Osvaldo A. Gozaíni

La función social del Juez

Prólogo del autor

1. Esta es una obra de selección de estudios con una idea central: mostrar como la función social de jueces y abogados va transformando el perfil de las controversias humanas, habitualmente trazadas para debatir y luchar, como si el proceso judicial fuese un campo de batalla generador de victorias y derrotas.

El aprendizaje del derecho procesal tiene posibilidades alternas para comprender sus contenidos. Muchas veces el enfoque se orienta hacia la técnica, y razona la disciplina como puramente instrumental. Vale decir, aceptando que es una "herramienta de los derechos sustanciales", y dando a entender que constituye, ni más ni menos, que un sistema para poner en práctica los derechos subjetivos. De este modo, se conoce la finalidad y los medios para lograrlo.

Otros, decididamente, resuelven sus temas desde la función que cumplen en el proceso judicial jueces y partes, de manera que los estudios se vinculan exclusivamente a la ciencia del proceso. Aquí se aprende el arte y oficio de abogar y juzgar, cada uno en su campo.

No faltan quienes reducen el problema estableciendo posiciones diferentes según se interprete que "lo procesal" es una parte del derecho privado de las personas que, al llevar sus conflictos al proceso, solicitan la aplicación del derecho objetivo; oponiéndose a algunos más que sostienen que el derecho procesal es derecho público, porque desde el proceso se protegen los intereses de la comunidad y los bienes jurídicos individuales. Digamos que este es un terreno donde abona la política procesal.

También se define el objeto de la ciencia como el estudio de las normas y funciones del poder jurisdiccional del Estado, de manera que la perspectiva tiene una inmediata connotación de contenido constitucional.

4. La polémica se encuentra desde los comienzos teóricos de la disciplina y, en líneas generales, presenta la concepción ideológica del proceso, y como tal, condiciona los poderes, deberes y obligaciones de las partes y del tribunal.

Con el tiempo y el desarrollo de las ideas, el dogma se fue extendiendo para ocuparse de los procedimientos que tienen otras áreas del saber científico, provocando reclamos de autonomía desde el derecho procesal administrativo o el derecho procesal del trabajo, y el más reciente y encumbrado, derecho procesal constitucional.

Quizás la progresión no sea precisa, pero marca una tendencia en los estudios que ha ido transformando el fundamento recibido de los maestros y cultores liminares, al punto tal que, hoy, se vuelve a reclamar la necesidad de tener una teoría general del derecho procesal, una visión unitaria del proceso, que evite encontrar diferencias allí donde ellas no existen.

5. Para nosotros hay una clara transformación en el derecho procesal, donde la influencia de lo constitucional, sumado al impacto de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, pone de relieve dicha alteración del conjunto inicial que fundó la ciencia.

En este sentido, cada capítulo muestra esas contingencias. Primero con la introducción de formas alternativas para resolver controversias, dejando en claro que el fenómeno del acceso a la justicia no supone, necesariamente, tener jueces que resuelvan conflictos intersubjetivos. Luego, los capítulos que siguen, advierten cómo se radicaliza la polémica al surgir una nueva tendencia con el llamado "garantismo procesal" enfrentando al "neoprocesalismo".

De inmediato, esa confrontación descubrirá que el problema central se agudiza con el juego operativo de las normas que se aplican en cada caso, pues con el surgimiento de los "bloques de constitucionalidad" y el impacto de la jurisprudencia del Sistema Interamericano en el derecho interno, los jueces no tienen ya un solo ordenamiento de referencia.

Por eso el gran dinamismo altera los cimientos del debido proceso decimonónico, hay un cambio de intereses e interesados, un plazo razonable para gestionar y resolver, y otras cuestiones transversales como determinar cuál es el mejor modelo para los trámites (oralidad o escritura).

6. Sigue la obra desentrañando espacios nuevos abiertos en la etapa probatoria, donde el conflicto con la verdad a descubrir o la ficción a confirmar mantiene la incertidumbre. La prueba ilícita debate en este espacio de inseguridades, como resulta igual la indecisión jurisdiccional cuando se trata de apreciar la prueba científica.

Y en la asunción de nuevos roles afloran nuevos procesos, como el de relaciones de consumo, o procesos constitucionales como el de protección de datos personales cuyo análisis se realiza en el cierre de este libro.

7. Finalmente, un agradecimiento especial a todos los profesores de mi cátedra de derecho procesal civil de la Facultad de Derecho en dos Universidades. La de Buenos Aires que me formó académicamente aunque mis años de estudios de grado transcurrieron dentro de mi ciudad natal, en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de La Plata. Y a la Universidad Nacional de Lomas de Zamora, que con treinta años de desarrollo, han conseguido instalar un amor hacia la institución, de la que me siento parte con orgullo y compromiso.

Osvaldo Alfredo Gozaíni

Capítulo I

INTRODUCCIÓN A LOS MEDIOS ALTERNATIVOS DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS

1. La mediación

A través de la mediación se persigue incorporar la denominada justicia coexistencial, donde el órgano actuante "acompañe" a las partes en su conflicto, orientándolas con su consejo en la búsqueda racional de respuestas superadoras de la crisis.

No existe diversidad antagónica de pareceres enfrentados, como ocurre con el modelo judicial que ve a los litigantes como rivales; se trata de establecer un criterio de equidad social distributiva, como dice Cappelletti, donde lo mas importante es mantener situaciones duraderas entre individuos y grupos, en lugar de zanjar una solución aislada, con rígidas aplicaciones jurídicas de razón y sinrazón ([1]).

Justicia participativa, conforme un nuevo modelo de orquestación para ofrecer alternativas válidas a los conflictos entre los hombres.

¿Es un cambio de cultura? creemos que sí, porque requiere de una gran tarea de difusión y demostración de las bondades del modelo, que el tiempo ha producido con hechos y transferido con resultados.

Hay en todo el sistema una estructura fácil de procedimiento, que disuade los formalismos priorizando la comunicación libre entre pensamientos encontrados; esa actitud de apertura mental tiende a descubrir la visión productiva del conflicto ([2]).

En este contexto tan singular, donde la crisis se atenúa ante el aflojamiento de las tensiones habituales que representa el litigio judicial, encuentra en los abogados otro enfoque y objetivos en la misión mediadora.

Bien señala Berizonce que el profesional de derecho tiene en las actuales circunstancias la difícil tarea de replantearse sus tradicionales formas de laborar; "debe" procurar componer el conflicto antes de pleitear; ha de perseguir la composición conciliadora; "habrá que dejar de lado actitudes formulísticas, tanto como acostumbrarse a deponer antagonismos estériles y posturas confrontativas inútiles; concentrar los objetivos en la búsqueda y sugerencia de soluciones concretas, razonables y generalmente, de transacción, negociadas. Lo que no implica renunciar o defraudar la defensa de los intereses confiados, ni propiciar la abdicación de los derechos legítimos, sino propugnar desde la parcialidad que representa, formas diferentes, adecuadas, justas y realísticas para los específicos y calificados conflictos que toleran encausamiento por las vías que nos ocupan. No como el partícipe

---

[1] Cappelletti, Mauro, *Acceso a la justicia como programa de reformas y como método de pensamiento*, en Revista del Colegio de Abogados de La Plata, nº 41, p. 165, La Plata, 1981; Cfr. Berizonce, Roberto Omar, *El abogado negociador*, comunicación presentada al XVII Congreso Nacional de Derecho Procesal, Santiago del Estero, 1993.

[2] Highton, Elena, *Carta de ciudadanía para la mediación*, en Revista Libra, nº 1, p. 19, Buenos Aires, 1992.

complicado en una justicia minorada, sino en todo caso, como el operador indispensable de un método específico y diferenciado de solución de controversias" ([3]).

La mediación incorpora otro elemento objetivo para la solución del conflicto. Se trata de ejercer una tarea de saneamiento independiente en los intereses de cada parte.

Es decir, la clásica postura enfrentada del proceso judicial, se abandona por una metodología distinta donde el mediador se reúne con las partes, por separado, o con ambas a la vez, para ayudarlos a obtener un acuerdo ([4]).

La flexibilidad de sus métodos permite no atrapar su fisonomía en un dibujo idéntico, pues la materia sobre la que trabaje le indicará las respectivas conveniencias del obrar.

2. El procedimiento de mediación

Queda en claro que el rol del mediador consiste en acercar a las partes y no en resolver el conflicto cuan si fuera un juez que sobre ellas dispone el derecho aplicable.

El mediador trabaja para ayudar a que los eventuales contendientes descubran los verdaderos temas involucrados en la disputa y las resuelvan por sí mismas.

El informalismo circundante determina que solo se tengan en cuenta algunos pocos principios de organización y administración, sin que ninguno de ellos importe constituir un procedimiento determinado.

Las características salientes de la institución provienen, esencialmente, de la libre decisión de las partes para someter su crisis a la sabiduría de un mediador.

Esta asignación no delega derecho alguno, el que en definitiva, los mismos interesados resuelven. Por eso, tal como fue anticipado, el rol del mediador se limita a proponer a las partes soluciones posibles, quedando en poder de las mismas la decisión final. El mediador no resuelve el pleito, sino que coadyuva a que las partes lo hagan.

La informalidad es otra particularidad, sin perjuicio de algunas modalidades pactadas de común acuerdo, o establecidas legalmente (v.gr. plazos y términos, patrocinio letrado, etc.).

La confidencialidad estricta tiene muchas finalidades.

Persigue en algun caso que las partes conserven el manejo de la situación crítica sin que ella rebase los límites que los mismos interesados disponen. De esta forma, el mediador colabora únicamente porque son los contendores quienen dominan el centro de gravedad del conflicto.

En otras, el secreto de las actuaciones responde en aras de no entorpecer la independencia judicial.

Ha dicho Gladys Alvarez que "la confidencialidad es una nota definitoria de la mediación y en nada afecta esta característica al órgano jurisdiccional ni a su investidura. Cuando al juez se le pide la homologación de un acuerdo celebrado por los interesados no es de práctica que se indague en los motivos por los cuales se arribó al

---

[3] Berizonce, Roberto O., *Derecho Procesal Civil Actual*, editorial Platense - Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1999, ps. 669 y ss.

[4] Lerer, Silvio, *Los nuevos métodos de solución de conflictos. Los A.D.R. ¿Privatización o mejoramiento de la justicia?*, en La Ley, 1994-A, 893 y ss.

mismo ni en las conversaciones habidas entre las partes. Es un derecho de ellas realizar convenios y si han pactado la confidencialidad ésta debe ser respetada" ([5]).

Pareciera ser éste uno de los puntos cruciales de la cuestión, pues el secreto de los mediadores fastidia o contrapone la supremacía jurisdiccional. Sin embargo, ni una cosa ni la otra; la confidencia o secreto no agrede la investidura judicial, solamente evita que alguna de las partes pretenda obtener pequeñas ventajas tomadas del acercamiento previo.

Resulta importante sostener esta reserva en poder de los mediadores, el cual, inclusive, se concreta en el acuerdo de confidencialidad que las partes suscriben, como una especie de pacto tendiente a evitar que una de las partes aproveche en el proceso las confidencias logradas en las audiencias previas.

No obstante, como el mediador tiene deberes públicos que proteger y cumplir, podría ser relevado de guardar el secreto cuando tome conocimiento de la existencia de violencia contra un menor, violación o estado de peligro de él, o de la tentativa o comisión de un delito que de lugar a la acción pública.

La técnica que aplica el mediador descubre las bondades del sistema.

En efecto, en la tarea compositiva se sitúa en la dimensión del conflicto y en la carga de tensión que reportan las partes en sus alegaciones.

Después, corresponderá eliminar esa ambivalencia que coloca a los interesados en condición de adversarios, a cuyo fin, resulta preciso modificar la estructura psíquica y social de la disputa, y adecuar a ello las motivaciones desenvueltas.

La seriedad del problema quedar enfocada en el halo de luz preciso, dejando en zonas grises lo periférico que, por lo general, son los alimentos comunes del régimen judicial.

En el supuesto que la comunicación entre las partes resulta difícil por el alto grado de hostilidad, el mediador utiliza la reunión independiente, logrando con ello, la comunicación necesaria.

"Por otra parte -se agrega-, el mediador debe lograr que cada parte se ponga en la posición de la otra persona. En la mediación se emplea mucho tiempo induciendo a la gente a escuchar los argumentos de la otra parte, por lo que específicamente en esta área deben estar objetivamente asesorados" ([6]).

Otros autores, tomando como ejemplo la metodología desarrollada en algunos centros de mediación de Estados Unidos, sostienen que el proceso tiene usualmente seis etapas:

- Contactos iniciales entre el mediador y las partes;
- ingreso del mediador en el conflicto estableciendo las reglas que guiarán el proceso;
- obtención de la información relativa a la disputa, identificando los temas a ser resueltos, y acordando una agenda;

---

[5] Su voto en el Acuerdo del día 14 de Octubre de 1993 al considerar la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil de Capital Federal la solicitud del Poder Ejecutivo Nacional de poner en marcha la implementación del Plan de mediación dispuesto por el Decreto 1.480/92.

[6] Wilde, Zulema -Gaibrois, Luis Mauricio, *¿Qué es la mediación?*, p. 56, editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1994.

- creación de alternativas de solución;
- evaluación de las posibilidades para arribar a un compromiso y su comparación con las alternativas de arreglo que tuvieran las partes;
- conclusión de un acuerdo total o parcial sobre la sustancia del conflicto, junto con el establecimiento de un plan para la implementación del acuerdo y para el monitoreo de su cumplimiento ([7]).

3. Diferencias entre la mediación y la conciliación

Mediación y conciliación no son lo mismo, a pesar de llevar la misma intención. Mediar es interceder o rogar por alguien; también significa interponerse entre dos o más que riñen, procurando reconciliarlos y unirlos en amistad.

La figura se aproxima a la conciliación, pero difiere en la metodología que implementa, lo cual no obsta a que, muchas veces, suelen confundirse ambos sistemas de resolución de disputas.

Cuando se sostiene que estructuralmente son idénticos, en realidad no se quiere decir que tengan el mismo objeto. En los hechos, la idea soporta para sendas figuras la finalidad de pacificación social sin que exista en el resultado sesgo alguno de victoria personal para alguna parte.

Precisamente, el acuerdo, la concertación amistosa, el encuentro entre extremos distantes, son posibilidades de reflexión que alcanzan un término medio conforme, donde ambos contendientes se muestran satisfechos.

Esta búsqueda por respuestas equidistantes y equilibradas en las que no existan culpables ni derechos sacrificados tiene origen en la más antigua formación de los estamentos sociales.

Desde la organización familiar, atravesando los clanes, los predominios tribales, la autoridad del señor feudal, y demás representantes de una personalidad moral influyente, muestran como fue evolucionando la armonía de la sociedad y como se valoraba la conveniencia de vivir en una comuna sin graves perturbaciones.

Algunos señalan como formas de mediación los procedimientos del popular "Tribunal de Aguas de Valencia" ([8]), además de ingentes variedades tomadas de la conciliación extrajudicial.

Lo cierto es que la mediación, en la forma como actualmente se describe y desarrolla, ha cambiado su fisonomía ancestral. Se apartó del clásico emparentamiento con la conciliación para lograr un prestigio institucional que repercute en numerosas legislaciones que pretenden ingresar en su modismo resolutivo.

3.1 El Tribunal de Aguas de Valencia

El Tribunal de Aguas de Valencia es un organismo jurisdiccional muy particular que toma su prestigio de contingentes diversos, como la celeridad, inmediación, facilidad y popularidad como decide y finiquita pleitos entre comuneros. Este Tribunal

---

[7] Lerer, ob. cit., p. 894.

[8] Gozaíni, Osvaldo Alfredo, *Mediación y reforma procesal*, Buenos Aires, 1996, p. 11.

no es tan sólo un cuerpo con jurisdicción, sino que también le compete el buen gobierno y policía de las aguas de la Vega de Valencia, actuando cuan si fuera justicia administrativa o de menor cuantía.

Las ocho comunidades de las ocho acequias que constituyen el territorio para su competencia, son las propietarias de las acequias madres o mayores, medianas y pequeñas que conducen el agua pública para su uso, y de las franjas de terreno ocupadas por las acequias, cajeros, pasos y puentes.

No es un tribunal de escabinos, ni un jurado popular; se trata de un conjunto de jueces designados en elección de comuneros que pueden ser o no juristas, y de acuerdo a ello establecer la duración y permanencia en sus cargos.

El mecanismo funciona hace varios siglos bajo la puerta de los Apóstoles del ala central de la Catedral de Valencia, en su parte exterior, bajo su arco gótico -esto es, en plena vía pública-. "Allí se constituye el tribunal como tal, todos los jueves del año, a las doce en punto de la mañana...En dicho lugar, y hacia la izquierda de la puerta mirando a la Catedral, se coloca el jueves por la mañana, una verja articulada de 1.20 mts. de altura, que adopta una forma semicircular, la cual separa al tribunal, a las partes, etc‚tera, del público; con una puertecilla de acceso la cual permite la entrada y salida de aqu‚llos y del alguacil" ([9]).

"En el espacio interior del semicírculo formado por tal verja, y a la parte izquierda del Pórtico de los Apóstoles, se colocan ocho sillones frailunos, de cuero, en cuyos respectivos respaldos campea el nombre de cada una de las ocho acequias cuyos síndicos integran la Corte".

"Los Síndicos visten todos ellos el clásico blusón negro de los labradores valencianos -que hoy día ya van cayendo en desuso en la huerta-, y lo mismo los guardas. El alguacil, blusón negro, gorra de plato galoneada y portando una especie de chuzo o bichero -<el gancho>- rematado por dos hojas de bronce, una recta y otra curva, símbolo de la autoridad del tribunal".

La audiencia comienza bajo la tutela del presidente a quien se trata de "señoría"; ‚ste concede la palabra al denunciante para que exponga los hechos, los que escucha el tribunal y los síndicos (representantes de las comunas interesadas que no tienen voz ni voto); luego toma intervención el denunciado exponiendo su defensa.

"El director del debate dirige las preguntas pertinentes y evita que las partes crucen la palabra entre ellas, a menos que admita un verdadero interrogatorio cruzado con su propia intervención; m s cualquier muestra de desacato al tribunal -v.gr. al tomar la palabra interrumpiendo a la otra parte- puede acarrear una multa a satisfacer al final del juicio -una especie de *contempt of court*"- ([10]).

La sentencia se elabora y declara ante el público en forma inmediata, donde se advierte claramente la discusión previa entre los integrantes del Tribunal quienen deliberan a modo de "cuchicheo" (hablar en tono muy bajo, secretamente).

Casi todas las decisiones emitidas refieren a condenas pecuniarias o en obligaciones de hacer, más las costas emergentes. La ejecución se consigue en dos vías; o de manera directa a través del corte del suministro de agua hasta que se elimine la

---

[9] Fairén Guillén, Víctor, *El proceso ante el Tribunal de Aguas de Valencia,* en “Estudios de derecho procesal en homenaje a Alcalá Zamora y Castillo”, volumen I, UNAM, México, 1978, p. 299.

[10] Fairén Guillén, cit., ps. 300/301.

renuencia; o deduciendo demanda ejecutiva (apremio, propiamente dicho) en sede administrativa.

Como se advierte en el detalle del procedimiento, no es efectivamente actuación en mediación la que elabora el Tribunal mencionado, pero obra en la dimensión de la confianza pública y por la autoridad moral que le pertenece intrínsecamente. Esa confianza depositada por el fervor popular, y en definitiva, por los mismos interesados en resolver una disputa de intereses, resulta la base para tomarla como un antecedente lejano de la mediación.

3.2 Derecho comparado

Estas maneras de proyectar soluciones desde la autoridad de quien la emite reconoce otros influyentes recónditos, como el remoto juicio bíblico del Rey Salomón, quien luego de escuchar a dos mujeres que mutuamente se asignaban la maternidad de un hijo, dispuso cortarlo al medio con su espada para adjudicar al niño por mitades; ante lo cual una de las madres probables resignó su reclamo, dictando el Rey sentencia a su favor por presunción de verdad.

"*Tranché le conflit*", en la clásica expresión francesa; eso es en definitiva la razón de aquellas soluciones. Había alguien victorioso; uno que obtenía mejores resultados.

Pero en la actualidad la mediación está transformándose; se distancia absolutamente de la conciliación, aun cuando pueda constatarse en algunos sistemas judiciales un emparentamiento que no es tal.

A) Colombia

En Colombia se instalan centros de mediaciones tendientes a disuadir el conflicto o a conciliarlo una vez deducidas las acciones judiciales.

Existen allí tres disposiciones alrededor de las cuales giran las posibilidades de evitar o zanjar la controversia. Son, el artículo 101 del Código Procesal, la Ley 23 del año 1991 y el Decreto 2651 del mismo año. De estos surgen los mecanismos para lograr la pacificación acudiendo las partes voluntariamente, antes del proceso o en su curso, a un centro de conciliación.

Para cumplir con esta finalidad, mientras se desarrolla el litigio, la ley establece dos sistemas obligatorios para tentar el acuerdo: las audiencias preliminar y de conciliación.

Es importante establecer una clara delimitación entre el alcance de los conceptos que involucran a ambas audiencias por cuanto no es extraño que se consideren sinónimos, cuando en realidad presentan precisas notas diferenciadoras, de ahí lo pertinente de deslindarlos para evitar que se vaya a aplicar la audiencia preliminar en casos donde no se les ha previsto o que se desarrolle tan solo la de conciliación cuando la contemplada es la preliminar ([11]).

---

[11] López Blanco, Hernán Fabio, *Instituciones de Derecho Procesal Civil Colombiano*, ABC, Bogotá, 1993, p. 453.

La audiencia preliminar, prevista en el art. 101 del ordenamiento procesal se compone de varias etapas a través de las cuales transcurren la conciliación, el saneamiento, la resolución de excepciones previas, la evaluación de los interrogatorios de partes y la fijación de los hechos del litigio.

Por su parte, la audiencia de conciliación se encuentra prevista en el artículo 6 del Decreto 2651/91 para aquellos procesos donde no se aplica el acto anterior.

Lo interesante del caso resulta de la metodología dispuesta para celebrar cada audiencia. Ninguna de ellas es un encuentro formal a cumplir para despachar una instancia del juicio, todo lo contrario,, la audiencia preliminar dura tres horas *("La audiencia tendrá una duración de tres horas, salvo que antes se termine el objeto de la misma, vencidas las cuales podrá suspenderse por una sola vez para reanudarla al quinto día siguiente"),* deben estar presentes las partes y sus apoderados, y se destaca la permanente búsqueda para solucionar la crisis. El tiempo dedicado a la conciliación lo torna productivo (tiempo útil) tanto para el mundo reducido pero explosivo de un proceso concreto, como en inversión social. Este mensaje lo recibe la sociedad y prestigia al órgano capaz de conseguir la paz ([12]).

De su parte, los centros de conciliación y de equidad -los más próximos a la mediación- se establecen en distintas entidades públicas y privadas a las que se fijan determinadas condiciones y objetivos.

El Ministerio de Justicia es el órgano de control de estos centros, los que deben realizar las siguientes funciones:

a) Confeccionar listas de mediadores, requisitos a reunir, trámite de inscripción, forma para designarlos y causales de exclusión;

b) tarifas de honorarios y gastos administrativos;

c) normas internas de funcionamiento;

d) designar director y secretario con atribución de funciones y facultades.

Explica D´Alesio que en estos centros se guarda absoluta confidencia sobre los asuntos donde se involucran. "*Las partes podrán solicitar la mediación de manera conjunta o separada, presentando un formulario ante el Centro de mediacóón que estuviera pactado en el contrato -si así fuera el caso- o en su defecto ante el centro que libremente elijan. Podrán concurrir a la audiencia de mediación solas o acompañadas por su abogado*".

"Dentro de los dos días hábiles de la presentación, el centro designar al mediador que se hará cargo del caso y citará a las partes para un día y hora determinados. Llegado el momento de la audiencia, el mediador interrogará a las partes para establecer con claridad los hechos alegados y las pretensiones que ellas fundamenten, para luego iniciar la propuesta de las fórmulas de avenimiento, que las partes pueden aceptar o no".

"El trámite de la mediación puede finalizar de dos maneras distintas según haya o no acuerdo de resolución. En el primer supuesto, termina con la firma del acta que contenga el acuerdo al que se arribó, especificándose claramente las obligaciones a cargo de cada una de ellas. Este documento tiene el carácter de cosa juzgada y habilita

---

[12] Parra Quijano, Jairo, *Derecho Procesal Civil*, tomo I - Parte General, Temis, Bogotá, 1992, p. 169.

su inmediata ejecución. Dado el segundo supuesto, las partes suscriben un acta donde se deja constancia de la imposibilidad que hubo de llegar a una solución".

"Una característica del procedimiento colombiano es que si el acuerdo recae sobre la totalidad del litigio, no habrá lugar al proceso respectivo; pero si fuese parcial, se dejará constancia de ello en el acta y las partes quedarán en libertad de discutir en juicio solamente las diferencias restantes" ([13]).

Finalmente, vemos como evoluciona la conciliación hacia la mediación en estas leyes comentadas cuando se agrega la conciliación de equidad, que procura alentar fórmulas de acuerdo y pacificación a través de diversas organizaciones cívicas pertenecientes a barriadas u organismos comunitarios.

B) *Perú*

El proceso civil del Perú es un procedimiento por audiencias. La conciliación está inmersa en esta tónica, sea a través de una audiencia especialmente destinada a obtenerla (arts. 468 y ss., CPC), o cuando el juez ordene el acto en cualquier estado de las actuaciones, pero antes de expedirse la sentencia de segunda instancia (art. 323, CPC).

Se consagra con esta modalidad la conciliación procesal de trámite obligatorio, demostrando plena confianza en la función jurisdiccional y en las capacidades del juez para finiquitar un conflicto con las herramientas habituales que utiliza.

