediten intervención en él), en las formas de cumplir ciertas notificaciones (copias en sobre cerrado por la índole secreta del conflicto), entre otros.

El *principio de publicidad* interesa al proceso como manifestación exterior de sus actos. No ocupa, en este sentido, tanto el interés de las partes, como sí el acceso que tiene el público en general para conocer sus problemas internos. Cabe distinguir aquí entre publicidad activa, cuando el público participa directamente "viviendo el proceso"; de la publicidad pasiva, cuando el público toma noticia del proceso sin haberlo presenciado.

En estos casos la publicidad del proceso cobra relevancia por su incidencia en otros derechos de la persona, como son el derecho a la intimidad o el de protección de datos personales.

Por ejemplo, el registro de antecedentes penales, o el de sentencias, o toda información que surja de un expediente judicial, debe permitir al interesado el derecho de exigir que la información que se transmita sea únicamente respecto a la decisión final adoptada sin agregados. Si la sentencia decide la exclusión del hogar de una persona y el embargo de sus bienes, no se podría complementar la información indicando cuales son los inmuebles o valores afectados ni el lugar del que se lo excluye.

El Consejo de Europa ha recomendado la eliminación inmediata de todo dato personal que no sea necesario para el sumario policial, a cuyo fin se establecen tres categorías de actuaciones de investigación: en primer

⁶⁶³ . Cappelletti, Mauro, *La responsabilidad social de los Jueces*, Platense, La Plata, 1987, p. 99.

lugar las dirigidas a prevenir o, en su caso, reprimir amenazas graves e inminentes para la defensa del Estado, orden y seguridad pública, siempre que sean cometidas por bandas o grupos organizados; en segundo lugar, las previstas para prevenir otros peligros reales para la seguridad pública, distintos de los anteriores; y en tercer lugar, las que reprimen infracciones penales que requieran la utilización de datos personales, sean o no especialmente protegidos.

7. El principio de acceso a la información pública

Todos los actos de la administración son públicos. Los interesados tienen derecho a obtener, en cualquier tiempo, informes, copias, reproducciones y certificaciones que soliciten y la exhibición de los expedientes que deseen consultar, salvo que se trate de asuntos militares, o diplomáticos de seguridad nacional o de datos suministrados por particulares bajo garantía de confidencia.

Este principio que informa la garantía del ciudadano como control sobre la administración pública, se puede explicar en el campo judicial como derecho de acceso al expediente como “cosa pública”.

Sin embargo, hay que diferenciar el derecho a obtener información que se puede exigir al Estado mediante el requerimiento a una conducta determinada; de aquel que le corresponde al interesado en saber los sucesos de un expediente judicial.

En el primer caso, el derecho a la publicidad de los actos administrativos, responde a las garantías de fiscalización pública que se tienen en un sistema democrático y republicano; en cambio, la información judicial puede ser secreta o reservada de conformidad con la índole de las cuestiones que se desenvuelven. En estos casos, el acceso puede ser prohibido sin mella en garantía alguna.

Reunidos los derechos se espejan con los intereses en juego y por consiguiente en la necesidad de ser armonizados para encontrar un ecuánime balance entre la necesidad de confidencialidad del gobierno y el de la información del público y la prensa, amén de la promoción de la democracia. Esta finalidad que determina el marco de la institución que nos ocupa ha marcado sus límites en los cuales al ser el Estado, por así decirlo, el sujeto pasivo de la relación jurídica que se entabla son diferentes de los trazados al derecho a la información, en relación con la vida privada y el derecho de acceso a la información personal. Sus límites están fijados por razones de interés estatal: seguridad, defensa, secretos diplomáticos, de interés social: averiguación de delitos: o de interés de terceros: protección

de la intimidad de terceros, datos suministrados por particulares bajo garantía de confidencia.

En nuestra opinión, el derecho de acceso previsto en el artículo 43 constitucional, como un derecho a la información, no se puede confundir con el derecho de entrada o conocimiento de las actuaciones administrativas, documentos o archivos de carácter público. Si la inteligencia que se acuerde a la norma fundamental es demasiado amplia, podría llegarse a vulnerar aspectos importantes del secreto y confidencialidad que tiene el Estado y los mismos particulares para que no revele información que es naturalmente confidencial (⁶⁶⁴).

⁶⁶⁴ . Gozaíni, Osvaldo A., *Derecho Procesal Constitucional – Hábeas Data*, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires / Santa Fe, 2001, p. 156.