Dice el artículo 323: "Oportunidad de la conciliación**.** *Las partes pueden conciliar su conflicto de intereses en cualquier estado del proceso, siempre que no se haya expedido sentencia en segunda instancia".*

Esta norma debe vincularse con otra, la prevista en el artículo 468 que dice: "Oportunidad de la audiencia conciliatoria**.** *Expedido el auto que declara saneado el proceso o subsanados los defectos advertidos, el juez fija día y hora para la realización de la audiencia conciliatoria"*

Ambas disposiciones se ubican en etapas diferentes del proceso, mientras el art. 323 está pensado entre las "formas especiales de conclusión del proceso", el art. 468 se constituye en un acto que integra la litis.

La relación entre ellos permite formular algunos interrogantes, a saber:

¿Puede el juez convocar a una audiencia de conciliación apenas trabada la litis? o, ¿debe sanear el proceso y recién con ello disponer la audiencia en los términos del art. 468?

El principio general establecido en el artículo V del Título Preliminar afirma que el proceso debe realizarse procurando que su desarrollo ocupe el menor número de actos, de modo tal que el juez puede tomar las medidas necesarias para lograr una pronta y eficaz solución del conflicto de intereses o incertidumbre jurídica.

La cuestión que formulamos obedece, precisamente, a este llamado a la celeridad, porqué si el avance de las actuaciones depende de los actos establecidos en el orden ritual, evidentemente no sería posible llamar a una audiencia de conciliación antes de haberse efectuado el saneamiento procesal.

---

[13] D´Alesio, Damián, *Revista Libra*, nº 1, nota de ps. 29 y ss.

Obsérvese que el art. 468 condiciona la comparecencia a conciliar al auto que declara saneado el proceso o subsanados los defectos advertidos, postergando con ello una rapidez de actuación que podría darse cuando de los escritos de postulación y réplica surge manifiesta la posibilidad de arrimar los intereses en conflicto.

Es decir, en los términos como quedan redactadas las normas, pareciera que el art. 323 es posterior al acto de saneamiento o subsanación.

Esta audiencia tiene por finalidad esencial encontrar puntos de acuerdo entre los litigantes ([14]).

El artículo 469 dice: "*Esta audiencia tiene por finalidad principal propiciar la conciliación entre las partes. Para tal efecto, el juez sujetará su intervención a lo dispuesto en este Código sobre conciliación".*

La remisión a las normas mencionadas obedece al marco de derechos de posible transacción, esto es, "los derechos disponibles" que se adecúen a la naturaleza del conflicto litigioso (art. 325). Aquellos que no son posibles de transar no son materia de conciliación.

La audiencia prevista debiera desarrollarse en la sistemática que presentamos al finalizar la sección anterior, pero el código procesal establece un orden diferente: *"Presentes las partes, o sus apoderados o representantes con capacidad para ello, el juez escuchará por su orden las razones que expongan. De inmediato propondrá la fórmula de conciliación que su prudente arbitrio le aconseje. También puede disponer la suspensión de la audiencia y su posterior reanudación dentro de un plazo no mayor de diez días.*

Si la fórmula conciliatoria fuese aceptada, se anotará en el Libro de Conciliaciones que cada órgano jurisdiccional llevará al efecto, dejándose constancia en el expediente. Si la propuesta no es aceptada, se extenderá acta describiéndose la fórmula planteada, mencionándose además la parte que no prestó su conformidad a la misma....." (art. 326, párrafos primero y segundo)

La mecánica que se articula tiene pensado en un estudio exhaustivo del expediente por parte del juez y las partes.

Serán estas las que ordenadamente, primero el actor, después la parte demandada, darán a conocer sus razones (es de pensar que la norma se refiere no a una repetición de los conceptos dichos en los escritos constitutivos de la litis, sino a los fundamentos que tienen para basar sus posiciones y mantenerse en ellas), y podrán llevar una propuesta propia de arreglo o composición.

Se discutirán las presentaciones e, inmediatamente, el juez propondrá su fórmula de conciliación.

Esta rapidez exigida para tomar decisiones nos parece peligrosa para la eficacia del instituto.

Cuando un conflicto es complejo, o tiene aristas de solución posible pero dependientes de terceros o de actos de pronta ejecución, la celeridad para encontrar

---

[14] Carrión Lugo, Jorge, *Análisis del Código Procesal Civil*, Tomo I, Cultural Cuzco, Lima, 1994, p. 374.

acuerdos dentro de la audiencia conspira con el objetivo mismo de la pacificación pautada que se persigue.

Es verdad que el párrafo final del artículo 326 primera parte permite aventar el riesgo al fracaso por la inmediatez exigida; pero también lo es que una negociación con tiempos no es auténtica.

Parece acertada la reflexión de Carrión Lugo al indicar que no se espera de la audiencia de conciliación que afronta cuestiones complejas, la simple manifestación del juez consignando en el expediente que se ha cumplido con formular la propuesta, anotando una idea que no refleja el conocimiento de la materia de la controversia, y que las partes no la han aceptado ([15]).

Es este uno de los peligros más grandes que tiene la conciliación procesal. Por eso ratificamos nuestra pretensión para que se esfuerce un estudio metódico y disciplinado sobre técnicas y manejos de conflictos; se establezcan libertades para las fórmulas de posible transacción; se eliminen plazos conspirativos contra la eficacia institucional; y se pregone por el uso anticipado de la audiencia evitando actos de dispendio jurisdiccion

En suma, si la audiencia de conciliación se anticipa al despacho de saneamiento, esta misma audiencia puede ser útil para que el juez realice este acto si fracasa la obtención de acuerdos totales o parciales. Al mismo tiempo, podría convocar a las partes a ella, indicándoles los defectos subsanables de la relación procesal y ordenando la comparecencia bajo los apercibimientos correspondientes.

Con esta hipótesis, la audiencia de conciliación sería una auténtica audiencia preliminar, que escalonadamente pone en cabeza del juez las siguientes obligaciones: a) conciliar; b) depurar el objeto litigioso; c) indicar los hechos controvertidos o aquellas cuestiones que sean objeto de prueba, y d) fijar los medios de prueba necesarios a los fines del esclarecimiento de los hechos litigiosos.

A su vez, la conciliación puede ser total o parcial. La continuidad procesal esta prevista en el art. 327 del código procesal que dice: "Conciliación y proceso. *Aceptada por las partes la propuesta conciliatoria del juez, si versa sobre todas las pretensiones propuestas, éste declarará concluido el proceso.*

"Si la conciliación recae sobre alguna de las pretensiones o se refiere a alguno de los litigantes, el proceso continuará respecto de las pretensiones o de las personas no afectadas. En este último caso, se tendrá en cuenta lo normado sobre intervención de terceros".

Por su parte, el art. 328 destaca los efectos que el acto produce: "Efecto de la conciliación**.** *La conciliación surte el mismo efecto que la sentencia que tiene la autoridad de la cosa juzgada".*

En la actividad procesal pueden abordarse tres situaciones posibles que continúan al acto de conciliación: *a)* el caso en que se obtiene un acuerdo total; *b)* cuando la concertación es parcial y alcanza sólo a alguno de los litigantes, o sólamente a determinados aspectos del conflicto global, y *c)* cuando no se consigue ningún tipo de arreglo.

a) Conciliación total

---

[15] Ob. cit., p. 376.

Se puede conciliar sobre todas las cuestiones propuestas por las partes, o con todas las partes que han sometido al juez a sus respectivas pretensiones.

No es igual la situación, porqué desde el punto de vista puramente procesal, es preciso llegar a la audiencia de conciliación con un objeto claramente determinado y con las partes litigantes debidamente identificadas en los intereses que representan. Por eso, no podría lograrse un acuerdo total, allí donde no esté integrada la relación procesal, es decir, que falte alguno de los sujetos que pueden ser alcanzadas por un hipotético arreglo.

La definición del problema es el principal aspecto que el juez-conciliador debe encontrar. Una vez reconocido puede aportar sus propuestas de solución ([16]).

Conseguir un acuerdo en todo es la máxima aspiración del juez-conciliador.

b) Conciliación parcial

En este caso, igual que el anterior, la cosa juzgada alcanza a las partes que formulan el acuerdo y lo inscriben en el libro de conciliaciones; y el proceso continúa respecto a las partes y pretensiones que quedaron fuera del marco acordado.

En este caso debe recordarse que las opiniones del juez vertidas en el curso de la audiencia de conciliación, no pueden fundar una recusación sobreviniente (art. 324 párrafo final, CPC).

c) Conciliación no conseguida

Sin entrar a analizar las causas que provocan la ausencia de acuerdos (v.gr: incomparecencia de las partes; falta de representación suficiente; posiciones duras entre las las partes; ausencia de motivación; trámite burocrático; etc.), la conciliación fracasada puede ser fuente para estimar la conducta observada por las partes.

Recordemos, al efecto, el incentivo económico establecido en el tercer párrafo del art. 326.

---

[16] "Aquí se presentan algunas variantes de actitud para el conciliador. Si de la etapa interactiva se lograron buenos resultados de conseguir un punto de equilibrio entre las partes, tendiente a proferir el acuerdo, el conciliador no tiene sino que proceder a sacar un resumen o recuento de la actividad de los conciliantes, que constituye la fórmula de acuerdo, de arreglo o de solución al conflicto, la que, según las circunstancias, solo queda sometida a la aprobación. Pero si por cualquier causa la etapa anterior de la interacción no fue lo suficientemente productiva, en la que no existió posibilidad de ánimo entre las partes para exponerse recíprocamente sus puntos de vista, la labor del conciliador en este momento requiere de una mayor habilidad, inteligencia, destreza y grado de profesionalismo en el manejo de intereses encontrados. Le corresponde al conciliador precisar tanto situaciones fácticas como jurídicas, sugerir, preguntar, concientizar a las partes acerca de las ventajas y desventajas de la negativa al arreglo; se investiga y se pone en conocimiento a los extremos del litigio sobre las consecuencias de no lograrse el arreglo, y al mismo tiempo poner en conocimiento de ellas las ventajas que se lograrían ante la presencia del arreglo. Cumplido lo anterior, si no fue posible sacar la fórmula de arreglo de lo manifestado de consuno por las partes, debe proceder a proponer a proponer una fórmula que logre fundir todos los puntos de interés que haya descubierto y analizado en cada una de las partes. Esta fórmula de arreglo dada por el conciliador debe ponerse a disposición de las partes, quienes en últimas son las únicas autónomas en consentirla o no..."(Junco Vargas, José Roberto, *La conciliación*, Jurídica Radar, Bogotá, 1994, p. 212).

Con relación al procedimiento, el código peruano establece que la fijación documental de la audiencia coincida con el acta que respalda los actos allí indicados, pero su contenido difiere según la audiencia culmine con un acuerdo conciliatorio respecto del que no lo obtiene.

a) Audiencia con conciliación: Es el ámbito reglamentado por el art. 470 en los términos que siguen: "*Si se produjera conciliación, el juez especificará cuidadosamente el contenido del acuerdo. El acta debidamente firmada por los intervinientes y el juez equivale a una sentencia con la autoridad de la cosa juzgada. Los derechos que de allí emanen pueden ser ejecutados, protocolizados o inscritos con el sólo mérito de la copia certificada del acta".*

Este es uno de los puntos de mayor exigencia formal debido a las consecuencias que el acto documentado proyecta.

Si la conciliación es producto de la negociación consensuada entre las partes, el acta debe revelar el origen de la propuesta, las sugerencias que hizo cada parte, el creador de la fórmula definitiva, así como las agregaciones o modificaciones que hayan surgido en la audiencia.

"Si la fórmula de arreglo provino del conciliador, en el acta debe quedar precisa la manifestación de voluntad expresada por cada parte, de aceptar el arreglo en la forma y condiciones que crean justas, y con las agregaciones, supresiones y detalles que la constituyan. En la medida en que la manifestación de voluntad de cada una de las partes quede expresada en el acta, tendrá mayor solidez jurídica, convirtiéndola en legítima e incólume para todos los efectos jurídicos que surjan hacia el futuro" ([17]).

b) Audiencia sin conciliación: El art. 471 establece: "*De no haber conciliación, el juez, con lo expuesto por las partes, procederá a enumerar los puntos controvertidos y, en especial, los que van a ser materia de prueba. A continuación decidirá la admisión de los medios probatorios ofrecidos, si los hubiera. Luego ordenará la actuación de los medios probatorios ofrecidos referente a las cuestiones probatorias, de haberlas.*

"Al final de la audiencia, el juez comunicará a las partes el día, la hora y el lugar para la realización de la audiencia de pruebas, que será en un plazo no mayor de cincuenta días, contado desde la audiencia conciliatoria".

Son distintas las consecuencias que siguen al acto de conciliación si hay necesidad de actuar los medios probatorios ofrecidos, a cuyo fin el juez debe ordenar la producción de la audiencia de pruebas; respecto de aquella donde no surge dicha necesidad probatoria.

En el primer caso se produce un efecto lógico de la audiencia preliminar, es decir, la fijación de los hechos litigiosos y la determinación de la prueba a producir ([18]).

Inmediatamente se debe ordenar la actuación de los medios probatorios ofrecidos, que se vinculen con los hechos controvertidos y conducentes para resolver el conflicto, es decir, vinculados a la tacha de testigos, documentos que se hubieran

---

[17] Junco Vargas, *La conciliación*, cit., p. 213.

[18] Gozaíni, Osvaldo Alfredo: *La prueba en el proceso civil Peruano*, Normas Legales, Lima, 1997, p. 154.

producido, o a la oposición a la actuación de una declaración de parte, a una exhibición, a una pericia o a una inspección judicial que se hubieran planteado, o a la tacha u oposición que se haya planteado contra los medios probatorios atípicos ([19]).

Completa este procedimiento, el art. 328 que establece: "Protocolo de la conciliación**.** *La copia del acta del Libro de Conciliaciones, certificada por el juez y expedida a solicitud del interesado, es instrumento pleno para el ejercicio de los derechos allí contenidos, así como para su inscripción en el registro que corresponda"*

De darse la segunda situación, el juez puede comunicar a las partes la ausencia de puntos controvertidos, y como se trata de una cuestión de puro derecho, donde no habría necesidad de producir prueba alguna, podrá dictar sentencia sin admitir otro trámite.

Finalmente, para completar el enunciado y exégesis del sistema procesal, establece el art. 472 que: "Regulación supletoria**.** *Para todos los efectos de su actuación, ésta audiencia se regulará por lo establecido en la audiencia de pruebas, en lo que fuese aplicable".*

La audiencia de conciliación tiene, en consecuencia, las siguientes reglas: *a)* dirección y asistencia personal del juez bajo sanción de nulidad; *b)* audiencia inaplazable (art. 203, CPC); *c)* levantamiento e instrumentación de la audiencia en un acta dictada por el juez (art. 204, CPC); *d)* perención de la instancia si ocurre la ausencia simultánea de las partes ([20]).

C) *Chile*

El sistema nacional de mediación en Chile se incorpora con énfasis especial en la llamada “nueva justicia de familia”. Se presenta como un sistema de resolución de conflictos en el que un tercero imparcial, sin poder decisorio, llamado mediador ayuda a las partes a buscar por sí mismas una solución al conflicto y sus efectos, mediante acuerdos. En palabras simples, la mediación es un proceso que intenta evitar que los conflictos de familia se resuelvan en tribunales, en situaciones de tensión y enemistad.

Por el contrario, ya que se trata de personas que tienen o tuvieron fuertes lazos afectivos, la mediación intenta que las consecuencias del término del vínculo (alimentos, relación directa y regular y cuidado personal, si se tienen hijos en común) se regulen entre los padres de la manera menos traumática posible, pensando siempre y en primer lugar en los hijos y su resguardo, físico, social y sicológico.

Es importante no confundir el proceso de mediación con algún tipo de terapia, ya que se trata de intervenciones diferentes. El proceso de mediación se centra en el futuro y busca la resolución rápida y práctica de los conflictos familiares.

El proceso de mediación apuesta a que los involucrados en los conflictos, son personas capaces de hacerse cargo de sus propios problemas. El término de un vínculo, es una situación siempre difícil, pero no hay nadie que conozca mejor la historia familiar que los propios involucrados. Este auto conocimiento, permite visualizar de manera más clara la solución del problema y la intervención de los mediadores, ayuda a que los afectados puedan llegar, por la siempre positiva vía de la conversación, a una

---

[19] Carrión Lugo, *Análisis del Código Procesal Civil,* tomo I, cit., p. 378.

[20] Carrión Lugo, *Análisis del Código Procesal Civil,* tomo I, cit., p. 379.

mejor reorganización y acuerdo en el que sólo deciden las partes interesadas. Cada conflicto que se intenta resolver en la mediación tiene características, sensibilidades y particularidades especiales, que son entendidas de mejor manera por los propios afectados. Por eso consideramos que lo mejor, es que sean ellos mismos los que resuelvan el problema de una manera integral, considerando tanto aspectos económicos como afectivos.

El mediador familiar entonces, aporta profesionalmente para que los afectados tengan las herramientas comunicativas suficientes para finalizar de la mejor manera su inconveniente. Los mediadores, son profesionales especializados en resolver fricciones innecesarias en situaciones que de por sí son difíciles. Los mediadores familiares contratados a lo largo de todo Chile pondrán sus esfuerzos en apoyarlo a usted y su familia para evitar llegar a la instancia de tribunales, que conlleva a un mayor gasto de tiempo, recursos y energías.

La Ley Nº 19.968, que crea Los Tribunales de Familia consagra en su Título V la Mediación Familiar como un sistema de resolución de conflictos al cual pueden ser sometidas las materias de competencia de los Juzgados de familia, con excepción de los asuntos que ella misma establece.. La norma fue modificada por la Ley Nº 20.286, del 15 de septiembre de 2008, en el sentido de establecer la mediación previa en determinadas materias y en señalar que la implementación de dicha obligatoriedad previa a nivel nacional será gradual.

Para proveer los servicios de mediación sin costo para las partes, el Ministerio de Justicia se ha preocupado por la existencia de una adecuada oferta de mediadores en las diversas jurisdicciones de los Tribunales con competencia en asuntos de familia, contratando al efecto los servicios de personas jurídicas o naturales, a fin de que sean ejecutados por quienes se encuentren inscritos en el Registro de Mediadores, y establece expresamente que estas contrataciones se harán a nivel regional, y de conformidad a lo dispuesto en la ley Nº 19.886, de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de servicios.

La propia ley afirma la necesidad de establecer la mediación desde que el conflicto familiar es un conflicto que reclama soluciones cooperativas, es decir, soluciones que acrecienten el bienestar de todas las partes del conflicto; apuntando de esta manera a soluciones pacificadoras que favorezcan la armonía del grupo familiar. Como ya se dijo, el procedimiento adversarial, hasta ahora predominante en el ordenamiento local, resulta inadecuado para resolver los conflictos familiares.

La mediación es facultativa de las partes, pero se pretende potenciar el sistema en orden a tres materias especiales, como son el derecho de alimentos, cuidado personal y el derecho de los padres e hijos e hijas que vivan separados a mantener una relación directa y regular. En estos casos, las partes necesariamente tendrán que someterse a un proceso de mediación en forma previa a la interposición de la demanda.

El régimen impone aplicar los siguientes principios*: a) Igualdad*: en virtud del cual el mediador se cerciorará de que los participantes se encuentren en igualdad de condiciones para adoptar acuerdos. Si no fuese así, propondrá o adoptará, en su caso, las medidas necesarias para que se obtenga ese equilibrio. De no ser ello posible, declarará terminada la mediación.

b) Voluntariedad: por el que los participantes podrán retirarse de la mediación en cualquier momento. Si en la primera sesión, o en cualquier otro momento durante el

procedimiento, alguno de los participantes manifiesta su intención de no seguir adelante con la mediación, ésta se tendrá por terminada.

c) Confidencialidad: por el cual el mediador deberá guardar reserva de todo lo escuchado o visto durante el proceso de mediación y estará amparado por el secreto profesional. La violación de dicha reserva será sancionada con la pena prevista en el artículo 247 del Código Penal. Nada de lo dicho por cualquiera de los participantes durante el desarrollo de la mediación podrá invocarse en el subsiguiente procedimiento judicial, en caso de haberlo. Con todo, el mediador quedará exento del deber de confidencialidad en aquellos casos en que tome conocimiento de la existencia de situaciones de maltrato o abuso en contra de niños, niñas, adolescentes o discapacitados. En todo caso, deberá dar a conocer previamente a las partes el sentido de esta exención.

d) Imparcialidad: lo que implica que los mediadores serán imparciales en relación con los participantes, debiendo abstenerse de promover actuaciones que comprometan dicha condición. Si tal imparcialidad se viere afectada por cualquier causa, deberán rechazar el caso, justificándose ante el juzgado que corresponda. Los involucrados podrán también solicitar al juzgado la designación de un nuevo mediador, cuando justifiquen que la imparcialidad del inicialmente designado se encuentra comprometida.

e) Interés superior del niño: por el cual, en el para que se tome en consideración el interés superior del niño, niña o adolescente, en su caso, pudiendo citarlos sólo si su presencia es estrictamente indispensable para el desarrollo de la mediación.

f) Opiniones de terceros: en virtud del cual, el mediador velará para que se consideren las opiniones de los terceros que no hubieren sido citados a la audiencia, a quienes también podrá citar.

D) *Bolivia*

La ley establece la normativa jurídica del arbitraje y la conciliación como medios alternativos de solución de controversias, que facultativamente pueden adoptar los sujetos jurídicos antes de someter sus litigios a los tribunales ordinarios e inclusive durante su tramitación judicial.

En los casos que se presenten se aplican los principios que siguen:

a) de libertad: que consiste en el reconocimiento de facultades potestativas a las partes para adoptar medios alternativos al proceso judicial para la resolución de controversias.

b) de flexibilidad: que gravita en el establecimiento de actuaciones informales, adaptables y simples.

c) de privacidad: que obliga a mantener reserva y confidencialidad.

d) de idoneidad: relacionado con la capacidad para desempeñarse como árbitro o conciliador.

e) de celeridad: que persigue la continuidad de los procedimientos para la solución de las controversias.

f) de igualdad: referido a dar a cada parte las mismas oportunidades de hacer valer sus derechos.

g) de audiencia: consistente en la oralidad de los procedimientos alternativos.

h) de contradicción: traducido en la oportunidad de confrontación entre las partes.

Las partes podrán determinar libremente el lugar del arbitraje. A falta de acuerdo o de disposición expresa del reglamento de arbitraje aplicable, el Tribunal Arbitral lo determinará, conforme a las circunstancias del caso, inclusive la conveniencia de las partes.

Sin perjuicio de ello, el tribunal puede reunirse, con noticia de partes, en cualquier lugar que estime apropiado para celebrar sus deliberaciones, oír a las partes y sus testigos o peritos, examinar mercancías o realizar cualquier otra actuación.

Si durante las actuaciones arbitrales las partes acordaren una conciliación o transacción que resuelva la controversia, el Tribunal Arbitral dará por terminadas las actuaciones y hará constar la conciliación o transacción en forma de laudo arbitral y en los términos convenidos por las partes.

La *conciliación*, por su lado, podrá ser adoptada por las personas naturales o jurídicas, para la solución de mutuo acuer4o de cualquier controversia susceptible de transacción, antes o durante la tramitación de un proceso judicial.

El procedimiento de ella se basará en la designación de un tercero imparcial e independiente, que tendrá la función de facilitar la comunicación y relacionamiento entre las partes. El conciliador podrá, en cualquier etapa, pronunciarse sobre el fondo de la controversia.

La conciliación en el ámbito judicial se regirá por las normas que les son pertinentes.

Todos los actos, procedimientos, declaraciones e informaciones que tuvieren lugar en la conciliación, serán de carácter reservado y confidencial, sujetos a las reglas del secreto profesional y no tendrán valor de prueba en ningún proceso judicial.

Las partes podrán participar en la conciliación, en forma directa o por medio de representantes debidamente acreditados mediante poder especial otorgado al efecto. Podrá contar o no, con el patrocinio de abogados.

Las actuaciones y audiencias de la conciliación se efectuarán en forma oral y sin ninguna constancia escrita consentida ni firmada por las partes o registrada por medios mecánicos, electrónicos, magnéticos y similares. Esta prohibición no involucra las anotaciones del conciliador que serán destruidas a tiempo de suscribirse el acta final. Se salva lo dispuesto en contrario por los reglamentos de las instituciones especializadas.

E) *Uruguay*

La conciliación previa en todo juicio está establecida en la Constitución nacional, debiendo practicarla ante los jueces de paz, quienes “procurarán conciliar los pelitos que se pretendan iniciar sin que pueda entablarse ninguno en materia civil y de injurias, sin constancia de haber comparecido a las partes a la conciliación” (art. 107). Esta norma, con algunas modificaciones de texto, se ha mantenido en las constituciones posteriores, incluyendo la actual.

El Código General del Proceso sin alterar el régimen constitucional, acentuó la conciliación judicial puesta en la audiencia preliminar que se instala comoi centro neurálgico para resolver las disputas entre partes. No obstante, en el año 1995, la Suprema Corte de Justicia promueve contactos con el Ministerio de Salud Pública con

el fin de acercar soluciones no jurisdiccionales en áreas sociales. Tanto el área de la Salud como la de la Justicia, se encontraban comprendidas en el Programa de Fortalecimiento del área Social del Banco Interamericano de Desarrollo (B.I.D.) en el Uruguay. Es así que el 21 de febrero de 1995 se suscribe un Convenio de Cooperación Interinstitucional entre el Ministerio de Salud Pública y la Suprema Corte de Justicia, mediante el cual queda de manifiesto el interés en concretar la instalación de Centros de Autocomposición de Conflictos, dentro de los locales perteneciente a Salud Pública (Policlínicas Barriales) ubicados en aquellas zonas del Departamento de Montevideo, cuyas características socio-culturales y geográficas demandaran dicha prestación.

Es en el marco de dicho convenio que el Ministerio de Salud pública otorga la concesión del uso de los locales, donde actualmente funcionan los Centros de Mediación. El 22 de febrero de 1996, por acordada N° 7276, la Suprema Corte de Justicia entiende conveniente poner en marcha una experiencia piloto de Mediación, procediendo en forma gradual a la apertura de cinco Centros Pilotos de Mediación.

Finalmente en el año 1998 el Banco Hipotecario del Uruguay cede un local en comodato para el actual Centro de Mediación del complejo Euskal Erría, el que luego se fusionó con el Centro de Cruz de Carrasco.

En estos centros del Poder Judicial, el mediador abre una instancia de diálogo y entendimiento, como mecanismo para resolver la problemática planteada. Una Comisión Operativa tiene el cometido de proponer el régimen de distribución de tareas, así como de elevar informes periódicos de la experiencia. La Oficina Coordinadora de Mediación tiene a su cargo la supervisión del funcionamiento de los Centros.

Los principios que se aplican son los tradicionales: confidencialidad, celeridad, informalidad, gratuidad, flexibilidad, y facultativo.

F) *Paraguay*

La Corte Suprema de Justicia de Paraguay dispuso en la Acordada N° 198/00, crear una oficina de mediación con el objeto de colaborar eficiente y eficazmente con el descongestionamiento de los despachos judiciales, ampliando el acceso a justicia, ofreciendo el servicio a aquellas personas que se encuentran tramitando sus demandas a fin de darles la posibilidad de acudir a otra vía para la solución pacífica de sus conflictos.

La decisión de someterse a este procedimiento es voluntaria, y en su caso, las partes deben expresar su consentimiento para utilizar el mecanismo ante el juzgado, además de que en cualquier momento pueden retirarse de la mediación. La confidencialidad está implícita en el régimen y por ello los mediadores no pueden ser testigos.

Al comienzo de las sesiones las partes suscriben un convenio de confidencialidad. Las reuniones pueden ser conjuntas, con la presencia de todas las partes o reuniones privadas; es decir, con la presencia de algunas partes y el mediador.

El acto concluye con el acuerdo si es logrado, el que es remitido al juzgado de origen para su homologación. En caso que no se llegue a un acuerdo, se informa al juez de la causa para que siga con la tramitación correspondiente.

El costo se reduce a los gastos de notificación invertidos para convocar a las partes.

En los expediente en trámite rige el sistema para los juzgados de primera instancia de la Niñez y Adolescencia, civil y comercial o laboral de los circuitos de Asunción, Luque, San Lorenzo y Lambaré, así como los Juzgados de Paz de Asunción. La derivación a la instancia de mediación se realiza en cualquier etapa del proceso después de la contestación de la demanda y, obviamente, antes de que pasen los autos a dictar sentencia.

Las partes deben solicitar que el caso sea derivado a mediación a través de un escrito, que puede ser desde el momento de plantear la demanda o contestar la demanda, hasta antes de la sentencia. Una vez que el juez evalúe el caso, y si considera que el caso es mediable, ordena su derivación. La fotocopia de la resolución que lo ordena debe ser presentada por las partes en la Oficina de Mediación para su ingreso. Ésta es la única documentación que deberán llevar las partes, ya que el expediente se queda en el juzgado de origen.

También es importante otorgar información acerca de los datos personales de ambas partes para notificarlas. Este servicio cuenta con profesionales de diferentes disciplinas que se encuentran capacitados en Mediación y con el asesoramiento técnico del Centro de Arbitraje y Mediación Paraguay de la Cámara y Bolsa de Comercio.

4. Formas de la mediación

Es evidente que lo más destacable de la mediación es su metodología para abordar la resolución del conflicto. Por ello, la naturaleza del mismo condiciona la apertura del sistema.

Por vía de principio, todos o casi todos los problemas intersubjetivos podrían encontrar respuesta desde la mediación, sin embargo, en la diversidad de medios alternativos para solucionar controversias, este mecanismo pondera posibilidades mejores cuando se dan algunas condiciones específicas.

Para algunos, la mediación resulta recomendable cuando: "a) en el litigio la relación entre las partes constituye un elemento importante; b) las partes quieren conservar el control sobre el resultado y sobre el procedimiento; c) no existe una gran disparidad de poder; d) la causa del conflicto es la mala comunicación; o e) cuando existen cuestiones técnicas muy complejas..." ([21]).

La pauta esta dada, en consecuencia, por el objeto a mediar y por las partes, contingentes que permiten referir a dos grandes campos: 1º) la mediación patrimonial y 2º) la mediación familiar.

No obstante, existe un sector intermedio que vincula los intereses de partes con las materias protegidas, como son las acciones derivadas de la vecindad, del usuario de bienes y servicios, del miembro perteneciente a grupos sociales (v.gr.: empleado de una corporación; alumno universitario; etc.), entre otras posibilidades.

La mediación patrimonial opera sobre el difícil territorio de las relaciones comerciales. Evidentemente, habrá situaciones de imposible tramitación como los casos de concursos (negociación de la junta de acreedores, por ejemplo); dolo o fraude en la relación denunciada; etc., pero quedar en la inteligencia del juez participar al mediador de los asuntos que bajo su tutela puedan remediarse.

---

[21] Wilde - Gaibrois, ob. cit., p. 22.

La mediación familiar, aparece como una alternativa procesal para los cónyuges que encuentran, de esta forma, un régimen asistencial que disuade la carga conflictiva que llevan al proceso.

Atendida la cuestión, fácil es colegir que, utilizando el sistema, a las partes les pertenecen las soluciones que alcancen, sin que nadie se las imponga ni los obligue.

La mediación familiar -sostiene Waigmaister- "es la alternativa al litigio ya que esta basada en la activa participación de los involucrados para resolver sus propios problemas y encontrar una solución entre ellos y para ellos" ([22]).

También se aplica como herramienta de prevención de otro tipo de conflictos familiares, como la violencia doméstica o el abandono de hijos.

Al respecto Gladys Alvarez sostuvo que era indispensable tener presente que cuando apareciese el componente de violencia en forma potencial o manifiesta, sería necesario efectuar distinciones en el tratamiento aplicado de la mediación, toda vez que difería el enfoque según fuera violencia entre esposos, hijos, ancianos, incesto, etc. Cada categoría merece una consideración particular y aspectos que han de indagarse cuidadosamente. "Obviamente, ni todos los casos, ni todos los individuos con problemas familiares son aptos para la mediación, más aun en los casos de violencia doméstica" ([23]).

5. Perfil y entrenamiento del mediador

Se enumeran como necesarios e imprescindibles las capacidades siguientes para ser un buen mediador: a) confiable; b) buen oyente; c) perceptivo; d) conocedor del conflicto; e) poseedor de una serie intención de ayudar; f) hábil para la comunicación; g) imaginativo; h) flexible; i) neutral; j) imparcial; k) paciente; l) de buen humor; ll) persuasivo; m) sigiloso (respeta la confidencialidad y las normas éticas que le impiden violar cualquier secreto); n) creativo; o) capta los intereses distinguiéndolos de las posiciones; q) conciliador; r) eficaz; s) conoce técnicas y procedimientos para conducir a la resolución del conflicto ([24]).

La aptitud para negociar, verdadero meollo de la capacidad requerida, comprende temáticas necesarias para emprender la tarea de abordaje y resolución de conflictos.

El entrenamiento del Mediador reporta una utilidad adicional desde que la idoneidad se complementa con la experiencia lograda sobre la materia.

La habilitación de entidades de capacitadores debieran considerar tres grandes ejes: los aspectos jurídicos (estatuto, acta de constitución); los aspectos referidos al cuerpo docente y sus antecedentes; los aspectos técnicos- pedagógicos (estructura de los programas de cursos de capacitación, pertinencia de los mismos para instancias de

---

[22] Waigmaister, Adriana, *Mediación familiar*, en "Enciclopedia de Derecho de Familia", tomo III, Universidad, Buenos Aires, 1994, p.27.

[23] Alvarez, Glays Stella, *La mediación constituye una herramienta efectiva de prevención en casos de violencia doméstica*, ponencia presentada en las "III Jornadas Nacionales de Profesores de Derecho", Universidad Notarial, 1994.

[24] Tomado del programa de "*Introducción a las técnicas de mediación y conciliación*" de Zulema Wilde - Luis M. Gaibrois - Ana A.M. de Ceriani Cernadas y Alejandro Noziglia. Universidad de Belgrano, Buenos Aires.

capacitación inicial o continua de mediadores, o capacitación continua de conciliadores laborales).

Una vez habilitada la entidad estará en condiciones de emitir certificados de cursos, previamente aprobados, que le permitan al aspirante a mediador inscribirse en el examen de admisión o acreditar las exigencias de capacitación continua.

En Argentina la acción comenzó con resoluciones que reglamentaron la organización de cursos de capacitación continua, actualización y especialización, cuyos objetivos, encuadre normativo, fundamentos, acciones, temáticas, sedes y fechas de realización, formaron parte del ordenamiento legal.

Los objetivos fueron: a) Proporcionar instancias de capacitación para mediadores matriculados en el Registro de la Ley Nº 24.573, de carácter gratuito y válidas para el cumplimiento de las exigencias establecidas en la Resolución M.J. y D.H. Nº 486/00; b) promover espacios de intercambio de experiencias y reflexión sobre la práctica de la mediación; c) promover una mejora en la calidad de la práctica de la mediación a través de la capacitación, actualización y perfeccionamiento de los mediadores; d) propender la aplicación de la mediación en otros espacios de práctica diferentes a los actualmente reglamentados; e) propender la elaboración y análisis de jurisprudencia en temas de mediación; f) cumplimentar lo establecido en el artículo 22 de la Ley Nº 24.573 respecto del régimen de gratificaciones por dedicación y eficiencia en el desempeño de la labor de los mediadores.

Con exacta información se dice que […] "hacia 2005, buena parte de los mediadores de 1996 se habían retirado. Sobre todo, los que hacían mediaciones oficiales, que sólo reciben cuatro mediaciones, pero ahora por año. Es decir, vaya paradoja la autóctona, que señala que de los primeros 600 mediadores las bajas sean superiores a las producidas desde ese número hasta el colectivo que integra el presente registro. Mantener una oficina en condiciones de ofrecer un servicio de excelencia es hoy privativa de un puñado de privilegiados. Muchos mediadores hoy no están al día en el pago de la matrícula y no pocos son los que no adeudan horas de capacitación continua.

"El desaliento de los mediadores es proporcional a lo que se recibe desde la usina que administra el sistema: el Ministerio de Justicia. Llegado de España en 1994 y procediendo el proyecto de ley de mediación del año 1995 de la experiencia piloto promovida gracias a los esfuerzos de las Dras. Gladys S. Alvarez y Elena Highton de Nolasco, me pareció extraño que el sistema fuera administrado por el poder político y no por el judicial, como la experiencia posterior me lo reconfirmó al saber que en todas las provincias en que el sistema funciona lo hace bajo la administración a cargo del Poder Judicial.

"Es imparable el movimiento mediador, y a la profusa legislación producida por las provincias argentinas y la experiencia internacional hablan de que esta práctica ha adquirido plena carta de naturaleza, convirtiéndose en una herramienta imprescindible para resolver diferencias entre partes, analizar las posibilidades procesales de un caso determinado y reducir la litigiosidad, entre otras virtudes archirrepetidas." ([25])

En la actualidad hay más de dos mil mediadores matriculados; y son casi doscientos los conciliadores laborales registrados.

---

[25] Péjkovich, Maximiliano, *La reforma de la ley de mediación*, La Ley actualidad, del 05/06/2007, p. 1

6. Situación institucional del Mediador

La mediación como instituto válido para resolver conflictos intersubjetivos evitando la intervención de la justicia ordinaria, debe responder a un interrogante previo ¿dónde se debe instalar la figura? ¿es un auxiliar de la justicia que opera dentro de ella?, ¿se trata de un organismo independiente que controla la administración?, o ¿es una actividad desenvuelta en el marco de la colaboración entre poderes? y, acaso ello, ¿no es una injerencia del ejecutivo dentro de lo jurisdiccional?

Las bondades de la mediación fueron ya explicadas, corresponde ahora ver quien se encarga de llevarla a cabo para resolver el problema que significa descifrar si el sistema es o no un instituto de naturaleza jurisdiccional.

Recordemos que ninguno de estos sistemas alternativos puede ser jurisdiccional, ni la actividad cumplida por ellos un proceso; porque la jurisdicción es antes que resolución de conflictos, la verdadera garantía que preserva el Estado para la defensa y tutela de los derechos.

En la mediación hay un matiz diferencial trascendente, al no tener la metodología aplicada ningún rigor dogmático ni ser obligatoria o preferente la opinión vertida por el tercero neutral.

Desde esta óptica, pareciera inncesario buscarle naturaleza jurídica, porque la mediación ofrece un banco de prueba a la capacidad de negociación y renuncia de partes en conflicto, sin que el espacio donde se cumpla o quien lo cumpla tenga necesaria influencia o sea determinante.

En este aspecto, tal como sucede con el arbitraje y la conciliación, si pensaramos que la mediación es jurisdiccional porque resuelve controversias en base a un procedimiento libremente acordado, confundiríamos el aspecto exterior con las vivencias internas que desenvuelve el sistema.

El mediador no hace justicia, ni crea derecho, ni aplica precedentes jurídicos, ni emite sentencias o resoluciones; solamente aconseja, acerca y colabora al entendimiento entre partes; intercede entre pareceres opuestos pero con puntos de coincidencia que liminarmente no se tienen y es función del mediador encontrar.

La practicidad de su desenvoltura admite, en consecuencia, no adscribir para ningún orden estatal la exclusividad del desempeño institucional. Efecto que se demuestra acabadamente en Estados Unidos de América donde existen más de 650 compañías dedicadas a la solución alternativa de disputas ([26]).

6.1 ¿Privatización de la justicia?

Puede ser, pero si el destino final no es resolver haciendo justicia, sino acordando modalidades donde confluyen voluntades antes enfrentadas, no vemos porque tenga que hablarse de la jurisdicción allí donde el problema es otro.

---

[26] Floyer Acland, Andrew, *Cómo utilizar la mediación para resolver conflictos en las organizaciones*, Paidos, Buenos Aires, 1993, p. 33.

En todo caso no existe mas justicia que la que tiene aceptada el consenso unánime de la sociedad, y por eso podemos hablar de un derecho a la desobediencia, o de una resistencia a la opresión.

La justicia individual que no trasciende el espacio que las mismas partes concretan no tiene que estar necesariamente unida a la participación de la jurisdicción como Poder Estatal.

Ahora bien, aceptada esta tesis, resta considerar si la implementación dispuesta desde la iniciativa oficial puesta en marcha ya hace varios años, puede continuar la discusión en ese seno, como lo hace la mayor parte de las decisiones que socavan la inserción del modelo ante el eventual conflicto con el acceso a la justicia, o el protagonismo de la administración en lo que es estrictamente judicial.

En definitiva, fue el problema de Argentina cuando en el año 1992 resolvió por decreto presidencial, el interés del Estado en la institucionalización y desarrollo de la mediación como método no adversarial de solución de conflictos (art. 1º), estableció en el Ministerio de Justicia de la Nación Argentina la obligación de formular proyectos legislativos (función natural y propia en un sistema de colaboración en el ejercicio del Poder), y dictar normas de nivel reglamentario para la puesta en marcha de la institución (actividad ésta de significativa importancia para evitar mortificaciones de los otros poderes -judicial y legislativo-).

Que el Cuerpo de Mediadores funcione dentro del ámbito del Ministerio de Justicia no apareja problema alguno, mientras la tarea sea independiente de la que actúa el Poder Judicial a través de sus jueces naturales.

Pero si el sistema se entromete en el proceso, aun ofreciéndole una herramienta válida y probadamente eficaz, será menester considerar el medio por donde ingresa y como llega a instalarse.

Es decir, al juez se le puede ordenar por ley -*ex post facto*- que utilice la mediación en aquellos procesos donde entienda auspiciosa su participación; también un decreto podría generar consecuencias procesales de recepción inmediata (v.gr: suspensión de procesos contra el Estado, etc.); o una resolución ministerial acercar ideas para solucionar cierta crisis manifiesta en otro órgano de poder.

La colisión aparece cuando el Poder Judicial recibe implementado el mecanismo y los jueces interpretan que hay injerencia en el ámbito de sus poderes y facultades.

Lo hasta ahora expuesto respecto a la metodología de actuación del mediador releva de mayores comentarios, al estar justamente fuera del proceso su actividad central.

No sustituye ninguna función jurisdiccional, solamente coadyuva en la búsqueda de soluciones factibles y opina sobre conveniencias. Pocas veces sugiere o recomienda, apenas acerca intereses opuestos con el consejo autorizado de su experiencia e idoneidad.

Tales actitudes, supuesta presencia y mecanismo de participación, no importan intrusiones extrañas en el proceso; menos aun de roles contrapuestos con la independencia entre poderes.

No hay agravio a investidura alguna, sino un complemento útil a la eficacia del servicio de pacificación entre los hombres que en parte alguna se reserva al dominio exclusivo del Poder Judicial.

6.2 El debate parlamentario

El debate parlamentario de la ley 24.573 (Argentina) reiteró la polémica. El dictamen de minoría en el Senado de la Nación, al respecto, fundamentó que la obligatoriedad de la mediación contraría una de las características fundamentales de la institución cual es la voluntariedad. Al respecto, debe suponerse que si no existe en las partes una "voluntad negociadora" dispuesta a ceder pretensiones a cambio del reconocimiento de otras por la contraparte, no habrá mediación posible. Es más, la obligación de las partes de exponer sus pretensiones a un tercero y de "soportar" todo el trámite de una mediación que no están dispuestas siquiera a considerar y menos aun a aceptar, solo dilataría la intervención judicial, cuestión de vital importancia ya que en modo alguno puede restringirse al justiciable su acceso a la jurisdicción […]. Párrafo aparte merece el carácter intervencionista del proyecto dado por intromisiones injustificables del Poder Ejecutivo en el Judicial. De la simple lectura de su articulado, aquél refleja que todo lo relativo a la persona del mediador queda en manos del Ministerio de Justicia. Ya en el artículo 1º se dice "que las partes quedarán exentas del cumplimiento de este trámite si acreditaren que antes del inicio de la causa existió mediación ante mediadores registrados por el Ministerio de Justicia", vale decir que ni siquiera es posible evitar el trámite de la mediación obligatoria demostrando que se intentó, sin éxito, evitar el pleito, por ejemplo, a través de un intercambio postal o telegráfico entre las partes y sus letrados, o que hubo reuniones previas entre ellos.

En la exposición del miembro informante (Senador Jorge J. Cendoya) se dijo también que el proyecto no solamente violentaba el principio básico establecido en la Constitución Argentina de la división de poderes, y el mismo art. 109 que prohibe al Poder Ejecutivo entrometerse en el conocimiento de causas judiciales, sino también, fundamentalmente, al artículo 18 que consagra la garantía inmediata de acudir a la jurisdicción para dirimir las cuestiones entre partes.

Iguales críticas, aunque variando argumentos, el senador Romero Feris sostuvo que se estaba frente a un proyecto "teñido por la ambición acaparadora del Poder Ejecutivo".

Inclusive, en la discusión parlamentaria de la Ley 25.287 que amplió el plazo de vigencia de la Ley 24.573, el senador Villaroel sostuvo como miembro de la comisión, que no había firmado el dictamen porque perseguía el rechazo de la mediación al existir impugnaciones de inconstitucionalidad respecto de esa norma, indicando que "algún tribunal también se había pronunciado en el mismo sentido".

Se refería al fallo que sostuvo que, el art. 116 de la Constitución Nacional confiere al Poder Judicial el poder y el deber de impartir justicia sin dilaciones, de modo que no parece razonable el establecimiento con carácter previo de un mecanismo objetivamente dilatorio, como lo es la previa sujeción a mediación obligatoria ubicada en el ámbito del poder administrador por disposición de la ley 24.573 ([27]).

Allí también se dijo que, el establecimiento por ley de un régimen de mediación previa en el orden de la justicia nacional no es inconstitucional de por sí, pero sí lo es la modalidad establecida por la ley 24.573, en cuanto le otorga carácter obligatorio y ubica

---

[27] CNCom., Sala B, 1998/10/29, "*Baterías Sil-Dar S. R. L. c. Barbeito, Walter*", La Ley, 1998-F, 468, con nota de Germán J. Bidart Campos - La Ley, 1999-A, 360, con nota de Leandro Vergara - DJ, 1998-3-1088 - JA, 1998-IV-491 - ED, 180-312).

al órgano mediador en la órbita del Poder Ejecutivo, con las características de un tribunal administrativo.

Además, la mediación integraría una etapa constitucional del proceso si sus órganos formaran parte del Poder Judicial o fueran designados por el juez competente, y no como se encuentra dispuesto.

7. El acuerdo como resultado de la mediación

No existe una mediación pura que catalogue los resultados sobre la base del modo como interviene el tercero decisor. Son variadas las resonancias que obtienen de acuerdo con las materias sobre las que trabaja y las personas que entrevista.

Citamos ya que las soluciones pueden ser totales o parciales, inmediatas o proyectadas en el tiempo; etc., pero también, la mediación puede utilizar las demás formas resolutivas de conflictos, en cuyo caso, la formulación final acepta estas posibilidades:

En la mediación ordinaria, el funcionario da una recomendación que puede traducirse en las bases de un acuerdo. De no conseguir ese término consensuado, puede emitir opinión a título de dictamen que no resulta obligatorio para las partes.

También, los interesados sometidos a dicho dictamen, pueden acordar la obligatoriedad del mismo.

Una variación del tema se proyecta en la mediación por el Ombudsman, que a través de su forma metodológica investiga problemas singulares de la sociedad, aconsejando a los organismos públicos para que tuerzan o corrijan los desvíos administrativos que provocan la crítica del ciudadano.

Finalmente, se puede mediar a través de técnicos o expertos neutrales, sobre cuestiones que requieran una capacitación especial.

8. Técnicas

Las técnicas aplicadas para alcanzar un resultado satisfactorio tiene tres escuelas o líneas de pensamiento, las que con distintas epistemologías, dan lugar a tipos respectivos con la ideología que utilizan.

Suele llamarse *método Harvard*, o modelo tradicional, al que observa el conflicto antes que el resultado a conseguir. El objetivo es interactuar entre las partes propiciando comunicación entre ellas. No intenta modificar posiciones, sino aplacar las disidencias y conseguir consensos.

Otro modelo es el de los profesores Bush y Folger, llamado *transformativo*, que es distinto al de Harvard y opuesto en varios sentidos. Se llama transformativo porque persigue disuadir alterando una posición originaria que revierta en otra con el objeto de solucionar la crisis.

El tercer esquema, o modelo *Circular-Narrativo* (Sara Cobb), se interesa en ambos aspectos, en las relaciones y en el acuerdo ([28]).

---

[28] Hoyos Alarte, Flor – Viana Orta, Isabel, *La mediación como herramienta de trabajo*, Revista Convivencia, Madrid, 2006, ps. 125 y ss.

No debemos presentar estos modelos como disyuntiva, sino tener en cuenta en qué casos es más conveniente utilizar uno u otro, o una mezcla de ellos. Por ejemplo, el modelo tradicional de Harvard ha resultado apropiado para la gestión de conflictos en empresas, mientras que el modelo transformativo es recomendable en todos aquellos casos o ámbitos en los cuales sean muy importantes las relaciones. El modelo circular-narrativo tiene la ventaja de su gran aplicabilidad al estar centrado tanto en las relaciones como en los acuerdos.

Capítulo II

EL ESTUDIO DE LAS FORMAS ALTERNATIVAS PARA RESOLVER CONFLICTOS ENTRE PERSONAS

¿ *Es un tema procesal* ?

1. Introducción

En reiteradas oportunidades nos hemos pronunciado sobre el significativo valor que tienen las formas alternativas para resolver controversias. No dudamos de ellos y de la eficacia manifiesta que se hace elocuente en las estadísticas producidas por la justicia nacional y provincial.

El problema que en esta ocasión queremos abordar refiere al lugar que tienen en la ciencia jurídica, y particularmente, analizar si esos métodos diferentes al proceso judicial, encuentran recepción en la teoría general del derecho procesal.

A estos fines será preciso confrontar cada una de las bases que edifican nuestra disciplina (el derecho procesal) con las singularidades que respecto a ellas tienen en común los sistemas concurrentes.

1.1 Vías alternativas o equivalentes al proceso judicial

Una de las dificultades iniciales para esclarecer la cuestión, se encuentra en la naturaleza jurídica que reconocen estas vías.

Si se consideran alternativas del proceso jurisdiccional, de hecho son una opción de preferencia, en cuyo caso, quien pretende demandar a otro puede elegir un método de debate distinto al que le ofrece el litigio ordinario.

En cambio, hay quienes estiman que la posibilidad es sólo una cuestión personal, una simple elección por una vía que, en realidad es un equivalente del proceso común.

Otros, consideran que son procedimientos que sustituyen la actuación judicial, generando un impedimento para el acceso a la justicia y, por tanto, devienen inconstitucionales, pues la resolución de conflictos es una tarea –afirman- de los jueces de la Nación.

La definición depende de la perspectiva como la cuestión se enfoque. En efecto, quienes advierten en la conciliación, el arbitraje y demás alternativas similares, un procedimiento supletorio del proceso común, admiten la equivalencia procesal por tratarse, en definitiva, de una forma implementada para decidir un conflicto de intereses.

El meollo del tema en análisis provoca un claro interrogante: ¿estas instituciones alternativas pretenden sustituir o colaborar con la justicia?.

1.2 Características básicas a considerar.

Las crisis humanas habitualmente representan una colisión con intereses de otra. Tal enfrentamiento puede tener múltiples explicaciones (escasez de los bienes de la vida; sometimiento de los débiles; ley del más fuerte; miserias del hombre; etc.), es

verdad, pero la búsqueda de respuestas, por lo común, se orienta desde el concepto de lucha (bilateralidad y contradicción del proceso ordinario), donde perviven resabios de la habilidad grecorromana para utilizar el arte de la oratoria.

Consecuente natural es el ocultamiento de la verdad; cada pretensión de partes constituye una versión "acomodada" de los hechos. En suma, la difícil misión del proceso judicial para despojarse de este "método adversarial" encuentra posibilidades en otras figuras de menor encuentro conflictivo, donde la técnica de resolución y debate se concierta voluntariamente, y sin que esté ninguno de los litigantes obligado a recurrir al servicio que se ofrece, como sí ocurre con el proceso judicial.

Si tornamos la intimidación natural que los tribunales conllevan, lo que puede verificarse en cada una de sus etapas, y aun en sus ficciones irritantes (v.gr.: Juicios en ausencia, en rebeldía, notificaciones tácitas, caducidades y negligencias, etc., etc.), para ir hacia un método que resuelva problemas sin padecimientos colaterales, estaremos en condiciones de bosquejar las ventajas e inconvenientes de cada figura posible.

El diálogo es la base de la concertación y entendimiento. La idea es simple: debe abandonarse la discusión permitiendo soluciones a partir de actitudes voluntarias.

Comúnmente, la conciliación adscribió a los conflictos derivados de una relación contractual que requería de soluciones jurídicas; mientras que la mediación asumía el acercamiento de intereses enfrentados aun cuando desarrollaba un trámite más sacramental. El arbitraje, por su parte, era una forma similar al proceso, pero auspiciada por la voluntad concertada entre las partes.

En cada caso, como se ve, no estamos considerando la cientificidad del método sino sus bondades, de modo tal que instalar su estudio en el derecho procesal depende de la adecuación con los principios y presupuestos ideados para caracterizar el método judicial.

1.3 La teoría del conflicto

La duplicidad de intereses alimenta las cuestiones en conflicto. Cualquier aspecto de la vida de relación comprueba que la controversia se origina cuando las voluntades se enfrentan y los ánimos se exacerban multiplicando las diferencias y, consecuentemente, alejando las probabilidades de conciliación.

Si la hipótesis se da entre varias partes, el problema se agudiza, porque suelen personalizarse las pretensiones, agregando mezquindades que no miran la solución posible, sino el vencimiento desde la firmeza.

¿Cómo tratar el caso desde una perspectiva jurídica?

Habitualmente los abogados nos hemos acostumbrado a derivar hacia otros las soluciones, presentando nuestro caso como una cuestión de pretensiones.

La demanda judicial resulta el camino más transitado y, por supuesto, el más cómodo para una sistemática donde el derecho tiene respuestas para todo.

Sin embargo ésta es una opción falsa.

El problema se reduce al conflicto entre adversarios, por el cual no tendrán más posibilidades reales de conversar que las hipótesis infrecuentes de las audiencias.

Cuando el sistema procesal es escrito, se comprende inmediatamente la verdad de lo expuesto.

Las pretensiones son el más claro ejemplo del viejo concepto que acuña al proceso judicial como un campo de batalla, donde el derecho lo obtiene quien mejor defiende sus intereses, aun cuando ellos no sean justos o razonables.

Hoy día se impone golpear el timón hacia otro rumbo. El norte se vislumbra asumiendo el conocimiento del conflicto en todos sus aspectos y dimensiones, revirtiendo la actitud del abogado que estudia el caso para someterlo al proceso.

Precisamente, se trata de considerar al litigio como la intervención quirúrgica en la atención de un enfermo: la decisión final más crítica, después de intentar otros caminos o tratamientos posibles.

El abogado es el primer comprometido en esta empresa, tiene el deber de abandonar aquellos preconceptos que llevan a entender que sólo con la intervención judicial se puede lograr hacer el derecho.

Esta realidad hostil que presenta al sistema normativo condicionando las figuras de posible captación, ha llevado a configurar al proceso como un campo que desarrolla las mejores aptitudes de los derechos subjetivos.

Cada interviniente se posiciona en el juego de fuerzas que toma del derecho y no concibe abandonar el territorio logrado, esperando de la sentencia la consagración de una victoria eventual.

Es verdad que mediante la modificación de esta base presupuestada, se persigue trasformar la juridicidad del conflicto.

Relegar la dimensión personal del entuerto para encontrarle ventajas compartidas. Olvidarse del éxito individual para solidarizar las soluciones; en fin, cuando hablamos de conocer el conflicto para negociar sobre el mismo, pensamos en la estimativa social que tienen los acuerdos que pacifican rápidamente la crisis entre partes.

Son las paradojas que la evolución del derecho muestra, al destinar sus preocupaciones esenciales para la protección del individuo y llevarlo a un estrecho cuello de botella que vierte en el juicio la herramienta habitual para sus conflictos.

La confianza en la justicia, sostén y esencia del fenómeno jurisdiccional, no queda vaciada de contenido; simplemente se trata de ocupar al abogado y a todos los partícipes en el conflicto, en una modalidad analítica que desarrolla la teoría de la negociación.

El conflicto admite orígenes diversos que se califican de acuerdo con el problema a resolver.

Una crisis familiar, empresaria, etc., enfrenta intereses y personas que, por ello, constituyen elementos mínimos e ineludibles.

Los intereses se vinculan con los individuos y se propagan cuando estos son grupos o asociaciones (v.gr.: sindicatos).

La experiencia indica que cuando un sector no tiene definidos sus intereses, el otro término de la relación, las personas, establece la necesidad de un acuerdo preliminar que los precise.

Tomando como ejemplo a las asociaciones sindicales, vemos como la diversidad de intereses y prioridades polariza y enfrenta a los miembros dentro de un mismo grupo, aun cuando los intereses se refieran "contra otros".

Con relación a las partes, el conflicto puede hallar interesados indirectos, además de los que actúan negociando por sí.

A veces, esos vinculados indirectamente son las partes verdaderamente interesadas, como resultan los grupos o personas que tienen un interés financiero o comercial emergente del resultado que se consiga entre los negociadores.

Tanta importancia tiene resolver donde están los intereses auténticos y las partes verdaderas, que de acuerdo con su precisión podrá colegirse el beneficio probable de la concertación.

En definitiva, cuando se habla de "intereses", como al referirse a los "grupos" existe cierta tendencia a homogeneizarlos en miras a simplificar el problema, sin advertir el riesgo que ello genera al diferir las posiciones en la mesa de negociación.

Ahora bien, la negociación que está impregnando toda esta etapa de los modelos alternativos o concurrentes con el proceso judicial ¿se puede estudiar con los principios característicos del derecho procesal?

1.4 La teoría de la negociación

La negociación es un proceso que les ofrece a las partes interesadas la oportunidad de intercambiar promesas y contraer compromisos en un esfuerzo para solucionar sus diferencias y llegar a un acuerdo ([29]).

De suyo, como en cualquier encuentro voluntario destinado a resolver situaciones conflictivas, en las partes que concurren existe un ánimo especial proclive al sometimiento de fórmulas para el acercamiento. Si no existe este "animus negotiandi" es improbable que se llegue a buen puerto ([30]).

Si en el conflicto subyacen individuos con intereses contradichos, los componentes elementales para la negociación parten de estos supuestos.

En efecto, para negociar se necesitan *partes*, que pueden ser individuales o colectivas; e *intereses* sobre un problema, que oscilan conforme la diversidad del conjunto que compone.

El primer término de la relación: las personas, es el más importante, porqué define el sector y consolida las pretensiones que representa o reclama.

Las individualidades que actúan negociando se dan en múltiples espacios de la vida de relación, y abarca confines poco precisos al estar dependiendo de las emociones que se entremezclan al debatir el conflicto.

La persona humana es un ser emocional que defiende naturalmente sus ideas y logros obtenidos. Cuando surge la contienda, es común que esa tendencia defensiva a lo propio se trasmita a la posición que sostenga en el acuerdo.

Esta identidad es un hecho habitual que, cuando ocurre en el proceso judicial, se presenta bajo la denominación de pretensiones y resistencias o peticiones e impedimentos.

---

[29] . Thomas R. Colosi y Arthur Eliot Berkekey, *Negociación colectiva: el arte de conciliar intereses*, editorial Limusa, México, 1991, p. 15

[30] . Ib. p. 18

En cambio, si la gestión negociadora proviene de grupos, la confusión en los objetivos puede darse por la heterogeneidad de los intereses.

Por ejemplo, si varios sectores laborales negocian condiciones de trabajo ante la administración pública, es posible que cada uno defienda posiciones particulares y beneficios propios. Mientras que la negociación colectiva que tiene lugar entre el Estado y los sindicatos vislumbra una agrupación más concisa, simplificando la diversidad de intereses.

El dualismo "empresa-trabajador" o "Estado-Sindicatos", demuestra la globalización de la contienda y los intereses que porta cada cual.

A la empresa le importa dirigir exitosamente la institución otorgándole beneficios y progresos. Si en ella, el sector de trabajo no tiene sistema de representación, la toma de decisiones, en el conflicto hipotético, es unilateral. Mientras que la presencia del sindicato o la asociación laboral torna compleja la decisión al resultar previo y necesario, tomar una política o "posición" para el acuerdo.

El segundo identificador: los intereses, moviliza aspectos más próximos con el tratamiento práctico de la crisis y la forma como suele implementarse el procedimiento de negociación.

Los intereses no son otra cosa que el problema a resolver.

Sobre esta base ¿puede la teoría de la acción encontrar respaldo en esta dinámica de actuación?

1.5 Actitudes del negociador y soluciones posibles

Quien negocia debe saber que no hay tiempos precisos que limiten el éxito o el fracaso de la gestión.

Las respuestas anticipadas pueden resultar prematuras cuando no tienen un estudio meditado establecido después de una relación de trabajo.

El problema básico de la negociación no es el conflicto entre partes que se encuentran, sino entre las necesidades, preocupaciones y temores que padezcan y lleven al curso de las entrevistas.

La colisión posible entre los intereses no descarta la presencia cierta de otros que puedan compatibilizarse.

La función primordial del negociador será encontrar esas fusiones, demostrando con sus actos eludir las situaciones personales para ocuparse centralmente del problema.

Bien se dice que, antes de dar respuestas debe explicarse el meollo crítico; soslayar el juicio prematuro; la búsqueda de respuestas únicas y totalizadoras; la eliminación anticipada de opciones; o la creencia de que el problema no tiene solución ([31]).

Salidas alternativas; ingenio; persuasión; razonabilidad y criterio, son prolegómenos necesarios en las fórmulas de acuerdo y bajo estas condiciones:

- -separar el acto de inventar opciones, del acto de juzgarlas.

---

[31] . Roger Fisher, William Ury y Bruce Patton, *Sí…!de acuerdo!. Cómo negociar sin ceder*, editorial Norma, 2ª ed. Bogotá, 1993, págs. 11/14

- -ampliar las opciones en discusión en lugar de buscar respuestas únicas.
- -perseguir beneficios mutuos.
- - inventar maneras de facilitarles a los otros su decisión ([32]).

2. La acción en los sistemas alternativos

Al derecho procesal le importa la acción como actividad de las partes y, más concretamente, del que formula el reclamo al órgano jurisdiccional ([33]). Es una consecuencia necesaria de la eliminación por el Estado de las formas de autotutela provocando la heterocomposición y la creación de la figura del Juez y el proceso como método de debate legítimo para resolver los conflictos entre las personas. Por eso, el proceso civil germina sobre esta idea: *todo proceso se inicia a solicitud de parte*.

Dejando de lado el problema doctrinario que la acción apareja, esto es, si es el mismo derecho subjetivo actuado el que permite crear un procedimiento de tutela; o si es un derecho propio que pretende constituir un estado de derecho contra otro donde el Estado actúa a través de los jueces creando el derecho; lo cierto es que cuando estudiamos la actuación de las partes que incitan y movilizan los métodos alternativos no se tiene en cuenta el carácter del derecho reclamado sino la calidad de la persona que pide, es decir, se analiza si quien pretende es quien puede hacerlo legítimamente o tiene impedimentos de hecho o de derecho que le dificultan la posibilidad de articular la pretensión (en suma, la acción se reduce a un problema de consistencia en la personalidad o legitimación para obrar).

Sin embargo, hay otra visión para la naturaleza que la acción proyecta. Decía Couture que "*una teoría que trate de explicar la naturaleza jurídica de la acción (el "que es la acción") debe partir de la base necesaria de que cualquier súbdito tiene derecho a que el órgano jurisdiccional competente considere su pretensión expuesta con arreglo a las formas dadas por la ley procesal. Este derecho es la porción mínima indiscutible de todo este fenómeno:* el derecho a la prestación de la jurisdicción ([34]).

Por primera vez la acción fue colocada dentro de los derechos cívicos, esencialmente como una forma del derecho de petición. Es cierto que tiempo atrás Furno había referido a un derecho genérico de recurrir a los tribunales concibiendo a tal ejercicio como un derecho abstracto; pero va a ser Couture quien difundirá la importancia de esta posición sobre la base de considerar a la acción como un atributo de la personalidad y, por ende, de carácter privado.

No obstante, como al mismo tiempo, en la efectividad de ese ejercicio está interesada la comunidad, la acción cobró inmediatamente carácter público ([35]).

De este modo, la acción quedó emplazada como una garantía constitucional que asegura el derecho de acceder a la justicia sin restricciones; y proyectó otras conclusiones de importantes procesalistas argentinos que instalaron la teoría de la

---

[32] . Fisher, Ury y Patton, ob. cit., p. 79

[33] . Osvaldo A. Gozaíni, *Derecho Procesal Civil,* tomo I volumen 1, editorial Ediar, Buenos Aires, 1992, p. 63

[34] . Eduardo J. Couture, *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, editorial Depalma, Buenos Aires, 1987, p. 71

[35] . Gozaíni, ob. cit., p. 81

acción como un problema extraprocesal. Por ejemplo, Lino Palacio concentró su interés en el contenido de la pretensión ([36]); mientras Augusto Mario Morello aceptó la relatividad histórica del concepto, aun cuando destacó su inserción en el derecho constitucional (derecho de petición) y la supletoriedad que tuvo para el vacío formado, la noción de pretensión procesal. En suma, la acción para el maestro platense es "*nada más que el medio técnico jurídico que posibilita el planteamiento de pretensiones procesales*" ([37]).

En el terreno que nos planteamos hay que observar dos cuestiones: la primera se vincula con el acceso a la justicia y la dificultad que provocan –o no- los medios alternativos. La segunda es más técnica, en la medida que si el derecho de acción supone plantear pretensiones, es sabido que las pretensiones extraprocesales no son tales porqué no producen la intervención necesaria e ineludible del órgano jurisdiccional. En todo caso son simples peticiones que ordenan un método particular para exponer planteos y réplicas.

Veamos cada uno de estos casos.

2.1 El acceso a la justicia en los medios alternativos

La promoción de un pedido de actuación de árbitros o mediadores, por ejemplo, no supone la inmediata articulación de un proceso judicial. Sí genera un procedimiento propio y singular donde existe un tercero que resolverá –o no- el conflicto procurando mediante sus oficios encontrar una respuesta acordada.

Pero la dinámica de actuación no es un tema de la teoría de la acción: en todo caso, tendremos que analizar si la función jurisdiccional es resolver las controversias que ante ella se susciten aplicando el derecho objetivo o provocando soluciones justas basadas en criterios flexibles de interpretación.

El problema está en ver si los métodos alternativos son un impedimento para el acceso a la justicia.

Como ya hemos dicho, si la opción es tal y sin condicionamientos, la elección por una vía extraprocesal o judicial no significa gran cosa, pues la preferencia se basa en la libertad de elegir el método de debate que la parte o las partes entiendan mejor para sus intereses.

El dilema aparece cuando el Estado hace la preferencia y establece como obligatorio el tránsito por las vías concurrentes, tal como ocurrió con la mediación y la conciliación laboral en la Capital Federal.

Por eso si una de las características más importantes que tiene la mediación consiste en la confianza que las partes obtienen sobre un sistema que les permite aligerar su carga de tensión, eliminar cierta animosidad hacia la contraparte - a quien se deja de observar como adversario-, logrando eliminar la enemistad para convertirla en un medio de acercamiento y pacificación; y siendo que la "confianza" no se impone, parece insostenible tolerar la obligatoriedad dispuesta por la ley.

---

[36] . Lino E. Palacio, *Manual de Derecho Procesal Civil,* editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1973, p. 111.

[37] . Augusto Mario Morello, *La acción, la jurisdicción y el proceso,* en "Problemática actual del derecho procesal", editorial Librería editora Platense, 1971, p. 517.

Es este uno de los puntos de mayor fricción y resistencia por los operadores jurídicos -jueces y abogados, especialmente-, los que se reflejan en el debate parlamentario.

En efecto, sostuvo el senador Cendoya (en la exposición como miembro informante del dictamen de minoría) que "la mediación debió haber sido voluntaria y, en todo caso, en la órbita del Poder Judicial, cuyas facultades aparecen violentamente desconocidas en el proyecto que estamos considerando y que ha merecido críticas de todos los sectores".

Entre las que cita conviene recordar lo manifestado por la Asociación de Abogados cuando expresa que "...debemos advertir sobre proyectos de reformas del derecho adjetivo, que prevén su incorporación (de la mediación) con el carácter de obligatoria y como previa a todo juicio, contrariando una de sus características que es la voluntariedad y limitando la oportunidad de la gestión al momento previo a la litis...[ ]...Cualquier tarea que no sea la de proponer a las partes soluciones posibles para que éstas decidan, implica desnaturalizar el instituto...[ ]...y a nuestro juicio, la sanción de esta ley no va a contribuir a la realización de la paz por intermedio de este servicio metajudicial, sino a incrementar la litigiosidad".

Fue notoria también la disidencia de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales al estimar que era compulsiva la puesta en marcha del proyecto.

La doctrina, aun quienes respaldaron la mediación, se opusieron a la obligatoriedad; algunos indicando que era una forma de compeler a las partes contra su voluntad provocando, quizás , una consecuencia nefasta para el instituto; otros resistiendo la "no voluntariedad" al operar como un contrasistema.

Con mas dureza se ha dicho que "el desprestigio o <<aborto>> de la mediación, como se la ha pergeñado, depende de lo que se haga de ahora en más, pues la ley, basada en el <<proyecto Barra>>, no tiene como finalidad la implementación de un método alternativo de resolución de conflictos ampliamente acreditado, sino que sólo se busca descongestionar el Poder Judicial, llevando al Estado a desertar de uno de sus ámbitos esenciales: el impartir justicia, tal como se hiciera en otras reas como salud, educación, seguridad, etc....[ ]...Es necesario señalar que el sistema creado (obligatorio previo a todo juicio) no tiene parangón en el derecho comparado, por lo que sólo se lo podría definir como <<criollo>> utilizando la calificación vertida por William E. Davis" ([38]).

Lo cierto es que el sistema se estableció, bajo el simplismo de sostener que debía ser obligatoria la instancia de mediación porqué "...si lo hacemos voluntario, evidentemente al no existir esta cultura, poco podemos decir de la eficacia que va a tener este procedimiento. Debemos enseñar cuál es el camino a seguir sin que esta obligatoriedad se interprete como una violación al derecho de defensa en juicio, porque muchos también van a decir que al ser obligatorio, evidentemente, lo estamos sacando de la jurisdicción normal y, en consecuencia, está siendo violado su derecho de defensa en juicio" ([39]).

---

[38] . Horacio Santiago Embón, *La mediación obligatoria previa a todo juicio (Ley 24.573). Su perspectiva*. La Ley actualidad del 5 de diciembre de 1995.

[39] . De la exposición del senador Branda, miembro informante del dictamen de mayoría al considerar el proyecto sobre mediación y conciliación. Cfr. *Antecedentes Parlamentarios*, editorial La Ley, 1995 nº 9 p. 263 parág. 39

En Diputados el argumento se presentó como "incentivo de la obligatoriedad... a fin de que también sirva a otro objetivo que se persigue, consistente en disminuir los pleitos y el trabajo que pesa sobre el Poder Judicial" ([40]).

Se agregó que "...el proyecto resuelve el primer problema con la obligatoriedad de la mediación, pero admitiendo que se trata de una promoción cultural por llamarla de alguna forma...".

Con mejor fortuna se explica que "la mediación obligatoria con carácter tan generalizado como se la incluye en el presente proyecto no tiene antecedentes en el derecho comparado. No obstante, se justifica la adopción del sistema, dado el fundamento de emergencia judicial que se aduce, con calidad de procedimiento temporario hasta que se sancionen nuevos Códigos Procesales que contemplen la figura definitiva".

Nosotros vamos a cambiar el ángulo de observación de esta polémica que parece enfocar, exclusivamente, el problema de si existe injerencia o no del Poder Ejecutivo en el Judicial, y si promedia con ello una instancia previa perjudicial para el acceso a los jueces.

Debe diferenciarse la cuestión del "acceso a la justicia" del "acceso a los jueces", o dicho en otros términos, no es el mismo interrogante resolver si un trámite anterior a la traba de la litis, o para formular la demanda, constituye un obstáculo para el acceso irrestricto a la justicia (v.gr.: la famosa polémica sobre el reclamo administrativo previo; o el depósito de capital, intereses y costas para la admisión del recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley en la pcia. de Buenos Aires; etc.); respecto del otro acceso, vinculado con la eficacia de la justicia, en el cual, se pone al servicio del justiciable una serie de medios y de funcionarios para que vinculados procuren alcanzar un resultado satisfactorio a sus respectivas pretensiones (v.gr.: puede ser a través de la conciliación, la transacción o la misma sentencia).

Si el beneficio es para las partes, no vemos posible cuestionar las bondades de los medios alternativos, aun cuando se imponga como un procedimiento previo.

Esta distinción fue formulada hace mucho tiempo ya por Cappelletti en aquél ciclópeo trabajo que se dió en llamar el "proyecto florentino sobre el acceso a la justicia" (en el que trabajaron más de un centenar de juristas, sociólogos, psicólogos, economistas, antropólogos e historiadores, que después de cinco años, publicaron la obra en 1979 que consta de cuatro volúmenes en seis tomos).

Cuando el discípulo de Calamandrei abordó el tema, sostuvo que existían evidentes ventajas para las partes y para el mismo sistema judicial si los conflictos se solucionan extrajudicialmente. "La actual congestión de los tribunales y el costo excesivamente alto de los juicios pueden ser los motivos para que un procedimiento ágil, como es la conciliación, beneficie de especial manera a las partes" ([41]).

La diversidad de medios, nuevas formas y alternativas para resolver conflictos, son de suma importancia ante una sociedad menesterosa de una justicia efectiva, hoy sobrecargada de tareas, muchas de ellas no específicas.

---

[40] . Diputado Durañona y Vedia, miembro informante de la mayoría, en *Antecedentes Parlamentarios*, editorial La Ley, 1995 nº 9 p. 299 parág. 141

[41] . Mauro Cappelletti – Bryant Garth, *El acceso a la justicia*, editorial Colegio de Abogados de La Plata, 1983, p. 94

Pero debemos tener cuidado con la aparición de posibilidades judiciales o extrajudiciales que ofrecen soluciones a la controversia, para que no dispersen la competencia natural que deben mantener los órganos jurisdiccionales.

Quizás más que un problema de "acceso a la justicia" nuestra sociedad padezca una crisis de confianza al sistema, circunstancia por la cual, parece necesario implementar un cambio rotundo, copernicano, que propicie dos fines esenciales: a) recobrar la confianza de los hombres en la justicia, y b) conseguir la especialización del sistema judicial de modo que éste se extienda a todas aquellas personas que la necesiten, acoja sus demandas y las ponga en condiciones de obtener los beneficios que los más avanzados derechos sustantivos han y vienen confiriendo al hombre (V.gr.: derechos difusos, nuevos derechos y garantías de la Constitución Nacional, etc.).

En síntesis, los remedios paralelos al proceso judicial logran un sistema que no es grosero ni colisiona con el derecho de petición y acceso a la justicia. *Acceso no es entrada, es desarrollo, protección, seguridad y satisfacción sin resentimiento*.

Claro está que para llegar a esta conclusión es preciso sostener que: a) la solución del conflicto no es una sentencia; y b) la función del tercero no es jurisdiccional.

a) Solución extrajudicial

El procedimiento encausado dentro de los medios alternativos no es un proceso; técnicamente el juicio es otra cosa, se vincula con la actividad gnoseológica del juez destinada a subsumir los conceptos jurídicos que las partes han desarrollado en los actos del procedimiento desde la postulación de sus pretensiones.

Además, si relacionamos el acto con el inicio de la causa, estamos en idénticas condiciones: la causa (como proceso) ya existe y está en marcha. Ahora, si fue intelegida como expediente la situación varía, pero seguimos en un cuadro de pertenencia jurisdiccional.

b) La actuación no es jurisdiccional

Con ello, queremos expresar que si la función del mediador, conciliador o árbitro no es jurisdiccional (es decir, no resuelve con carácter obligatorio), las actuaciones debieran estar absolutamente fuera del proceso.

Es probable que esta haya sido la intención del legislador cuando sancionó la ley de mediación, sólo que por la redacción establecida, la idea aparece difusa.

En consecuencia, al pertenecer la actividad del mediador a una etapa del proceso, resulta incongruente que los funcionarios que la activen se encuentren fuera del Poder Judicial.

Es cierto que el modelo que en el Código procesal tiene aparece el juicio de árbitros o el mismo arbitraje privado, donde se permite esta delegación en terceros, pero allí se aclara que la intervención se da "en el proceso" y con motivo de él; mientras que en la mediación creada hay una situación diferente: alienta la pacificación extrajudicial desde un medio judicial.

2.2 El derecho a ser oído

En el derecho internacional de los derechos humanos, el acceso a la justicia se interpreta como el *derecho a ser oído.* Fundamentalmente la garantía se sostiene en los artículos 7, 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, al igual que en las disposiciones 9, 10 14 y 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos ([42]).

Desde esta perspectiva, cualquier vía abierta para la defensa de los derechos u obligaciones debe garantir la igualdad de condiciones para la presentación del caso y la producción probatoria, debiendo esperar del procedimiento encausado una solución efectiva que consagre el derecho a tener un *proceso debido.*

Sostiene Albanese que "el principio de la tutela efectiva, dijo la Comisión Interamericana, puede traducirse en la garantía de la libre entrada a los tribunales para la defensa de los derechos e intereses frente al poder público, aún cuando la legalidad ordinaria no haya reconocido un recurso o acción concreto. También dijo que la incertidumbre o falta de claridad en la consagración de los requisitos de admisibilidad de una acción puede constituir una violación a ese derecho fundamental. El recurso sencillo y rápido amparado por la Convención Americana impide que el acceso a la justicia se convierta en un desagradable juego de confusiones en detrimento de los particulares" ([43]).

Basados en esta inteligente apertura que, de alguna manera, crea nuevos derechos procesales (en sentido estricto, son garantías), no podría dudarse que los medios alternativos responden al precepto que manda escuchar a quien lo requiere, teniendo en cuenta que el derecho a la jurisdicción no se elimina, pues en realidad solamente se posterga a elección y preferencia de las partes.

3. La jurisdicción en los sistemas alternativos

Con la jurisdicción comienza un problema bastante difícil de superar para permitir que los sistemas alternativos tengan un fundamento en este pilar de la ciencia procesal.

En efecto, el planteo tradicional afirma que la jurisdicción nace como una forma política de organización del Estado, donde la sociedad reclama el imperio del orden, la justicia y la equidad, privándose del ejercicio de componer por sí misma los conflictos suscitados.

Al dejar en manos del Estado y sus jueces, le transfiere el poder de resolver las controversias humanas, al mismo tiempo que reposa en ellos la confianza que tiene hacia la jurisdicción.

La transferencia supone eliminar las posibilidades de autotutela, dejando el monopolio del juzgamiento a los magistrados del Poder Judicial. Sin embargo, la delegación no es absoluta, en la medida que la sociedad mantiene sistemas de autocomposición y autodefensa donde resuelve *per se* las dificultades a superar.

---

[42] . Al igual que en los artículos 5, 6, 7 y 13 de la Convención Europea de Derechos Humanos y otros tratados y convenciones sobre Derechos Humanos que consolidan el temperamento. Cfr. Susana Albanese, *Garantías Judiciales,* editorial Ediar, Buenos Aires, 2000, p. 21

[43] . Ob. cit., p.25

Por ello, la doctrina prefiere ubicar a la mediación y la conciliación, por ejemplo, en el terreno de las figuras autocompositivas ([44]) en la medida que no hay propiamente actividad del juzgador o del tercero.

En los hechos, la función de cada uno es diversa, como lo recuerda Alcalá Zamora: *el árbitro:* impone*; el mediador:* propone*; el conciliador:* aconseja; *el Juez:* hace justicia y decide por sus propias convicciones.

De este modo la heterocomposición, que es la función constitucional que se tiene asignada a los jueces, y ejercer así: *la jurisdicción*, no aparece bien delineada en las formas alternativas para la resolución de conflictos ([45]).

Si tenemos en cuenta que los elementos que la componen se integran con funciones tales como:

- *Notio:* o poder de conocer en un asunto determinado por las partes
- *Vocatio:* o poder de emplazar a las partes para que justifiquen sus derechos.
- *Coertio:* o poder del Juez para imponer sanciones disciplinarias e imponer por la fuerza el cumplimiento de sus decisiones, diferentes a la sentencia definitiva.
- *Iudicium:* o poder de resolver con carácter definitivo el conflicto que las partes le presentaron a su decisión.
- *Executio:* o poder de emplear la fuerza, a pedido de la parte beneficiada, para que se cumpla la sentencia dictada.

En cada caso veremos que existen aproximaciones de facultades entre terceros y jueces, pero elementos indelegables en aquellos como la ejecución propiamente dicha.

Ahora bien ¿este conjunto de poderes permite nominar como *jurisdiccionales* las funciones de los terceros que actúan como mediadores o conciliadores? ¿Pueden llamarse opciones jurisdiccionales a la conciliación, mediación, arbitraje y sus diversas combinaciones?.

---

[44] . En las XVII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal, el ponente general Dr. Jorge A. Zepeda, en el tema "Conciliación y arbitraje. Presente y futuro", sostuvo en el informe presentado que *la mediación y la conciliación son típicamente autocompositivas, con lo cual coincide* Gomez Lara. *Este calificativo corresponde al propósito que persiguen, con independencia del procedimiento conforme al cual se desenvuelvan, de la sede en que se adelanten y del carácter del tercero que intervenga en la sustanciación: lo que verdaderamente importa es que la solución del conflicto sustantivo depende de la voluntad de las partes, y que éstas hacen su propia justicia, aun con el riesgo de que la misma no sea ´justa´, pues acaso ellas mismas piensen que* meglio una magra transazione che una grassa sentenza" (en "Relatorías y ponencias", Costa Rica, 18 al 20 de octubre de 2000, p. 17

[45] . Agrega Zepeda lo siguiente: "Que haya un procedimiento formalmente –que no es *estructuralmente*- similar al de un arbitraje irritual es irrelevante, tanto más cuanto que ni el de la conciliación ni el de la mediación se integran en caso alguno por la *serie de instancias proyectivas* que caracteriza al proceso de acuerdo con el pensamiento de Briseño Sierra, con quien coincido plenamente, si bien he sostenido que también los proveimientos jurisdiccionales tienen carácter proyectivo; que se generen o puedan generarse dentro del proceso –judicial o arbitral- tampoco les aproxima a la heterocomposición en virtud de que ni una ni otra son elementos de la serie procesal, aunque –como meros procedimientos- se inserten en el proceso; y que intervenga un tercero no les acerca a la figura heterocompositiva pues aquél no ejerce potestades directoras del proceso, sino atribuciones de conducción de un procedimiento, ni soluciona el conflicto por sí y de manera coactiva, en lo cual –dirección del debate y decisión del conflicto pretensional- radica precisa y exclusivamente la jurisdicción (Ob.cit., 17)

Es evidente que el problema aparece en la prioridad que se quiera significar al término *jurisdicción: o el Juez aplica la ley; o resuelve controversias intersubjetivas.*

En este marco, es preciso apuntar otros principios: *nemo iudex sine actore*, por el cual, el proceso y. en consecuencia, la actuación del Juez proviene de la actividad de las partes.

3.1 No hay proceso iniciado de oficio, sólo procede a pedido de parte

El marco que explica las nociones precedentes contrae una de las cuestiones más debatidas.

Resulta claro que si el arbitraje, la mediación o la conciliación se miran como decisiones voluntarias, libremente concertadas, sus fundamentos pueden tener naturaleza contractual y estar regidos, de alguna manera, por disposiciones sustantivas. *La atención aquí se presta al modo como se origina la intervención*.

En cambio, quienes atienden a la forma como se resuelve el conflicto, tienden a señalar la naturaleza jurisdiccional del acto, argumentando en favor de ello, la presencia clásica de los tres componentes del proceso (partes y tercero imparcial).

No son éstas las únicas posiciones, interceden otras que pretenden demostrar aciertos y errores de una y otra, y por lo común, responden a explicaciones criteriosas de las leyes que contienen y regulan cada uno de los medios alternativos.

3.2 Los medios alternativos tienen base contractual

Esta teoría forma parte de la discusión sobre la naturaleza jurídica del arbitraje, y se sostiene en los efectos que produce la denominada cláusula compromisoria.

Se instala en el momento preciso de la concertación, y significa una renuncia voluntaria de las partes a recurrir al proceso jurisdiccional, procurando que la eventual controversia sea resuelta por un juez comisionado por ellos, y con un procedimiento que también ellos podrán acordar.

La exclusión del juez en el conflicto interhumano importaría una consecuencia importante en orden al mandato que profiere al culminar la comisión, porque no es una sentencia, *lato sensu*, sino un acto que adquiere el nombre de laudo, el cual sólo es jurisdiccional si un acto del Estado lo reconoce como tal. Es decir, lo vuelva ejecutivo.

Intrínsecamente, el laudo no compromete el derecho subjetivo de las partes, por cuanto ellas podrían convenir el sometimiento con reservas e insistir en la promoción del problema ante la justicia estatal.

3.3 Los medios alternativos ejercen jurisdicción

La base que sustenta esta idea reposa en la función que ejercita el tercero designado por las partes y en la finalidad buscada por los interesados.

Dado que el tercero discernido no representa a las partes y es imparcial respecto del objeto debatido, el Estado tiene interés en auspiciar su labor de gestión y procura de la pacificación.

La noción se basa en la idea de impartir soluciones con los mismos criterios que hace la jurisdicción. Por eso, autores de la talla de Serra Domínguez, Ramos Mendez y

Carreras, entre otros, dicen que la tarea misma del árbitro trasluce la propia esencia de la jurisdicción encarnada en un sujeto que *ius dicit* y que no es el Estado. "Lo único que exige la dinámica es que sea un tercero con relación a las partes el que consagre el derecho de éstas" ([46]).

La obligatoriedad que asume el laudo lleva a despejar las críticas virtuales hacia la manifestación del fallo (o dictamen) por lo cual, no importaría que la función no tuviese la soberanía natural del ejercicio jurisdiccional, porque la cuestión versa, en esencia, sobre la resolución de la controversia y la tipicidad de las tres partes propias del proceso judicial: partes y juez imparcial.

En esta línea, sostiene Morello que "el arbitraje voluntario constituye una manifestación de la justicia privada. Por efecto de esa convención la jurisdicción de derecho común experimenta una prórroga convencional hacia los árbitros. Ello traduce una completa sustitución de la jurisdicción del Estado en otra jurisdicción creada por las partes pero reconocida y estimulada por el Estado. Que en verdad tiene la misma eficacia que la sustituida y en razón de disposiciones legales que la estatuyen y reglamentan", y agregando texto de la exposición de motivos de la normativa creada en el derecho portugués, concluye afirmando que "no se pude hablar aquí de jurisdicciones antagónicas, contradictorias, toda vez que las dos son aceptadas y eficaces ante la ley. Antes bien, se trata de jurisdicciones complementarias" ([47]).

3.4 Otras opiniones

En realidad, más que posicionamiento específico en orden a la cuestión, se tratan de opiniones dirigidas a desvirtuar una u otra teoría. Es el caso de Calamandrei, quien luego de señalar a los árbitros como auxiliares del juez, sostiene que existe cierta identificación entre el laudo y la sentencia, porque quienes los emiten recorren idénticos caminos, en el sentido vulgar del raciocinio del juicio lógico y proposicional; sin embargo tal similitud no supone la asignación de jurisdicción porque el laudo por sí solo no tiene ejecutoriedad. Ella solamente la consigue apenas homologado el acuerdo por un juez estatal a quien se somete la aprobación del dictamen ([48]).

En cambio, Carnelutti sostiene que "la composición de la litis obtenida mediante el arbitraje no tiene carácter público, aunque pueda adquirirlo mediante el decreto de ejecutoriedad del laudo pronunciado por el pretor; por eso el arbitraje se considera aquí como un subrogado procesal" ([49]).

En la misma línea de tercerías, aparecen Montero Aroca, Ortells Ramos, Gómez Colomer y Montón Redondo, para quienes el arbitraje es una institución que debe caer dentro de la órbita del Derecho Jurisdiccional, pero no es jurisdicción o Poder Judicial; porque como fórmula heterocompositiva apropiada para resolver conflictos

---

[46] . Francisco Ramos Mendez, *Derecho y proceso*, editorial Bosch, Barcelona, 1978, p. 299; Jorge Carreras, *Contribución al estudio del arbitraje, Ensayo de derecho comparado*, "Revista del Instituto de Derecho Comparado", Barcelona, 1953, págs. 118 a 138; y en la obra de Miguel Fenech, *Estudios de derecho procesal* , editorial Bosch, Barcelona, 1962, págs. 433 y ss.

[47] . Augusto Mario Morello, *Contrato y proceso, aperturas*, editorial Platense-Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1990, p. 213

[48] . Piero Calamandrei, *Instituciones de derecho procesal civil*, tomo II, editorial Ejea, Buenos Aires, 1986, p. 20

[49] . Francesco Carnelutti, *Instituciones del proceso civil*, tomo I, editorial Ejea, Buenos Aires, 1973, p. 116

intersubjetivos de intereses jurídicos, participa de buena parte de los caracteres de la institución que conforma la otra posibilidad, es decir, de la Jurisdicción. "No es desacertado -agregan- en este sentido, mantener una postura jurisdiccionalista" ([50]). Pero si lo es, debe formularse su debida adecuación al derecho de acceso (acción) al órgano arbitral, así como definir con precisión al proceso arbitral, porque ni el órgano tiene por qué preexistir, ni tiene por qué poseer el instrumento necesario para que los árbitros ejerzan su función (proceso), preconstituido legalmente.

3.5 Nuestra posición

Los enfoques abordados, lejos de animar polémica o permitir acercamientos a una u otra, permiten establecer distancias respectivas al no ser tan diametralmente opuestas ni centrar sus epígonos en cuestiones trascendentes para explicar la naturaleza jurídica, esto es, la esencia misma que reflejan el fenómeno de los medios alternativos para la resolución de conflictos.

Plantear la cuestión desde una óptica contractualista, nos instala en el orden civil de la problemática. Reduce la visión al simple hecho del acuerdo entre partes y sobre los efectos que de él se esperan. En esta directiva, solamente podriamos referir al arbitraje privado y su naturaleza obraría en los límites precisos del principio dispositivo.

El arbitraje, en este caso, no podría ser jurisdiccional, ni la actividad cumplida un proceso. Lo primero porque la jurisdicción es una garantía que reporta el orden constitucional de un Estado permitiendo que los individuos tengan la posibilidad de resolver sus conflictos ante un tercero imparcial, designado por el Estado en uno de sus Poderes -Judicial, o Tribunales Administrativos, en su caso- e independiente de la simple voluntad de las partes.

Lo segundo, porque también el proceso es en sí mismo una garantía. La real posibilidad del justiciable de contar con un mecanismo de tutela previamente establecido y conocido por todos, que es anterior al conflicto mismo, y por tanto, pervive a las fórmulas que las partes quieran atribuirse.

En todo caso habría un procedimiento, pero enmarcado en el perímetro de los derechos disponibles, dentro de los cuales, justamente, no se encuentran las formas y solemnidades del proceso judicial.

Tampoco es jurisdiccional la función del árbitro. Y en esto es preciso insistir en la diferencia que debe hacerse para reconocer cuando hay jurisdicción (como poder-deber del Estado) y cuando funciones jurisdiccionales (por ejemplo, las que realiza la administración pública al resolver situaciones críticas del administrado).

Si no existen esas condiciones de preconstitución del órgano, independencia e imparcialidad será, en la práctica, imposible de atender funciones jurisdiccionales en los árbitros. Lo mismo ocurre en la mediación y en la conciliación extrajudicial.

Ahora bien, la distinción trazada entre una y otra teoría puede sintetizarse en los rasgos predominantemente sustanciales sobre los aspectos puramente formales o procesales. Es decir, mientras una apunta a la constitución u origen del instituto; la otra se dirige a explicar el funcionamiento y sus reglas adjetivas.

Lo cierto es que, así enfrentados los conceptos, es posible hallar soluciones y respuestas a ambas situaciones. En efecto, la naturaleza constitutiva del arbitraje no

---

[50] . *Derecho Jurisdiccional,* tomo II 2ª parte, editorial Bosch, Barcelona, 1989, p. 727

puede ser punto de arranque para establecer su esencia, porque puede originarse en el acuerdo de voluntades libremente concertadas (arbitraje voluntario), o bien, ser fruto de una disposición legal o contractual según lo imponga el ordenamiento jur¡dico (arbitraje legal, como en los casos de los arts. 1627 del Código Civil, 179, 180 y 182 del mismo cuerpo jurídico; 457, 471 y 476 del Código de Comercio, etc.) o lo hayan estipulado las partes con anterioridad (compromiso arbitral). De similar contexto es la mediación y conciliación que tiene nuestro país, al estar establecida como vía obligatoria de tránsito anterior a la instauración de la demanda.

Asimismo, definir por las formas no es buen indicativo, ni otorga seguridad alguna. Si el proceso arbitral pudiera pensarse jurisdiccional porque, en suma, resuelve conflictos intersubjetivos en base a un procedimiento selectivo, caeríamos en el error de confundir el aspecto exterior con las vivencias que se desenvuelven internamente.

Un árbitro no hace justicia, ni crea derecho, ni genera mandatos imperativos; solamente pacifica.

De manera coincidente sucede con la mediación, porque el tercero sólo intercede entre las partes buscando coincidencias; y el conciliador celebra sus acciones merced a buenos oficios y sobre la base de la pura transacción.

El modo de cumplir el oficio tampoco vincula condiciones jurisdicentes. Ya sea el arbitraje de derecho (donde el tercero aplica normas jurídicas) o de equidad (cuando actúa decidiendo según su saber y entender), en ningún caso puede asimilarse al juez que tiene imperio y autoridad, fuerza legítima para resolver y ejecutar lo juzgado.

¿Qué es entonces el arbitraje?. ¿Es jurisdiccional la mediación o la conciliación?.

Ante todo son instituciones prácticas para descongestionar la intensa labor de los tribunales.

Como tal podrían ser presentadas como mecanismos alternativos de la jurisdicción, precisamente porque la base de ellos está en el acuerdo de partes que voluntariamente requieren la respectiva metodología.

La base procedimental puede concertarse; no así ciertas materias que escapan a la órbita de los derechos libremente transigibles, los cuales, ante el conflicto, deben sustanciarse ante la justicia ordinaria por afectar directamente al interés público.

Como los medios alternativos no tienen posibilidades cautelares, ni de ejecución, el ámbito tolerado para su desarrollo sería el de un proceso de conocimiento, auxiliado por la jurisdicción judicial para lograr dichas medidas. Además, como se debaten conflictos, ese procedimiento será contencioso.

Los terceros que actúan como árbitros, mediadores o conciliadores no integran, por vía de principio, ninguna organización estatal, por tanto, sus integrantes no son auxiliares de la justicia, ni funcionarios públicos.

En síntesis, la esencia que contiene a las formas alternativas para la resolución de controversias está en el principio de libertad y disposición de las partes para elegir la vía donde resolver sus diferencias y conflictos.

Tiene sustento contractual (lo que no supone decir que deba regirse por disposiciones sustanciales) porque depende del consentimiento de ambos contradictores, o del acuerdo concertado al efecto. De todos modos, esa libertad tiene límites insuperables provenientes del orden público centrado en ciertas materias que devienen

indisponibles para los interesados (no podrán comprometerse en árbitros, bajo pena de nulidad, las cuestiones que no pueden ser objeto de transacción -art. 737, CPCC-; exclusiones del artículo 2º de la Ley 24.573, por ejemplo).

Por lo demás, las soluciones provenientes de la institución no son sentencias típicamente dispuestas, sino laudos, dictámenes, o resoluciones, según lo hayan pactado las partes o provenga de normas preestablecidas el efecto jurídico que ellas han de tener.

4. El proceso en los sistemas alternativos

El concepto de proceso jurisdiccional es bastante confuso en la sistemática como la doctrina lo explica. A veces, se lo analiza como el procedimiento que permite actuar como herramienta de los derechos sustanciales; en otras, se le aditamenta el concepto de "debido" para asignarle una condición constitucional que responde en el al concepto formal de cómo debe tramitar un litigio para que no alteren ni afecten los derechos de las personas; y también suele interpretarse a partir de los principios y presupuestos que caracterizan el método judicial implementado para el debate entre las partes.

Alvarado Velloso dice acertadamente que la mayor parte de la doctrina, clásica y posterior, siempre procuró definir al debido proceso sobre conceptos negativos (*no es debido proceso aquél que...*), estimando que el verdadero alcance termina, siempre, como un derecho a la jurisdicción, esto es, el respeto supremo a la regla lógica que desarrolla el proceso judicial: dos sujetos que actúan como antagonistas en pie de perfecta igualdad ante una autoridad que es un tercero en la relación litigiosa ([51]).

En otras palabras: el debido proceso no es ni más ni menos que el proceso que respeta sus propios principios.

Está claro, en consecuencia, que el proceso tiene principios incanjeables como el debate entre partes, frente a un tercero, en perfecto pie de igualdad entre ellas, con el mismo derecho a alegar y probar, y a tener una sentencia fundada en derecho en el menor tiempo posible, de acuerdo con la celeridad que ellas mismas impongan y el Juez impulse cuando fuere menester.

También existen presupuestos insuperables para acceder al proceso, como la legitimación y el interés para obrar; además de los requisitos particulares de admisión formal.

Todo ello conformará un procedimiento típico, inconfundible, estructurado por etapas, y con un sistema dialéctico sostenido en los principios de bilateralidad y contradicción permanente.

¿Se pueden aplicar iguales principios y presupuestos a los medios alternativos para resolver controversias? Creemos que no.

4.1 Diferencias en el método de debate

Los medios alternativos de resolución de conflictos son, generalmente, informales y sin aplicar una técnica predispuesta. Se trabaja sobre las habilidades del

---

[51] . Adolfo Alvarado Velloso, *El arbitraje: solución eficiente de conflictos de intereses*, en Revista La Ley, 1986-E, p. 1008

tercero, quien suele reunir a los interesados en una o varias audiencias para que se enfrenten "cara a cara", pongan de relieve sus posiciones, puntos de conexión y distancia, obrando el gestor del problema tras la solución del caso, sin tener que recurrir a determinados procedimientos verificatorios (esto es, que a nadie se le pide demuestre que tiene razón), ni que la opinión que se vierta pueda obligar a alguna de ellas.

Como se aprecia, cada sistema o método parte de una premisa diferente. No se trata de conciliar intereses opuestos que miran una misma situación (contractual o de hecho); sino de encontrar una respuesta pacífica, una alternativa flexible que no tenga el marco preciso de la perspectiva analizada, pudiendo conseguir resultados absolutamente diferentes al cuadro típico que califica la pretensión y su resistencia.

Es decir, por esta vía se puede flexionar el objeto querido, propiciando aperturas y opciones tan válidas como las que obran el derecho con que se actúa.

En consecuencia, no se aplican principios consabidos del proceso judicial, tales como el encuadre preciso entre demanda y contestación; obligación del juez de respetar esa congruencia, verificación de presupuestos de iure y de facto, etc.

Cada figura tiene una modalidad que se diferencia por la metodología que implementa, lo cual no obsta a que, muchas veces, suelen confundirse los sistemas de resolución de disputas (por ejemplo, entre mediación y conciliación). La idea es consensuar partiendo del diálogo permanente.

Precisamente, el acuerdo, la concertación amistosa, el encuentro entre extremos distantes, son posibilidades de reflexión que alcanzan un término medio conforme, donde ambos contendientes se muestran satisfechos.

Esta búsqueda por respuestas equidistantes y equilibradas en las que no existan culpables ni derechos sacrificados tiene origen en la más antigua formación de los estamentos sociales.

Desde la organización familiar, atravesando los clanes, los predominios tribales, la autoridad del señor feudal, y demás representantes de una personalidad moral influyente, muestran como fue evolucionando la armonía de la sociedad y como se valoraba la conveniencia de vivir en una comuna sin graves perturbaciones.

Obsérvese esta singularidad, porqué al recordar el origen de la jurisdicción no podremos olvidar que los Jueces actúan, justamente, para evitar que sea la justicia privada la que resuelva los conflictos de la sociedad.

Por eso, las mayores diferencias esta en los métodos de resolución de controversias alternativos y el *proceso judicial*.

En efecto, la litis mantiene aquella performance de lucha donde quien obtiene sentencia favorable, más que razón tiene victoria, como si el litigio fuese un campo de batalla.

El juez, magüer las facultades y deberes que se potencian en los nuevos códigos adjetivos, persisten con sus actitudes pasivas; son decisores a la hora de dictar sentencia, y recién allí conocen la médula del conflicto; a veces, tan siquiera saben quienes son las partes porqué, quizás jamás lleguen a verlas.

El juez es un tercero imparcial e independiente, y llega a tal extremo el principio que suele confundirse con la absoluta distancia respecto al problema a sentenciar. Su pronunciamiento tiene por tanto la insípida decisión del neutral desinteresado, que mal

que nos pese, porta más de ficción actuada que de realismo jurídico, en suma, la dura constatación de que los jueces son fugitivos de la realidad.

En cambio, los métodos alternativos encuentran en quienes desempeñan el oficio habilidades particulares que no se relacionan necesariamente con el conocimiento jurídico. Su sabiduría es técnica, ellos saben como aproximarse al conflicto, sus destrezas y aptitudes les facilita con gran entrenamiento alcanzar el encuentro entre puntos críticos de confrontación entre las partes.

El mediador no resuelve, solamente sugiere caminos, alternativas. Tampoco asesora, ni dictamina, es únicamente un tercero que intercede entre los contradictores para ayudarlos a encontrar un acuerdo mutuamente satisfactorio.

El conciliador aviene intereses contrapuestos; difumina ánimos en diferencia; pacifica en sentido lato, procurando renuncias recíprocas con un beneficio común.

El árbitro tiene más parecidos con la actuación del Juez, pero su origen difiere pues depende de la institución concertada o legal que decide la vía.

Estas singularidades adicionan un consecuente inmediato. Mientras el proceso ordinario sostiene sus decisiones en la aplicación del derecho positivo o judicial; los sistemas alternativos reconocen la fuerza de voluntades comunes; es un trato de buena fe que las partes admiten como mejor camino para una síntesis final.

Este rumbo hacia un proceso sin conflictos permite sugerir la conveniencia de instaurar un rumbo novedoso para la solución a eventuales desencuentros entre los miembros de una sociedad. No se trata de que "todos" sepan que el conflicto existe, como ocurre en el principio de publicidad que consagra el derecho procesal tendiente a elevar el dicho de la "justicia de cara al pueblo"; sino de ofrecer confidencia y reserva, para obtener en la intimidad necesaria un hallazgo común de coincidencias.

Ahora bien, la técnica puede ser un elogio para las aptitudes y habilidades que cimentan la idoneidad del tercero que interviene; pero nada tienen que ver con la naturaleza jurídica del proceso. En todo caso, el capítulo del entrenamiento podrá derivarse a otras áreas del saber jurídico, pero nunca en el derecho procesal.

4.2 Principios y presupuestos procesales en los sistemas alternativos

El principio de economía procesal luce en el cuadro sus perfiles más eficientes. No sólo por la economía de esfuerzo que significa concentrar en pocas audiencias numerosos actos que llevaría el proceso común; sino además por la economía de costos, al ser absolutamente reducido el nivel de inversión para acceder a los medios alternativos, o por los gastos y honorarios que eventualmente signifiquen.

La rapidez aparece nuevamente otorgando una gran eficacia al servicio prestado, aun cuando no hubiera logrado el acuerdo, jamás su tránsito puede ser absolutamente inútil.

La informalidad es otro de los beneficios que reporta. Esta facilidad para alcanzar el mecanismo, unido a la simplicidad del esquema son elementos indispensables para reflejar un acercamiento más directo con las necesidades sociales.

A veces, el intrincado camino que tiene el laberinto judicial, lleva a una esquiva aproximación de la gente hacia el proceso, como si la maquinaria fuese de uso exclusivo para técnicos o poderosos.

La ausencia de una justicia verdadera de menor cuantía, trae un nuevo contingente para alentar el uso de estos sistemas.

También promedia una ética singular a partir de la confidencialidad del sistema y del secreto que perciben los participantes del encuentro.

El punto inicial del mecanismo supone la voluntaria aceptación de un tercero neutral que intentará armonizar el conflicto de partes. Estos, a su vez, al admitir la colaboración del tercero, saben que no podrán argumentar las "confesiones" recíprocas del procedimiento cumplido si, eventualmente, se frustrara la vía y debieran dirigir la contienda ante la justicia común. No se tolera el beneficio abusivo de una espontaneidad efectuada en miras a un proyecto común.

Finalmente, a nadie escapa que a través de estos mecanismos se descongestiona la actividad tribunalicia liberando a los jueces de tareas que otros muchos realizar con mayor seguridad y eficacia.

4.3 Nuestra opinión

Es evidente, a esta altura de los comentarios, que alentamos el uso de los medios alternativos para la resolución de conflictos. Nuestra duda está en aplicar los principios formativos del derecho procesal a cada uno de estos métodos, teniendo presente que se los reconoce, más por los beneficios que reporta un sistema de debate diferente al proceso judicial, que por las proximidades que tiene la intervención de un tercero frente a las partes en conflicto.

La simple resolución del problema no habilita a considerarlos como equivalentes jurisdiccionales, o sustitutivos de la función jurisdiccional, o mecanismos supletorios del proceso común; sencillamente porque el método actuado NO ES UN PROCESO; el tercero que actúa NO TIENE JURISDICCIÓN, y la entrada a estos sistemas alternativos es una cuestión que puede afectar el acceso a la justicia

Por ello, consideramos que la ciencia jurídica tiene una nueva disciplina que podrá nominarse como “Gestión de conflictos”, “Administración de conflictos”, “Formas alternativas para la resolución de controversias ([52]) dejando al derecho procesal la etapa de revisión que, efectivamente, garantizará el debido proceso.

---

[52] . Denominaciones que tienen alguno de los ciclos de orientación profesional correspondientes al plan de estudios de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires

CAPÍTULO III

EL GARANTISMO TRADICIONAL Y LA FUNCIÓN SOCIAL DE LOS JUECES

1. Introducción

El derecho procesal tiene entre sus pilares fundacionales explicar el deber de los jueces y los poderes que estos tienen en el proceso judicial.

La teoría procura mostrar las opciones a valorar, y así las polaridades se reflejan entre quienes opinan que los jueces solamente deben aplicar la ley. Esa es su función, y si la ley es injusta no es tarea de ellos corregirla, desde que toda norma es la expresión de la voluntad general, lo que el pueblo quiere a través de sus representantes y, si tienen éstos legitimidad popular, no pueden los tribunales convertirse en legisladores al anular la ley o invalidarla en sus fallos.

Un Juez que no aplica la ley -se dice- comete prevaricato; no garantiza ni afianza los preceptos constitucionales.

Otros, en cambio, piensan que es preferible asignar a la función jurisdiccional el "decir el derecho" (*juris-dictio*), esto es, que se diga en el conflicto entre personas quien tiene razón para obtener una sentencia favorable; y si la ley invocada para una u otra parte apoya la decisión, pues mucho mejor, pero no es lo esencial. Lo más importante es que se haga justicia, observando la equidad antes que aplicar el brocardo "*dura lex sed lex*".

Ahora bien, entre una u otra idea no hay tanta distancia, a no ser que se crea que toda ley es injusta, o se persiga lograr desde la sentencia, beneficios individuales.

La acción de juzgar es, en definitiva, el desenlace esperado por los justiciables. El fin de los movimientos técnicos que los abogados y las partes han cubierto procurando persuadir al Juez de sus respectivas razones.

La polémica que actualmente se instaura interpreta que la cuestión puesta en escena, en realidad es más grave que el conflicto teórico que se plantea. Se afirma que se trata, nada más ni nada menos, de preservar a la Constitución y su régimen de garantías judiciales.

Ya no es únicamente el dilema del Juez que aplica una ley injusta, sino la dimensión que adquiere el pronunciamiento judicial que contiene un alto contenido de subjetividad postergando los preceptos centrales de una ley fundamental.

2. Jueces confiables y desconfiables

Las leyes fundamentales de cualquier Nación constituyen la guía del ordenamiento jurídico. Son los principios y valores supremos que se persiguen para la formación institucional y, por eso, cada Constitución es la Ley Superior que tiene preferencia sobre cualquiera otra disposición.

La supremacía de la Ley Fundamental obliga a las leyes de inferior jerarquía a respetar sus mandamientos; esto está claro y apenas tiene alguna diferencia de criterio cuando se trata de interpretar la influencia de los Tratados y Convenciones Internacionales que se incorporan al derecho interno y pueden, de alguna manera, modificar algunos preceptos constitucionales.

En el caso de Argentina, el artículo 75 inciso 22 de la Constitución no tiene interpretaciones secundarias respecto al lugar que asigna a los Tratados y Convenciones sobre Derechos Humanos, dándoles un lugar preponderante, con una jerarquía superior a las leyes.

Con este marco de presentación, surge la noción de "debido proceso", el cual no ha sido indiferente a la influencia supranacional, porqué cuando estuvo contemplado desde los preceptos garantistas del artículo 18 -antes de la reforma constitucional de 1994-, siempre se afirmó en la noción invulnerable del derecho a la defensa en juicio, mientras que con la incorporación de los tratados y convenciones apareció un ingrediente antes no previsto, como es la idea de la "jurisdicción transnacional" que aporta reglas y principios comunes para todos los Estados partes que deben articular sus normas internas con los postulados de los derechos humanos.

En resumen, si tenemos en cuenta que el art. 75 inciso 22 de la Constitución Nacional Argentina 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.

De este modo, las relaciones entre el proceso y la Constitución no son ya tan lineales como antes, cuando se afirmaba que el proceso debido era el que respetaba el derecho de defensa y aplicaba el principio de razonabilidad (seguridad jurídica) en las decisiones.

3. Debido proceso

Para una mejor interpretación, es conveniente regresar a la doble lectura del principio establecido en el artículo 18 de la Constitución Nacional, de modo tal que, por una parte deben analizarse las condiciones previstas para la seguridad personal y las garantías individuales; y por otra, las que en todo proceso judicial deben mantenerse vigentes.

La defensa en juicio supone varias cuestiones esenciales. Entre ellas se encuentran: el resguardo para el acceso a la justicia (derecho de acción), que otorga un procedimiento y un juez o tribunal para que lo tramite (derecho a la jurisdicción), y que en su amplia conceptualización se integra con los siguientes derechos:

a) Derecho a ser oído dentro de un proceso rápido, sencillo y eficaz.

b) Derecho a un proceso con todas las garantías de imparcialidad y justicia.

c) Derecho a la producción de la prueba y a impugnar toda sentencia condenatoria a través de los recursos pertinentes.

d) Derecho a que toda sentencia sea motivada.

e) Derecho a ejecutar de inmediato lo resuelto.

f) Derecho a que todo proceso sea resuelto en un plazo razonable.

Mientras que el *procedimiento penal* contrae algunas garantías especiales, como son:

a) La presunción de inocencia

b) A ser informado en el idioma del inculpado de las causas de la acusación

c) Derecho al abogado o a la autodefensa

d) A ser juzgado sin dilaciones indebidas

e) Derecho a la prueba, y a recurrir la sentencia condenatoria

f) Derecho a la indemnización por error judicial

Hemos desarrollado estas cuestiones en otra obra, pero sirven de recuerdo y afirmación para desarrollar la idea sobre cuáles son las novedades que van surgiendo en el terreno procesal, que sigue abonado a concepciones antiguas y poco receptivas de estos reclamos sociales.

4. Función actual del proceso civil

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 límites tolerables, el procesalismo pone la valla del 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 deben garantizarse a cualquier persona que exige el cumplimiento de sus derechos y libertades.

En sus comienzos, el derecho de entrada al proceso (acción, pretensión y demanda), el derecho a ser oído, así como las garantías del Juez predeterminado, la independencia del órgano y su imparcialidad, entre otras, eran vistas como partes del "debido proceso sustancial", actualmente pareciera mejor incluirlos dentro del "derecho a la jurisdicción", por el cual la garantía se amplía al trascenderla del reducto procesal.

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 evitando que el desarrollo del litigio ampare un juego de ficciones; 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 porqué será éste el que en definitiva persiga la consagración de los derechos y libertades que trae la Ley Fundamental.

5. ¿Qué sostiene el llamado derecho procesal garantista?

Conceptúan que el proceso judicial se basa y argumenta desde la Constitución, de modo tal que a nadie se le puede privar del "debido proceso adjetivo", lo que supone entablar un conflicto entre dos partes, en igualdad de condición y de oportunidades, frente a un tercero imparcial (independiente) e impartial (que no ayuda ni beneficia a ninguna de las partes) que resuelve la controversia.

Este Juez que dirige el debate dialéctico entre las partes debe garantizar permanentemente la bilateralidad y el derecho a la contradicción, porqué esa es la base del sistema (alguien que pide ante otro que consiente, acepta o discrepa, y frente a alguien que decide).

El proceso es un problema entre partes, y de este modo, cualquier conflicto celebrado ante Jueces o Tribunales, se rige por el principio dispositivo, según el cual, *nemo iudex sine actore* y *ne procedat iudex ex officio*, es decir que no hay proceso sin petición de parte, y no puede el Juez promover él mismo un conflicto entre partes.

Al ser el litigio "cosa de partes" solamente éstos aportan los hechos y afirman las realidades. Estas deberán ser confirmadas o verificadas, y el Juez resolver *secundum alegata et probata*, es decir, según lo alegado y probado por las partes.

La prueba de las partes se convierte en una suerte de juego de persuasiones, porqué hay que convencer al Juez de la razón, antes que demostrarle la verdad auténtica de las realidades.

Desde otra perspectiva se dice que esto es por demás peligroso porqué deja al proceso como un juego de sutilezas, donde quizás ninguna esté diciendo la verdad (por ejemplo: un juicio de divorcio), y por eso se indica la conveniencia de auspiciar en el Juez iniciativa probatoria, de modo que él pueda requerir de las partes la prueba que necesita para encontrar la verdad.

A esta iniciativa el garantismo dice: "estas ideas llegan del código italiano de 1940, heredero de un ideario fascista, y con una clara tendencia publicista, autoritaria e inquisitiva" (Cfr. Franco Cipriani, *Ideología y modelo del proceso civil*, editorial científica italiana, 1997).

Montero Aroca argumenta que, frente a la idea de que el proceso es cosa de partes, a lo largo del siglo XX se ha ido haciendo referencia a la llamada publicización del proceso, estimándose que esta concepción arranca de Klein y de la Ordenanza Procesal Civil austríaca de 1895. Las bases ideológicas del legislador austríaco, enraizadas en el autoritarismo propio del imperio austro-húngaro de la época y con extraños injertos, como el del socialismo jurídico de Menger, puede resumirse en estos

postulados: 1) el proceso es un mal, dado que supone una pérdida de tiempo y de dinero, aparte de llevar a las partes a enfrentamientos con repercusiones en la sociedad, y 2) el proceso afecta a la economía nacional, pues impide la rentabilidad de los bienes paralizados mientras se debate judicialmente sobre su pertenencia.

Estos postulados llevan a la necesidad de resolver de modo rápido el conflicto entre las partes, y para ello el mejor sistema es el que el Juez no se limite a juzgar sino que se convierta en verdadero gestor del proceso, dotado de grandes poderes discrecionales, que han de estar al servicio de garantizar, no sólo los derechos de las partes, sino principalmente a los valores e intereses de la sociedad.

A partir de Klein puede seguirse toda una evolución en la que, de una u otra forma, se destaca una pretendida función social del proceso, su conversión en un fenómeno de masas, en torno al que se consagra la publicización del mismo, y sobre la que la doctrina ha debatido y sigue debatiendo.

Benabentos (*Teoría General Unitaria del Derecho Procesal*, editorial Juris, Rosario, 2001) por su parte, afirma que en ese nivel de discusión, se ha llegado a sostener la conveniencia de suprimir el principio de iniciación del proceso a instancia de partes, como se hizo en los países comunistas.

"Naturalmente -agrega- 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".

Sobre esta argumentación, el garantismo sostiene que los jueces inspirados en la publicización en realidad esconden un autoritarismo manifiesto que se hace mucho más evidente en los procesos penales.

"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".

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.

En definitiva, el garantismo concreta su posición afirmando que un juez con muchos poderes es un juez que inexorablemente se alejará de la labor cognoscitiva de la causa que debe resolver. Se corren graves riesgos que ese juez "poderoso" imponga su voluntarismo sobre la racionalidad. Queda claro que la racionalidad proviene del saber no del poder y el desprecio por el conocimiento es hijo directo del poder, que tiende a sustituir los espacios cognoscitivos por espacios decisionistas de los magistrados.

6. ¿Qué es la publicización del proceso civil?

El proceso judicial tiene dos variables. Por un lado se puede interpretar que es una actividad política del Estado por medio de la cual ejerce el poder de resolver el conflicto que tienen las personas que habitan en su suelo. Ese poder es una derivación de la confianza de las personas que antes resolvían por sí mismas las diferencias (siendo una evolución que va desde la venganza privada a la confianza en un tercero que puede ser el más anciano, el buen padre de familia, el jefe del clan, etc.), y por ello, la recepción de esa delegación del poder de juzgar se convierte, al mismo tiempo, en un deber inexcusable.

Por otro lado, el proceso judicial es una garantía constitucional. Preexiste al conflicto y es la reserva de justicia que tiene asegurada cualquier persona cuando encuentra que sus derechos están afectados. Esta garantía puede ser vista desde un modelo estanco y simple, que asegura el derecho de defensa en juicio y con ello, dejar en manos de las personas el ejercicio activo de esa defensa y en el poder del Estado la facultad de ofrecerle un instrumento, medio o lugar donde debatir en igualdad de condiciones y bajo un sistema de absoluta imparcialidad. O bien, se puede exigir del Estado algo más, es decir, que la justicia que ofrece sea útil y efectiva. Que no se destine a un formalismo simplista de dar u ofrecer el instrumento o medio de debate, sino que esos jueces estén atentos y vigilantes al contenido de la contienda, para dar un servicio activo, basado en la prudencia, donde la oportunidad y la justicia deben llegar juntos.

Es decir, el proceso judicial es una esperanza que no se puede desvanecer por su ineptitud para llegar a tiempo con sus respuestas.

Desde esta perspectiva, el modelo clásico del litigio ha sido siempre estructurado en tres etapas, donde superada una no es posible regresar a ella (salvo el supuesto de nulidades absolutas), debiendo pasar a otra hasta llegar a la sentencia que culminará, en cada caso, la instancia.

Las normas de procedimiento, esto es, las reglas técnicas no son de suyo, de orden público; algunas sí, pero por regla general ello no sucede y compete a los jueces decidir, en cada caso, si los derechos en juego son o no renunciables.

El juego de etapas tiene consideraciones distintas entre las teorías en juego, que después se analizarán.

La base de la doctrina estaría en la actividad exclusiva del abogado, y en el rol espectante del Juez. Este, asistiría al conflicto de intereses suscitados entre dos partes sin tener posibilidad de instruir oficiosamente, dado que de admitirse, quebraría el juego limpio que supone otorgar disponibilidad a los litigantes para confirmar cada uno el aserto que porta su pretensión. El activismo judicial, violaría las reglas de bilateralidad y contradicción.

En definitiva, la publicización fue el pasaje del proceso en manos privadas, hacia el interés público. El quid no está asentado, desde entonces, en la mera facultad de ejecutar lo juzgado, sino en un conjunto de atribuciones que dinamizan la función jurisdiccional convirtiéndolo en director del proceso.

7. La autoridad y el autoritarismo

El tema que nos ocupa es uno de aquellos que mayor fascinación trae a la doctrina, porque de sus respuestas depende, en gran medida, el tipo político de proceso que se diseña.

El garantismo sostiene que el Juez no puede tener poderes de conducción que afecten los derechos subjetivos de las partes, es decir, que a partir del decisionismo se resuelvan situaciones de derecho que debieron ser las partes quienes las articularan y defendieran en idéntica situación actitud de bilateralidad y contradicción.

El principio extrema la regla según la cual el Juez no puede actuar si no es a pedido de parte (*ne procedat iudex ex officio*).

A este primer tipo de intervención suele denominarse: *Juez espectador*, y desde el plano de política procesal se acuña como modelo de ideología liberal, conforme al cual el órgano jurisdiccional debe mantenerse ajeno al conflicto privado para situarse distante e imparcial. Sólo las partes generan y producen la prueba que hace a la demostración de sus respectivas informaciones sin que tenga el Juez actividad investigadora.

Ahora bien, la publicización del proceso modificó este cuadro de presentación que contundentemente sostiene el garantismo.

El Juez neutral, dijimos, 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, es decir, sin rebasar los límites que marca la *litis contestatio*.

En líneas generales, se robustece el juzgamiento más que la composición, esto es, se dota al juez de poderes - deberes de investigación, 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 (verdad jurídica objetiva).

Podemos reconocer aquí, el riesgo de una actuación parcial del Juez, que se concretaría si él ejercitare 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 permanecer en "estado de peligro" y sólo en casos excepcionales se convertir 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 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.

8. El principio dispositivo y la iniciativa probatoria de oficio

Si el dualismo que enfrenta la conducción y dirección del proceso muestra, de alguna manera, el diseño político institucional del ordenamiento adjetivo; al principio dispositivo y la iniciativa de prueba en el Juez, le cabe resolver una cuestión metodológica.

El principio dispositivo cuenta con un bagaje de presupuestos que no lo instalan solamente en el campo de la prueba; sus condiciones y manifestaciones estructuran una experiencia propia que llega, inclusive, a resolver problemas sobre la naturaleza pública o privada del proceso.

Quizás por esta característica, el principio suele interpretarse al conjuro de esa confrontación procesal, como si de ello dependiera la pertenencia del proceso y su adscripción a una corriente determinada. La polarización entre el proceso como "cosa de las partes", a veces, consigue idealizarse en la tipología de lo dispositivo; pero el proceso, como "cosa pública" no tiene réplica contra la disposición del objeto procesal.

El principio dispositivo, a nuestro criterio, debe reducirse a la libertad que tienen las partes en el proceso civil, para deducir de ese marco la esfera de derechos, deberes, posibilidades y cargas que acondicionan el inicio y el desenvolvimiento procedimental.

En puridad de conceptos, el principio dispositivo persigue que sean las partes quienes proporcionen los fundamentos para alcanzar la sentencia, a partir de los autos de postulación, demostración y alegación; de modo tal que, sea consecuencia de ello que el Juez debe tener por verdad lo no controvertido.

La disposición involucra numerosos aspectos que pueden resumirse en dos direcciones: una dirigida hacia la relación jurídica sustancial que traba el proceso; y otra focalizada a lo puramente procedimental o formal.

El primero contiene, los mecanismos de disponibilidad de los hechos e intereses que se portan al proceso con su incidencia en la transformación y extensión del mismo; el restante, atrapa el desenvolvimiento, y la serie de actividades tendientes a probar y alegar.

El principio dispositivo en sentido material (disponibilidad de los derechos) se presenta por los aforismos "*ne procedat iudex ex officio*", y "*nemo iudex sine actore*". En ambos casos supone la libertad de incoar al órgano jurisdiccional sin restricciones de acceso.

La postulación del derecho determina el interés concreto que se tiende tutelar; por su parte, la contestación de la demanda fija el contenido litigioso, de modo tal que el objeto procesal dispuesto por los contradictores se cuadra en los límites que fijan la pretensión y la resistencia.

Si son las partes quienes disponen del material en disputa, son ellas también quienes pueden modificarlo, transformarlo, o extinguirlo. Por eso, puede el demandado allanarse a la pretensión y someterse voluntariamente a las exigencias deducidas en el juicio. También el actor está facultado para desertar del proceso, debiendo contar con la anuencia de la contraparte si el litigio estuviese notificado; ambos pueden transigir, o componer el conflicto ante terceros elegidos (amigables componedores, árbitros, juicios de peritos, etc.).

Asimismo, como la disposición del objeto supedita la actuación del órgano jurisdiccional en los límites de la demanda, también la sentencia está recortada a pronunciarse dentro de esa parcela, sin ir más allá *(ne eat iudex ultra petita partium*) ni por menos de lo pedido (*citra petita*).

El castigo por sentenciar con alguna de estas deficiencias, es decir, resolviendo fuera del marco de congruencia con los hechos litigiosos importa la nulidad del decisorio. La única libertad que ostenta el Juez radica en el conocimiento y aplicación del derecho, provocando con esta facultad la calificación jurídica del hecho (*iura novit curia*) y la deducción de los efectos consecuentes a partir de las previsiones legales dispuestas.

La característica anticipada por la cual el principio favorece el interés de las partes, determina que la sentencia lograda sólo pueda impugnarse por quien sufre el agravio, es decir, la diferencia negativa entre lo que pidió y fue resuelto. También este principio fija los límites de la intervención de la alzada por cuanto sus facultades de revisión no pueden exceder el marco de la queja (*tantum devolutum quantum appellatum*).

Atendido en su aspecto formal el principio dispositivo informa el proceso civil en distintas etapas de su secuencia. El impulso de las instancias y la aportación de la prueba, especialmente, son ejemplos de esta previsión.

Referir al impulso procesal dentro del principio en comentario lleva a relacionarlo con un modelo de proceso donde el interés privado supedite la actividad jurisdiccional.

La distinción efectuada entre proceso público y proceso privado cobra en la especie una significativa trascendencia porque faculta la injerencia del órgano en la continuidad y celeridad del proceso cuando se ventila una cuestión que importa atraer el interés público.

Por ejemplo, en los procesos penales y laborales, se privilegia la actividad oficiosa por la naturaleza de la cuestión, desplazando el impulso de los actos hacia el tribunal. En cambio, cuando no existen esas consideraciones sociales, el monopolio de la rapidez en la marcha del juicio reposa en la voluntad exclusiva que las partes dispongan.

La mayor preocupación del principio dispositivo radica en la aportación de la prueba, toda vez que, estando a los lineamientos teóricos puros, solamente las partes pueden allegar los medios de confirmación que pretenda desarrollar, sin que el Juez tenga posibilidad alguna de investigación oficiosa (*iudex iudicare debet secundum allegata et probata partium).*

El giro hacia la toma de posición directa del Juez en el proceso, muestra como la historia recorre esa visión estática del Juez espectador en oposición al Juez inquisidor del absolutismo, o del Juez dictador de algunos regímenes totalitarios. El tramo final de

este camino lo cubre el rol activo del órgano judicial para convertirse en el Juez director.

La iniciativa probatoria no desnaturaliza el principio dispositivo, sino que coexiste con él. En materia probatoria referimos al principio respecto al poder de disposición de los elementos de convicción, sin interesar la relación jurídica procesal.

El producto que se obtiene de esta evolución, no es político como lo entiende Guasp, sino de técnica procesal porque facilita alcanzar los resultados axiológicos del proceso sin someterse a los designios interesados de las partes.

Es cierto que la verdad quizás nunca se alcance en su trascendente y significativa dimensión, pero la aproximación que consigue el Juez a partir de su decisión y compromiso con ella permite avizorar un decisiorio más cercano a la justicia y de bases m s reales que las expuestas por los litigantes.

9. Las medidas para mejor proveer

Las medidas para mejor proveer responden al principio de autoridad en el proceso desde que entroniza la figura del Juez como rector del instituto. Pero también estas medidas proponen esclarecer hechos, en controversia, de modo tal que, en principio, no puede suprimir la contradicción inicial en base a investigar contingencias o aportar medios que no fuesen ofrecidos por los litigantes. El principio de igualdad quedaría indefenso si el Juez obrara abusando de la discrecionalidad que obtiene, llegando a ser parcial y sin la debida distancia que caracteriza su gestión desinteresada.

Se afirma también que el órgano jurisdiccional verifica sin averiguar; esto es, comprueba pero no inquiere, porque esas son obligaciones (cargas) del propio interés.

Empero tal rigidez debe instalarse en la distinción imperiosa entre fuentes y medios de prueba, porque unos responden a la disposición de las partes, y otros son resortes exclusivos del órgano judicial.

Guasp decía que el Juez no podía ir en busca de testigos porque no los conoce, y aun conociéndolos lo sabe por declaraciones que los señalan; en cambio, las otras pruebas: confesión, documentos, peritajes, reconocimiento judicial, preexisten al proceso y llegan a él como fuentes que el propio magistrado adopta para su práctica (*Derecho Procesal Civil*, editorial Instituto de Estudios Legislativos, Madrid, 1957, pág. 328))

Las providencias en comentario ostentan, en nuestra opinión, una particularidad inicial que las contiene: ellas no pueden suplir la negligencia de las partes, pero tampoco pueden evadir, a sabiendas, el compromiso hacia la verdad y la justicia.

Las etapas a superar estribarían en el ofrecimiento, la producción, y la incorporación oficiosa de una prueba que propicie el esclarecimiento definitivo de los hechos.

Por eso interpretamos que, aun ante la ausencia de prueba ofrecida, puede el Juez convocarla y producirla si considera que, mediante ella, reportaría un elemento decisivo para solucionar el conflicto.

Asimismo, si llega a su conocimiento la existencia de una prueba que puede trascender en el proceso, y aun siendo ésta de testigos, podrá generar su desenvolvimiento sin quebrar por ello el principio de igualdad procesal, porque con esa

decisión no sustituye la actividad de alguna de las partes, sino que tiende a despejar las dudas emergentes de la situación enojosa.

Bajo el marco que presentan nuestros códigos, puede afirmarse que el juez debe procurarse el conocimiento de los hechos controvertidos y conducentes cuando ello le sea imprescindible para poder dictar una sentencia justa, pudiendo a esos fines valerse de todas las medidas de prueba que a su juicio sean razonables y suficientes, a condición de que no medie agravio sustancial para el derecho de defensa, ya que una actividad pasiva o de libertad negativa que adscribe el pronunciamiento final a una solución formal o aparente, no se conforma con el servicio de justicia.

El garantismo resiste estas facultades y se apoya, últimamente, en la derogación efectuada de ellas por la ley de enjuiciamiento civil española (LEC).

Sostienen que un Juez que requiere medidas para mejor proveer sorprende a las partes y abusa de sus facultades de investigación en una etapa que ya fue clausurada. De una u otra forma viola la imparcialidad y suple la negligencia de la parte.

Sin embargo, no es cierto que la LEC haya derogado las medidas para mejor proveer, pues estas se mantienen como "*diligencias finales*", que son actuaciones de prueba complementarias que resultan necesarias por razones diversas.

Explica Ramos Mendez que estas diligencias finales se pueden esquematizar como sigue:

- Las diligencias se acuerdan mediante auto del tribunal sólo a instancia de parte;
- No pueden practicarse pruebas que hubieran podido proponerse en tiempo y forma por las partes, incluidas las que hubieran podido proponerse tras la iniciativa probatoria del tribunal;
- Caben en este momento la práctica de pruebas admitidas que, por causas ajenas a la parte que las ha propuesto, no se hubiesen practicado (Cfr. *Guía para una transición ordenada a la LEC*, editorial Bosch, Barcelona, 2001)

Tampoco se deben admitir y practicar las pruebas pertinentes y útiles, que se refieran a hechos nuevos o de nueva noticia; excepcionalmente, el tribunal puede acordar, de oficio o a instancia de parte, que se practiquen de nuevo pruebas sobre hechos relevantes, oportunamente alegados, si los actos de prueba anteriores no hubieran resultado conducentes a causa de circunstancias ya desaparecidas e independientes de la voluntad y diligencia de las partes, siempre que existan motivos fundados para creer que las nuevas actuaciones permitirán adquirir certeza sobre aquellos hechos.

En síntesis, cuando el garantismo sostiene que la nueva LEC española refuerza su argumentación, caen en un error muy grueso porque si hay algo manifiesto de la nueva normativa, es el aumento en los poderes del Juez, y hasta se podría hablar de algún autoritarismo judicial en materia de ejecuciones.

La sistemática dispuesta se enrola como lo ha hecho toda la reforma procesal del mundo, en los poderes y facultades del Juez actuados oportunamente, esto es, en la audiencia preliminar. La prueba se flexibiliza y se admiten variaciones en la apreciación de ella como en la producción de la misma. En materia de decisiones, se advierte la incorporación de tabúes del garantismo, como es la sentencia anticipada, el complemento de la sentencia ya pronunciada, la extensión objetiva de la cosa juzgada, y

las sentencias de futuro.

10. La tutela de urgencia

Actualmente se ha abierto una etapa nueva en la evolución del derecho procesal, que algunos denominan derecho procesal posmoderno, dando lugar a nuevas facultades judiciales que quiebran el tradicional esquema de la petición, la réplica y la decisión consecuente.

La bilateralidad se posterga cuando la urgencia es manifiesta y la pretensión tiene motivos y fundamentos más que suficientes para darle cierta razón *ab initio*, de modo tal que se admite anticipar la sentencia respetar el tránsito de todas las etapas secuenciales del proceso.

No son medidas cautelares, aunque se les parecen; se tratan de medidas urgentes que resuelven sobre la urgencia y la verosimilitud del derecho, impidiendo que el respeto por las formas postergue una decisión que, siendo provisoriamente estimable, se anularía en su eficacia si se dictara tardíamente. Y será tardía, cuando los tiempos del proceso se cumplen en su deleznable mezquindad y sofisma (no olvidemos que los plazos del código, sumado a la contradicción necesaria, lleva a que 48 hs. se puedan convertir en una semana, o 10 días en un larguísimo mes).

Estas tutelas urgentes tienen variables: a) sentencias anticipadas; b) medidas autosatisfactivas; ambas responden a este esquema de urgencia, que el garantismo resiste atacándolas por inconstitucional.

Al no respetar la bilateralidad y la contradicción, no respetarían el debido proceso.

Pero como antes se dijo, el proceso constitucional no es solo defensa en juicio, sino antes que todo, proceso útil y efectivo (no utilitarista ni concreto, sino confiable y eficaz).

11. El debido proceso actual

En la actualidad hablar de debido proceso puede llevar a confusiones si no prestamos atención a los significados antes descriptos. No se necesita aclarar contenidos porque ellos se presuponen, se dan por sabidos. Debido proceso es un concepto abierto, de cierta abstracción y generalidad que proyectan mensajes implícitos, los que perduran y se consolidan sin discusión.

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

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

Son interrogantes que se abren en un mundo que ha cambiado sustancialmente las consignas de los deberes y obligaciones. Obsérvese entre tantos matices, como la

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

Zagrebelsky sostiene que el derecho interpretado en las fórmulas abiertas o elásticas, conocidas también como "cláusulas generales", es una cruz de toda concepción estrictamente positivista del derecho y de la función judicial, constituyendo una delicia de toda crítica de la misma. Cuando se expresa de este modo ("buenas costumbres", "buena fe", "buen padre de familia", "interés público", "relaciones sociales justas", etc.) es el propio legislador quien declara su incapacidad para prever la concreta aplicación y quien autoriza expresamente que los casos y sus exigencias obtengan reconocimiento (*El derecho dúctil*, 4ª edición Trotta, Madrid, 2002).

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

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

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

Para interpretar la Constitución se crearon Tribunales especiales, que aun teniendo jurisdicción, pensaron que debían ser jueces con capacitación diferente merced al grado de responsabilidad que debían asumir.

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

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

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

Referimos a dos órdenes en particular. Por un lado, Latinoamérica legisló los procedimientos teniendo como ejemplo las leyes españolas, sin advertir que allí (y en casi todo Europa) la tarea jurisdiccional claramente dividía la tarea entre jueces

comunes, tribunales constitucionales, justicia administrativa y, más recientemente, la jurisdicción comunitaria y transnacional. Cada sistema tenía su propio diseño formal y un método particular para desarrollar el conflicto.

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

Por otra vertiente aparece el problema del control de constitucionalidad. Recién en las últimas décadas se han efectuado cambios al modelo tradicional del control difuso, donde tienen potestad y deber de fiscalización todos los jueces. Se sublimó Marbury vs. Madison sin percatarse que el stare decisis (doctrina del precedente obligatoria) americano daba un tinte singular a la actividad política del Juez. Latinoamérica hizo caso omiso a esta nota peculiar del sistema y derivó en los inconvenientes conocidos de no poder controlar desde la Ley ni desde la Constitución toda una época oscura e ingrata de dictaduras y gobiernos de facto.

Margaret Popkin (*Pautas para promover la independencia judicial y la imparcialidad*, USAID Guidance for Promoting Judicial Independence and Impartiality, edición 2002) explica este desarrollo: Al independizarse los países de América Latina, la mayoría de éstos eligió modelos europeos para elaborar sus constituciones, las que reflejaban las estructuras autoritarias que prevalecían en el continente en ese momento. Después de las revoluciones, guerras y reformas ocurridas en Europa, estas estructuras autoritarias fueron modificadas considerablemente. Sin embargo, entre los países latinoamericanos la mayoría no siguió este camino; el dominio del poder ejecutivo era la regla y el poder judicial era una rama subsidiaria, muchas veces bajo el declarado control del poder ejecutivo y encargado de garantizar que nada afectara a aquellos en cuyas manos estaba el poder político o económico. Los jueces percibían salarios excesivamente bajos y carecían de prestigio. Además, muchos países estaban invadidos por la corrupción. Como lo expresó un líder dominicano en 1988: "La justicia es un mercado en donde se venden sentencias" (Víctor José Castellanos, Informe sobre independencia judicial en la República Dominicana, elaborado para este estudio, julio 2000, pág. 5, citando un Diagnóstico Sectorial de ILANUD de 1988 de la Administración de Justicia Penal en la República Dominicana).

El período de dictadura y represión brutal que ocurrió en muchos países en los años setenta y ochenta fue seguido por una decisión sin precedentes de examinar las fallas institucionales que habían permitido que sucedieran estas atrocidades.

12. Síntesis

En suma este breve trabajo que presentamos pretende introducir la problemática actual del derecho procesal en las diversas etapas del procedimiento cuando se tratan de analizar los límites de la potestad jurisdiccional.

Lo desarrollado como introducción, señala la seria y fundada corriente -que no compartimos- para crear una ciencia nueva que se denominaría "Derecho Procesal Garantista", cuando en realidad, nosotros creemos que todo proceso es una garantía, y

que no puede haber una ciencia que postule estudiar una característica del fenómeno único y extraordinario del conflicto judicial.

En tren de ofrecer conclusiones creemos que no se puede seguir viendo al Juez y menos aun al proceso, con la mirada del siglo XIX.

Por eso, hay nuevos postulados:

1) La función jurisdiccional es el rol del Estado en el proceso judicial. Los jueces representan esa autoridad investida de un poder que, al mismo tiempo, supone un deber de eficacia y justicia hacia las personas. Por ello, en la tarea de decidir no se puede echar mano a cuestiones técnicas, o sutilezas, que posterguen el derecho a una tutela judicial efectiva.

2) En la entrada de estas consideraciones ha de estar presente que no se puede privar a persona alguna de su derecho a tener un proceso y un juez que lo escuche. Por tanto, el problema de la legitimación para actuar tampoco puede seguir leyéndose en la captura tradicional del concepto de "legitimación ad causam" y "legitimación ad processum".

3) Es fundamental asegurar la relación efectiva entre el Proceso y la Constitución y, de este modo, lograr que se vaya hacia una unificación o armonización de los principios. Inclusive, no se podrá desatender la influencia del derecho procesal transnacional y la vigencia absoluta en todo tiempo y lugar, de los derechos humanos.

4) Finalmente, es preciso que Latinoamérica recobre un perfil judicial propio sin copiar mecanismos de control constitucional que nos son ajenos por su propia naturaleza (como es el caso de los Tribunales Constitucionales europeos que se inspiran en la desconfianza en los jueces), ni seguir otros dispositivos cuya vigencia se condiciona a un método de debate diferente al que desarrollamos (como sucede de aplicar el sistema difuso con los principios y presupuestos de *common law*).

CAPÍTULO IV

EL LLAMADO NEOPROCESALISMO

1. Introducción

1.1 ¿Existe una revolución en la ciencia procesal que permita construir una nueva base ideológica? ¿Son diferentes, en la actualidad, los poderes – deberes de los jueces?, el rol del abogado ¿sólo aporta una visión unilateral del conflicto y remedia con la técnica la función del contradictor?, la cosa juzgada ¿siempre es de las partes?...[...].

Son muchas más las cuestiones que podrían quedar sometidas a un riguroso examen o test de actualidad, pero lo cierto es que existe una visión distinta a la que se tuvo en los orígenes y que, si bien no construyen una ciencia nueva, la verdad es que traen la necesidad de revisar los pilares.

Actualmente, la estructura básica del derecho procesal es inconsistente para dar respuesta a los nuevos requerimientos, algunos de los cuales, contemplaremos en el desarrollo siguiente.

1.2 Este trabajo pretende mostrar (observar) de que manera la acción, la jurisdicción y el proceso han sido permeables a la influencia habida desde otras disciplinas, particularmente, desde el derecho constitucional.

1.3 También, se analizará someramente el conflicto que enfrenta a dos sectores bien diferenciados en nuestra ciencia: quienes propiciamos el activismo responsable del Juez, frente a los que sostienen que esta dinámica destruye las garantías constitucionales que implementa el debido proceso (garantismo procesal).

1.4 En todo el estudio se deberá tener en cuenta que el derecho procesal fue construido para responder a requerimientos individuales (el proceso es lucha entre partes, se afirmó antaño); la actuación judicial no podía exacerbar las pretensiones de cada litigante (principio de congruencia), de modo que nunca fue posible remediar situaciones donde los hechos estuvieran fuera del marco litigioso; la prueba se adopta como una carga individual del que afirma; la sentencia crea un derecho individual para quienes han sido las "justas partes" en la controversia, o el peticionante en un juicio voluntario; la cosa juzgada se idealizó como una proyección del derecho de propiedad y hasta se afincó en las garantías del debido proceso. Y así, numerosas características más que demuestran la edificación teórica sobre el individualismo.

Y no esta mal. Es lógico que estas formas y tradiciones conserven el diseño de un litigio entre partes singulares. Después de todo, son intereses particulares los que debieran ser resueltos, y en el marco de la bilateralidad y contradicción, ajustando debidamente el control jurisdiccional sobre las actuaciones que se susciten, el Juez tendrá que decidir "*secundum allegata et probata*", vale decir, según lo alegado y probado por las partes.

Pero cuando nos despojamos de esta visión, y pretendemos que se haga justicia en todos los casos; rápidamente advertimos que las estructuras actuales no se adaptan al conflicto masivo donde no es fácil encontrar la individualidad satisfecha. La idea de agrupamiento no significa acumular intereses en un litisconsorcio infinito, sino encontrar un mecanismo que trascienda la respuesta al grupo afectado, a la comunidad alterada, a la sociedad en general.

Finalmente, este cambio en la mirada, supone reconsiderar, una vez más, los poderes y deberes de los jueces.

La responsabilidad, prudencia, equidad, atención, etc., son valores que no estuvieron encolumnados en la independencia e imparcialidad que tradicionalmente fue bastante para estimar la idoneidad.

1.5 Hoy, la figura del Juez tiene y necesita evaluarse bajo estas consignas novedosas.

La prevención estará en los límites que se quieran encontrar para esta aventura de la confianza. Porqué un Juez que se extralimita es peligroso por el exceso discrecional o la arbitrariedad de sus decisiones; mientras un Juez desinteresado que potencia su neutralidad padece y hace sufrir a los demás la ineficacia de sus propias aptitudes.

En cualquier caso es conveniente analizar la función jurisdiccional en los tres pilares de la ciencia procesal. Veamos:

2. La acción: El dilema del acceso a la justicia

2.1 La *acción* nos instala en los presupuestos de entrada al juicio.

En otras oportunidades hemos señalado las dos alternativas que se dan en el acceso a la justicia: o se interroga ¿Ud. quién es? O se pregunta ¿Ud. qué quiere?. En un caso, hay que acreditarse, en el segundo, hay que fundamentar la causa de pedir.

Con esta perspectiva se advierte que, en la teoría general del proceso la legitimación en la causa supone solicitar al que pide, una suerte de acreditación de la personalidad y del interés que reclama. Es una antesala donde se debate el acceso al tribunal y en el que se puede postergar *sine die* la decisión de tener un Juez que entienda en la causa. No son cuestiones de competencia, sino de representación del derecho subjetivo y de la afectación que sufre el que pretende.

Las expansión del interés (derechos difusos, intereses colectivos, derechos de masas, acciones de grupo, etc.) ha flexibilizado la posibilidad de debatir en la causa, pero el modelo procesal (de trámite, propiamente dicho) no ha tenido cambios; de modo tal que en los procesos se discute aún con este resabio incongruente que solo atiende los problemas del afectado conocido y con un daño directo e inmediato, sin remediar ni dar soluciones a otros conflictos (sociales, colectivos, de la víctima indirecta, etc.).

No queremos decir que se deba abandonar el presupuesto de admisión (legitimación para obrar), solamente planteamos su inconsistencia con el movimiento en pro del acceso a la justicia.

2.2 Esta característica agrega un elemento más para ponderar porqué, cuando el tema de la acción se lo estudia desde la influencia de lo constitucional en el proceso, se encuentran respuestas diferentes a las tradicionales del proceso civil.

Lo mismo cabe agregar con aspectos proyectados del derecho de entrada. El derecho de petición (de naturaleza constitucional) no se reduce a un asunto de consistencia jurídica del que reclama, porque la atención se dirige al conflicto antes que a la persona. Es más importante lo que se pide que cuestionar el interés que tiene el que demanda la actuación jurisdiccional.

El derecho de peticionar ante las autoridades no descansa en el remedio simple de escuchar porque, además de la prerrogativa fundamental que tiene toda persona para ser oído, se necesita integrar la garantía con el deber de respuesta. Ahora bien, cuando se tratan de peticiones hechas ante una autoridad judicial, el tema se ha enfocado a una sola perspectiva: *la del litigante* [53].

2.3 Se ha emplazado desde sus orígenes la idea que el Estado, a través de los jueces, solamente actúa cuando hay una causa concreta y específica que debe resolver un conflicto o una controversia entre partes. De este encuadre, quien pide debe acreditar el interés que tiene, porque no es cualquier derecho el que se tutela ante la jurisdicción, sino aquél que resulta verosímil y fundado.

Solo quien es dueño del interés (derecho subjetivo) puede acceder a la justicia, y para demostrar la personalidad que se tiene, es necesario superar los presupuestos de admisión reconocidos como legitimación *ad causam* y legitimación *ad processum.*

2.4 Estas condiciones necesarias para ejercer el derecho de acción se adoptan como reglas implantadas, de imposible alteración en el proceso civil, y se han justificado en la teoría general del proceso.

Sin embargo, en algunas controversias (constitucionales: amparo) el conflicto se suscita con normas antes que con personas, de modo que el presupuesto de admisión está *prima facie* modificado.

En los juicios de amparo, por ejemplo, a sabiendas del emplazamiento formal que pone la valla de la legitimación, se pretendió esquivarlo con el carácter de *afectado*, pero ello sirvió únicamente para fortalecer el criterio restrictivo que terminó, en la mayoría de los casos, fortificando el carácter subsidiario del proceso constitucional; lo que es francamente inaceptable [54].

---

[53] Para ampliar este tema ver nuestro *Derecho Procesal Constitucional – Debido Proceso*, editorial Rubinzal Culzoni, Santa Fe-Buenos Aires, 2004, capítulo II.

[54] Esta incoherencia, al mismo tiempo, es propia de la legislación y también se instala en nuestra Constitución Nacional, obligando a interpretaciones constantes que, por la dinámica que tiene nuestro sistema de control de constitucionalidad, permanentemente reitera contradicciones y resultados disímiles. Por eso, en nuestro *Derecho Procesal Constitucional – Debido Proceso*, sostenemos esta premisa conductora: el acceso a la justicia es una parte del derecho que tiene toda persona al debido proceso. Es una garantía judicial y un derecho individual de carácter constitucional (subjetivo público) que no admite limitaciones. No obstante, no es un pórtico tan amplio que pueda traspasarse sin necesidad de abrir puertas; éstas son requeridas como presupuestos formales de admisión, pero jamás podrán tener tantos cerrojos que obliguen a superar con esfuerzo aquello que, en realidad, es la bienvenida a los que piden justicia, y aun para aquellos que, abusando en el derecho de petición, puedan requerir la intervención de los jueces. En todo caso, es una cuestión de análisis particular, y

2.5 Algunas legislaciones han ensayado un esquema teórico distinto, separando el derecho de petición (como simple ejercitación del derecho de pedir) de la práctica plena de promover una demanda ante la jurisdicción. De este modo, se clasifican las peticiones según la naturaleza que lleven y al órgano ante el que se presentan. Habría así, *acciones populares* que obligan al obrar jurisdiccional; *quejas* que derivan en la actuación administrativa; *recursos* distintos que originan el desempeño procedimental; *iniciativas ciudadanas* o *propuestas populares* que tienen como fin la producción legislativa ordinaria; y cada una a su vez, promueve un procedimiento, una instancia, donde la respuesta puede, inclusive, formalizarse a través del silencio.

2.6 Otros, en cambio, crean diferencias entre el derecho de petición y el derecho a la jurisdicción, interpretando que el primero queda satisfecho con la permisión de entrada al proceso, pero como esto no se esencial para la garantía, lo verdaderamente importante está en el modelo de la jurisdicción.

2.7 De esta forma, la distancia a cubrir entre modelos de jurisdicción o justicias de competencia múltiple, respecto a los que dividen prolijamente la cobertura de materias a ocupar, es significativa por la diversidad de intereses en juego.

Por ejemplo, un Juez argentino puede encontrarse al llegar a su tribunal que entre los expedientes a resolver tiene procesos constitucionales (amparo, hábeas data, etc.), administrativos (impugnación de una licitación); sociales (diferencias de haberes mal liquidados), familiares (divorcio, tenencia de hijos), etc., y aplicar en todos los casos el mismo sistema procesal, con sus reglas y precisiones. En cambio, un Juez español, por el caso, sabe que la competencia constitucional le corresponde al Tribunal Constitucional; que lo administrativo se deriva a la justicia administrativa; que lo social es del fuero respectivo, y así sucesivamente; en consecuencia, además de desprenderse de lo que no le es propio (como sería también en nuestro caso), reconoce que los sistemas (el tipo de enjuiciamiento) son diferentes y con reglas autónomas (lo que causa la diferencia).

Vale decir, no solo la competencia se fracciona, sino también el modelo procesal de cada jurisdicción. Son varios códigos (leyes reglamentarias de cada procedimiento) y no sólo uno.

2.8 Lo cierto es que, cualquiera sea la explicación formal que se ofrezca, la mirada tiene que dirigirse al resultado que consigue quien necesita ejercer el derecho de petición, porque como se dijo al comienzo, una pretensión que se escucha y queda sin resolver, provoca desconcierto e injusticia, más allá de la violación por desconocimiento a una garantía fundamental.

Por eso, el tema del acceso a la justicia, y particularmente de la acción procesal, es un contenido del derecho procesal constitucional. No se trata de propiciar esquemas estériles que socaven el derecho de pedir ante los jueces (como es la legitimación

---

una muestra de la confianza a depositar en el Poder Judicial para que sea éste quien resuelva el derecho a estar en el proceso.

procesal activa y pasiva), ni de auspiciar una entrada masiva de reclamos que pueden ser inconsistentes o manifiestamente improponibles.

La acción es una garantía formal; una facultad que contrae con su práctica un deber de respuesta jurisdiccional, porque de otro modo, no habrá práctica ejercicio del derecho a un recurso (vía judicial idónea) simple y eficaz [55].

2.9 Por otra parte, es necesario abordar desde esta perspectiva social, la entrada al proceso, porque los modelos estandarizados de conflictos entre partes, cada día más, pierden la esencia que los justifica.

Actualmente sostener que la controversia solo interesa a las partes que litigan, es una mirada egoísta y unilateral que no observa la trascendencia que tienen los procesos en el desarrollo de un país.

Además, la clásica respuesta que se deduce de la cosa juzgada entre partes, también elude la dimensión *in genere* que puede tener la sentencia (v.gr.: la tutela del consumidor no admite soluciones únicamente para el afectado porque, habitualmente, el daño está masificado). Inclusive, la aparición de los procesos colectivos no significa alterar el modelo de entrada al proceso, como sí promover un cambio sustancial en los derechos que se han de considerar y resolver más allá del interés personal y acotado que supone continuar con la tutela del interés dañado (derecho subjetivo).

2.10 En definitiva, la acción –repetimos- es un contenido del derecho procesal constitucional, al punto de alterar la teoría general del proceso porque obliga a trabajar en una superficie distinta a las consabidas reglas de la personalidad y representación en juicio.

Este es un cambio sensible que conmueve los paradigmas. Obviamente, si pensamos en una misión constitucional para el proceso, estamos razonando en una actuación activa y atenta del Juez, quien debiera trabar sobre el modelo del acceso a la justicia, pero sin resignar sus potestades de repulsión inmediata cuando la pretensión es infundamentada o improponible.

3. El proceso

---

[55] Nosotros hemos creído (cfr. *La legitimación en el proceso civil*, Ediar, Buenos Aires, 1996) que la acción no es más que un acto de contenido estrictamente procesal destinado a presentar un reclamo a la autoridad jurisdiccional. Ésta, conocida la petición, iniciará un proceso y, de este modo, cerrará el circuito característico, propio e inconfundible, del proceso jurisdiccional. Este acto de pedir informa al mismo tiempo una manifestación típica del derecho constitucional de petición. Como tal, el carácter abstracto que pondera se refleja en la posibilidad de lograr un litigio donde pueda ser oído y, en ese caso, habrá obtenido el ansiado acceso a la justicia. Ahora bien, para obrar en el sentido apuntado basta con el ejercicio reflejo de una demanda; es decir, quien acude al proceso no necesita estar respaldado de razón o derecho alguno; es suficiente que el Estado le garantice el acceso, le brinde la posibilidad. De este modo, la acción será también un derecho subjetivo inspirado en el deber del Estado de otorgar tutela jurídica. Aun así, en esencia, la acción tiene carácter intrínsecamente constitucional (podríamos decir, de derecho procesal constitucional), porque más allá de la garantía que supone, tiene como finalidad la protección jurisdiccional. Por ello es que la evolución conceptual del tema culmina con el derecho a la jurisdicción.

3.1 En orden al resguardo técnico, la teoría general se conforma con la asistencia letrada del litigante; le basta con tener abogado para que se garantice el derecho de defensa. La parte contraria, igualmente, de manera que el conflicto se arma sobre la base de partes enfrentadas donde una será victoriosa y la otra derrotada.

En perspectiva, esta dialéctica que implementa una regla para el debate, mantiene al proceso como un sortilegio de aciertos y formalidades.

En lo constitucional, o dicho de otro modo, cuando se pretende revertir la lucha para buscar verdades y justicias compartidas, el proceso se acompaña con un deber de cooperación entre partes para encontrar una solución justa y adecuada al conflicto [56].

Esta fue la impronta que trajeron los sistemas alternativos para la resolución de disputas, y la incidencia que se refleja con actitudes propias del conflicto judicial. Vale decir, por vez primera se acentuó el principio de solidaridad en lugar de la enemistad; de la reflexión antes que la posición irreductible; de merecer una justa composición en vez de una victoria a cualquier precio.

Esta faceta se diluye cuando se observan los dogmas del *proceso,* o la regla técnica para debatir.

El paradigma está en el principio de contradicción permanente, el que afirma debe probar, congruencia entre lo pedido y lo que se resuelve, no hay juicio sin actor, no puede el Juez promover de oficio una causa, la sentencia alcanza solamente a quienes son partes litigantes, la cosa juzgada excepcionalmente afecta a terceros, derecho al recurso, agotamiento de todas las instancias posibles, ejecución a instancia del interesado, etc. etc.

3.2 Estos principios no tienen adaptación plena a todo tipo de controversias que pueden suscitarse, menos aun cuando hablamos de procesos constitucionales.

En efecto, la premisa es diferente a la que señala la dogmática porque un proceso constitucional se resuelve protegiendo los derechos del hombre de las amenazas o agresiones directas o indirectas que el Estado o los particulares generan a través de sus actos.

Si el foco a resolver queda centrado en las alegaciones de las partes, únicamente, la función constitucional del Juez, 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.

3.3 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 [57].

---

[56] Cfr. de Oliveira, Carlos Alberto Alvaro, *Poderes del Juez y visión cooperativa del proceso*, en Revista Peruana de Derecho Procesal, nro. VII, p. 11 (diciembre 2003).

[57] En el libro *Derecho Procesal Constitucional – Amparo* (Rubinzal Culzoni, Buenos Aires / Santa Fe, 2002) , sostuvimos que si este presupuesto se sostiene a pie juntillas, probablemente otro principio procesal desajuste la finalidad del proceso de amparo: el principio dispositivo. Según él, el proceso es

3.4 Inclusive, la afirmación precedente no sería adecuada en sentido estricto en los sistemas de control de constitucionalidad concentrado donde no hay controversia entre partes, sino conflictos de constitucionalidad que habilitan la actuación de un órgano diferente a judicial ordinario para que interprete la adecuación de la ley a la Constitución.

Obsérvese que esta dimensión de la "justicia constitucional", coincidente con la del Juez del sistema difuso, en ejercer la función de resolver los conflictos de interpretación o aplicación de la Norma Fundamental, trabajan con un principio inverso al que preserva la garantía judicial que se vincula con la organización jurisdiccional, porque la idea del "Juez Natural" (que se designa con anterioridad a los hechos de la causa) y de "Unidad de la Jurisdicción", se desplazan en el modelo europeo.

Es cierto que el primer aspecto se puede resistir con sólidos argumentos, pero en el mecanismo difuso, la idea de mantener la decisión dentro de la jurisdicción que se origina no tiene confrontación posible.

3.5 Ahora bien, el marco previsto en torno a las características del procedimiento, reparan 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".

Esta es una "garantía" nueva porque en la teoría general del proceso, el principio de economía (que internamente se integra con la acumulación de pretensiones y procesos; el establecimiento del principio de perentoriedad; la inclusión de plazos y términos; etc.) toma a su cargo una suerte de consignas dirigidas a las partes (en función del principio dispositivo, o de avance del proceso de acuerdo al interés de los litigantes), características que no se dan en el proceso constitucional donde el llamado de las normas transnacionales claman por un proceso rápido y breve y con recursos sencillos y eficaces.

3.6 En definitiva, el "debido proceso" consagra nuevas reglas técnicas que sortean los formalismos tradicionales. No se trata de afirmar que los elimina, sino que se los considere desde una óptica más funcional y efectiva.

¿Qué sentido tiene la letra negra o azul negra en los escritos judiciales? ¿no es acaso un formalismo inútil?. La hora judicial hábil e inhábil ¿no es incongruente con el principio de la justicia ágil, rápida y sencilla?. Las notificaciones judiciales ¿no persisten en esquemas rituales del siglo XVIII?. La intervención de terceros ¿sigue sorteando la dificultad de entablar un proceso entre partes múltiples con pretensiones diferenciadas?. El derecho de defensa en juicio ¿tolera todo el arsenal de recursos que los códigos implementan?, ¿dónde comienza y termina el abuso en y con el proceso?, en

---

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. En el proceso constitucional 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.

fin, tantas son las fisuras que presenta el modelo de enjuiciamiento actual que es lógica la perplejidad de los jueces y su acusada incertidumbre.

3.7 En este campo, en consecuencia, la conclusión es que el proceso vernáculo (y también los demás latinoamericanos) no atiende la dimensión actual del conflicto entre partes. Es cierto que la controversia nace y se desarrolla como una cuestión entre derechos subjetivos que colisionan, y que el modelo de enjuiciamiento se restringe a las alegaciones y pruebas que los litigantes proponen; de suyo, la sentencia es un derecho nuevo, de contenido individual y sin trascendencia para otros; pero esta verdad no se puede llevar, sin más, a procesos colectivos, a acciones e grupo, al llamado amparo colectivo, entre otras manifestaciones de afectaciones múltiples que coinciden en el detrimento que se padece.

El litisconsorcio no resuelve el problema de partes múltiples; la legitimación no responde con su diseño formal y estructurado para dar cauce a un reclamo distinto al que reglamenta la legitimación para obrar; las técnicas de alegar y probar son diferentes; a veces la prueba hasta resulta absurda ante lo manifiesto de la crisis; obviamente es insuficiente la sentencia individual, como también lo es aplicar al caso los límites objetivos y subjetivos de la cosa juzgada.

4. La jurisdicción

4.1 Justamente donde se profundiza la distancia es en los poderes – deberes de los jueces.

En efecto, es bien conocida la evolución del proceso civil y la penetración ideológica que significó en Latinoamérica traer el sistema de enjuiciamiento europeo (particularmente el español). Se recordará que el comienzo de la historia radica en el código de procedimiento civil de 1865, que tomaba el esquema del código procesal francés de raigambre Napoleónica –con lo que ello significaba- y del sistema piamontés del código sardo de 1859.

Este reglamento, dice Comoglio, "...resulta claramente inspirado en la ideología del Estado mínimo. Al mismo tiempo, lleva visiblemente impresa la cifra genética de una época anterior en la cual el proceso tenía un propósito secundario de dar justicia y aquél principal de extraer rentas parasitarias a favor de los titulares de cargos judiciales venales y hereditarios. Se trata de un código que deja el proceso al total dominio de las partes, o mejor, de sus abogados, libres para competir en la arena, determinando el desarrollo del juego, para conducirse esencialmente a través del intercambio de escritos ante un juez inerte, cuya pasividad venía exaltada como garantía de imparcialidad del juicio" [58].

4.2 Contra este modelo reaccionó Chiovenda, quien inspirado en la oralidad creyó encontrar el remedio para los males que traía aquél proceso tan formal y complicado. No era solo un enfrentamiento dialéctico, también significó variar el centro

---

[58] Comoglio, Luigo Paolo, *La efectividad de la tutela jurisdiccional en la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea*, en Revista Peruana de Derecho Procesal, nº V p. 33 (Junio, 2002).

de gravedad del conflicto. La dirección y conducción del proceso se entregó al Juez, y los hechos alegados y controvertidos fueron el eje del litigio a desarrollar.

El garantismo afirma que este cambio tiene resabios de la inquisición española de la edad media, al centrar la discusión en las verdades afirmadas que debían ser demostradas con prueba verosímil y en juicio sumario. Piensan que es el producto de una "cultura autoritaria" que despojó a las partes de su derecho a luchar por el derecho en pie de igualdad con el adversario.

El tiempo histórico que consagró las grandes reformas italianas (1940/1942) conspiró con su propuesta, del mismo modo que ha dado argumentos para sostener que el ideal plasmado en el código pergeñado por Carnelutti, Calamandrei y Redenti, tenía una clara prosapia fascista [59].

4.3 La premisa del "juez director" fue la bandera que levantó la publicización del proceso civil. Ello significó abandonar el rol mecánico del magistrado que simplemente controlaba las reglas del juego, subsumía los hechos afirmados por las partes en las leyes que debía aplicar, y resolvía sin más. Esa era la función pensada para el Juez, claramente inspirada en la aplicación de la ley.

Dice Zagrebelsky que, esta observación hecha desde la forma como el Estado se organiza, supone entronizar el "principio de legalidad", que en definitiva, traduce en términos constitucionales la hegemonía de la burguesía, que se expresaba en la Cámara de representantes, y al mismo tiempo hace retroceder el poder de los jueces y del ejecutivo, quienes pasan a estar subordinados a la ley [60].

4.4 De este modo, la ley ocupa la posición más alta, sin tener por encima regla jurídica alguna. El orden y la seguridad venían de la mano con esta hipótesis impuesta [61].

Hay ejemplos manifiestos de esta acentuada tendencia que no admite discusión. Una de las más claras es la consagración en Europa, en las primeras décadas del siglo XX, de los Tribunales Constitucionales, que con magistraturas especiales (en esencia no

---

[59] Dice Sergio Charloni que esta acusación es claramente instrumental y llegó impulsada por una doctrina casi unánime en su tiempo. Ocurrió que, en los años posteriores a la guerra, se organizó un fuerte movimiento de oposición, que alcanzó, en su punto más extremo, a pedir la inmediata abolición del nuevo código, tildado de autoritario y fascista y el retorno del que fue derogado por éste...[...]. Aparte de la disciplina de las controversias colectivas de trabajo, rápidamente caída con la desaparición del ordenamiento corporativo, no se puede en ningún modo afirmar que el código de rito del 42 es un código fascista o del tono ostentadamente fascista de la Relación al Rey. Al régimen como tal no le interesaba intervenir sobre la disciplina de las controversias entre privados, por el simple motivo que, a diferencia de cuanto acaecía con los regímenes del socialismo real, el fascismo no intervenía en las relaciones de mercado, dejando inalterados sus caracteres fundamentales (*La justicia civil y sus paradojas*, en Revista Peruana de Derecho Procesal, nº V p. 54 [junio, 2002]).

[60] Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil*, Trotta, 4ª ed. (2002), Madrid, p. 30.

[61] Agrega Zagrebelsky que en este sistema, la ley lo podía todo, porque estaba materialmente vinculada a un contexto político – social e ideal definido y homogéneo. En él se contenían las razones de los límites y del orden, sin necesidad de prever ninguna medida jurídica para asegurarlos. El derecho entra en acción para suplir la carencia de una ordenación expresada directamente por la sociedad, y no era éste el caso. Una sociedad política "monista" o "monoclase", como era la sociedad liberal del siglo pasado (siglo XIX), incorporaba en sí reglas de su propio orden (ob. cit., p. 31).

son puramente jurisdiccionales al carecer de los poderes que al Juez ordinario se le reconocen) organizadas fuera del Poder Judicial, tienen la única misión de salvaguardar la primacía de las normas fundamentales de cada Estado [62] evitando con ello la interferencia del Juez ordinario.

Sin embargo, la auspiciosa finalidad de proteger la supremacía constitucional condujo a demasiadas incertidumbres, porque la "ley de leyes" como se llamó a las cartas constitucionales, pensó que podían aplicar sus preceptos de una vez y para siempre. No pensaron en las renovaciones sociales y en las necesidades que importaba actualizar sus contenidos.

Es cierto que la dinámica reformista aligeró este problema, pero también lo es que gran parte de las Constituciones eran (son) rígidas, estableciendo una suerte de núcleo duro de declaraciones, derechos y garantías que se consideraban incanjeables.

4.5 La Constitución se aplicó como Norma Fundamental, y se dejó a cargo de Tribunales Constitucionales su resguardo y protección.

No fue diferente la filosofía aplicada en Norteamérica, cuya contribución básica se cifra en la idea de la supremacía constitucional y en su consiguiente garantía jurisdiccional. Son los jueces, todos los jueces, quienes velan por su cumplimiento.

Prieto Sanchís explica el modelo constitucional sosteniendo que la Constitución se postula como jurídicamente superior a las demás normas y su garantía se atribuye al más "neutro" de los poderes, a aquel que debe y que mejor puede mantenerse al margen del debate político, es decir, al poder judicial. La idea del poder constituyente del pueblo, se traduce aquí en una limitación al poder político y, en especial, del más amenazado de los poderes, el legislativo, mediante la cristalización jurídica de su forma de proceder y de las barreras que no puede traspasar en ningún caso [63].

A diferencia de Europa, el sistema americano judicializa el control pero permite que sean todos los jueces (inclusive los que se agrupan concentradamente como Tribunales especiales, ya sea en Salas o en Cortes, pero siempre dentro del Poder Judicial) quienes sean baluartes del sistema. En cambio, Europa prefiere la división jurisdiccional y no permite más que al Tribunal Constitucional la actuación en asuntos propios de su competencia.

---

[62] Por supuesto hubo resistencias a los Tribunales Constitucionales, que en líneas generales abastecieron dos objeciones: La primera apunta a la idea misma de primacía constitucional, ya que si la democracia es el método de toma de decisiones por mayoría, la primacía constitucional implica precisamente restricciones a lo que la mayoría puede decidir. Y la segunda, que afecta al control de constitucionalidad, consiste en preguntar qué legitimidad tienen jueces no representativos ni políticamente responsables para invalidar decisiones de un legislador democrático. En suma: si como ideales morales se parte no sólo del de los derechos, sino también del valor de la democracia, entonces el camino hacia el constitucionalismo es quizá menos llano de lo que parece (cfr. Bayón, Juan Carlos, *Derechos, Democracia y Constitución*, en Discusiones, Universidad Nacional del Sur, 2001; también en "Neoconstitucionalismo (s)", edición al cuidado de Miguel Carbonell, Trotta, Madrid, 2003, p. 214).

[63] Prieto Sanchís, Luis, *Neoconstitucionalismo y Ponderación Judicial*, en "Neoconstitucionalismo (s)", ob. cit., p. 125.

4.6 En pocas palabras, cuando un Juez cualquiera tiene que actuar dentro de un proceso judicial no puede desentenderse de esta cultura jurídica que condiciona sus poderes.

En América, la amplitud de potestades le permite declarar la inconstitucionalidad de las leyes o inaplicarla en el caso concreto que resuelve, demostrando con hechos y sentencias, porque es un "Poder".

Mientras que Europa, del que tomamos el esquema de enjuiciamiento (recordemos que nuestras bases procedimentales están en la Ley de Enjuiciamiento Civil española de 1855/1881), fracciona claramente la potestad estableciendo barreras infranqueables que pocas veces pueden trasponerse.

4.7 No es muy distinta la actuación que le cabe al Juez ordinario: su función es desplegar su eficacia a través de la ley.

Sin embargo, se aclara que esta ley se aplicará siempre que sea respetuosa de principios y valores superiores. Con lo cual la normativa constitucional deja de estar "secuestrada" dentro de los confines que dibujan las relaciones entre órganos estatales, deja de ser un problema exclusivo que resolver entre el legislador y el Tribunal Constitucional, para asumir la función de normas ordenadoras de la realidad que los jueces ordinarios pueden y deben utilizar como parámetros fundamentales de sus decisiones. Desde luego, concluye el autor, las decisiones del legislador siguen vinculando al juez, pero sólo a través de una interpretación constitucional que efectúa este último [64].

5. Conclusión

En suma, estamos ante un cambio de paradigmas, la pregunta sigue siendo la del inicio ¿han cambiado los pilares del derecho procesal? O solamente necesitan reforzar sus cimientos al conjuro de los modelos novedosos de controversias.

Por eso, así como en el derecho constitucional se ha pensado que desde el "neoconstitucionalismo" se avizoran algunas respuestas para esta suerte de cambio en la formación de los valores constantes y trascendentes que proclaman las Normas Fundamentales, donde los derechos humanos y la jurisprudencia de los tribunales que los interpretan, provocan una influencia innegable en las funciones de los demás poderes (en especial el ejecutivo y parlamentario); también creemos que existe un "neoprocesalismo", que con iguales estándares de seguimiento y observación, tienden a crear un emplazamiento renovado para nuestra ciencia.

El llamado de la hora parece radicar en las responsabilidades compartidas. Un abogado idóneo que eleve desde su función técnica la lealtad en el debate; y un juez atento que se comprometa con la justa resolución del conflicto.

Uno controla al otro, y entre ambos podrán colaborar para que la justicia se consiga confiando en las instituciones.

---

[64] Cfr. Prieto Sanchís, ob. cit., p. 130. También Ferrajioli, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Trotta, Madrid, 2001, p. 26, donde agrega que "la sujeción del juez a la ley ya no es, como en el viejo paradigma positivista, sujeción a la letra de la ley, cualquiera que fuese su significado, sino sujeción en cuanto válida, es decir, coherente con la Constitución".

CAPÍTULO V

EL DESPLAZAMIENTO DE LOS PRINCIPIOS HACIA LAS GARANTÍAS Y REGLAS PROCESALES

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 ([65]).

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" ([66]).

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" ([67]).

Fue así que otros autores, anticipándose al dilema, optaron por referir a "*sistemas*", dando la idea de que el proceso se ejecutaba mediante una serie de actos que se cumplían de manera ordenada (sistemática), estableciendo principios que le daban unidad al mecanismo ([68]).

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 ([69]).

---

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

[66]. Palacio, Lino E., *Derecho Procesal Civil,* Tomo I, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1979 (2ª ed. 1ª reimpresión), p. 301.

[67]. 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).

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

[69]. 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,

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, que en la búsqueda de soluciones justas y efectivas, pueden los jueces aligerar las rigideces técnicas y hasta dogmáticas ([70]).

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 ([71]), consienten el establecimiento de imposiciones que no se deben perder bajo ninguna circunstancia.

2.1 Las garantías

---

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…".

[70]. 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).

[71]. 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.

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.

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, 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) ([72]); 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

Los presupuestos procesales son las condiciones que deben revestir los actos y las actuaciones que el proceso desarrolla. Son condiciones de regularidad y eficacia que anidan en las etapas preclusivas por las que avanza el procedimiento.

Cada exigencia instala los presupuestos que, como fue señalado oportunamente, distingue 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 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*" ([73]) 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

---

[72]. Gozaíni, Osvaldo A., *Derecho Procesal Civil*, Tomo I (*Teoría General del Derecho Procesal*) Volumen 1 (*Jurisdicción, acción y proceso*), Ediar, Buenos Aires, 1992, p. 360.

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

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) ([74]).

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 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 ([75]); 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 ([76]), y como tal debe comportarse en su paradigma.

---

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

[75]. Gozaíni, *Derecho Procesal Civil*, tomo I, cit., p. 305.

[76]. 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

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 ([77]).

---

un fin por sí mismo, sino para realizar el derecho que viene a consolidar (cfr. Gozaíni, Osvaldo A., *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 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.

[77]. 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 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 presu-puestos 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

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" ([78]), 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, 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)…" ([79]).

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 ([80]).

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

---

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".

[78]. Redenti Enrico, *Diritto Processuale Civile*, Tomo 1 "Nozioni e regole generali", Giufrè, Milano, 1995 (4ª ed.), ps. 97 y ss.

[79]. Calamandrei, *Instituciones de Derecho Procesal Civil,* Volumen 1, cit., p. 318.

[80]. Carnelutti, Francesco, *Sistema de Derecho Procesal Civil,* tomo II, Cárdenas, México, ps. 615 y ss.

(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 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" ([81]).

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 afincar 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*" ([82]).

---

[81]. 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.

[82]. 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 ([83]).

El resumen enumera como garantías inclaudicables 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 ([84]).

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;

---

[83]. 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) .

[84]. 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).

inmediación 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" ([85]).

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" ([86]).

"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" ([87]).

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. Difícilmente, 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

---

[85]. 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.

[86]. Gimeno Sendra, Vicente, *Fundamentos de Derecho Procesal*, Cívitas, Madrid, 1981, p. 327.

[87]. Gimeno Sendra, ob. cit., p. 327.

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 audiencia y prueba para ambos litigantes (procesos cautelares y ejecutivos)…" ([88]).

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 ([89]). 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.

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 connotación 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

---

[88]. Palacio, ob. cit., ps. 251/303.

[89]. Gimeno Sendra, ob. cit., p. 328. 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).

<<*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" ([90]).

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 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" ([91]).

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, definitivamente, 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

---

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

[91]. 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.

cómo el proceso civil americano ha conservado muchos elementos procesales ingleses pre-modernos, dándoles la consideración de derechos constitucionales" ([92]).

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.

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 ([93]).

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, porqué será éste el que en definitiva persiga la consagración de los derechos y libertades que trae la Ley Fundamental.

---

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

[93]. Cfr. Parágrafo 9.2.

CAPÍTULO VI

LAS DIFICULTADES DE LAS PERSONAS PARA ESTAR EN JUICIO

1. Presupuestos procesales

Los presupuestos procesales fueron desarrollados por el jurista alemán Oskar Von Bülow ([94]), explicando los recaudos que inevitablemente debía tener toda relación jurídica que se planteara entre partes en litigio. El autor entiende que hay "requisitos" anteriores a la demanda; y previsiones 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. Y cada una de estas previsiones deben controlarse por el juez como un deber de saneamiento para conseguir la regularidad de la instancia.

El presupuesto, entonces, es lo que debe existir antes de concretar la demanda, y por eso se relaciona más con el derecho de fondo que con el derecho adjetivo.

2. Las excepciones

Por otro lado aparecen las excepciones contra el progreso de la demanda que se oponen como impedimentos de la pretensión por cuestiones formales (v.gr.:

---

[94] 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 *Lehre von den Prozesseinreden und die Prozessvoraussetzunge*n (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 aquéllas, 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 B. «un pensador lleno de dudas, más inclinado a la crítica sutil y cáustica que a las enunciaciones seguras y definitivas» (Peláez del Rosal).

incompetencia; falta de representación suficiente; etc.); se diferencian de las defensas, porque con éstas se cuestionan las razones de fondo o materiales. Es decir, actúan sobre la base de advertir aquello que el juez omitió al analizar los presupuestos.

Esta simplificación es la base de la teoría de Von 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.

Claro, tanto poder en el juez no fue comprendido en ese tiempo, y por eso fueron las críticas certeras de Kisch, Rosenberg o del propio Goldschmidt, años después

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 hablemos a partir de ahora 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.

3. La acción y el derecho a estar en juicio

La posibilidad de estar en juicio depende de la legitimación procesal. Ésta se puede revisar al tiempo de estudiar las condiciones de la personalidad para actuar, o cuando se deducen excepciones por la contraparte.

El primer momento se instala en el terreno de los "presupuestos procesales", donde anidan dos elementos básicos para admitir la pretensión. Uno sigue la guía tradicional de interrogar al que pide ¿quién es?, obligando así a que acredite representación y personería suficiente para considerarse parte. La segunda, más excepcional y contingente, es preguntar ¿qué quiere?, en cuyo caso la atención se presta al objeto o causa de pedir, antes que en la persona que lo hace.

El primero de los caminos lo regula el código procesal civil y comercial; el segundo armoniza con el derecho de petición establecido como garantía en la Constitución Nacional.

A veces esta diferencia es notable y manifiesta como en los llamados procesos colectivos que dividen la entrada al proceso según como sea certificado el grupo o la clase que peticiona. Vale decir, siguiendo el rumbo de la "representación adecuada" (que es ni más ni menos que exigir legitimación para estar en juicio), o admitiendo al "ente exponencial" (que permite obrar siempre que el derecho sea trascendente).

Ahora bien, el derecho de acceso a la justicia es una garantía constitucional; constituye un patrimonio incorporado a los derechos del hombre que no reconoce calidades especiales. La mención que hace la Constitución Nacional, sobre todo en los artículos 41 y 43, que "todos los habitantes" o "todas las personas" tienen derecho a un proceso rápido y expedito, importan reconocer la amplitud como se entiende en nuestro sistema el ingreso a la justicia.

La defensa de los derechos e intereses individuales, sociales, colectivos y difusos tienen vías particulares que, al estar reguladas en los códigos de procedimientos, requieren cumplimentar presupuestos de admisión y pertinencia.

La relación entre Constitución y proceso impone que las cargas técnicas no desvirtúen el contenido principista de la norma fundamental; y al mismo tiempo, que el debido proceso previsto en la Carta magna pueda instrumentarse adecuadamente en las reglas adjetivas. El objeto final será, precisamente, lograr que el sistema otorgue la tutela efectiva sobre dichos intereses y derechos subjetivos, generando la satisfacción plena de las pretensiones opuestas.

Este es el marco como se orquesta el diseño del acceso a la justicia y el derecho a la jurisdicción. Lo cual únicamente se consigue cuando quien reclama consigue instalarse en el proceso como “parte”.

Es evidente que para hablar de "parte" o de "partes" se necesita tener un interés contrapuesto, duplicidad de planteos o la misma controversia (lucha de intereses) entre dos o más individuos. La idea de conflicto subyace en la concepción buscada, y en la tradición que orienta respuestas al problema.

Pero la calidad de "parte" sólo se obtiene en el proceso, porque, es un concepto pura y exclusivamente procesal. Tal entidad tiene que la Ley de Enjuiciamiento civil española (hoy derogada) decía que el proceso jurisdiccional es un proceso de partes (arts. 481 y 486), e inclusive, cualquier ordenamiento lo confirma, porque, si una de ellas no estuviera, el Estado se ocupa de generar figuras de representación que, gracias a las ficciones de las reglamentaciones técnicas, permiten encontrar la dualidad necesaria (principio de bilateralidad).

Aun así la idea no tiene demasiada claridad, pues basta una simple mirada hacia las personas que actúan en juicio para ver que no son únicamente los contradictores los que allí se encuentran. Intervienen, quizás, otros que asumen la representación del titular del derecho conflictuado; gestores procesales; terceros interesados; e incluso, abogados que patrocinando a la parte se convierten ellos mismos en "parte" a través de las creaciones de derechos que el enjuiciamiento provoca (V.gr.: condena en costas, derecho al honorario, etc.).

Es más, el conflicto planteado en hipótesis podría reconocer mas de un involucrado y no hallarse todos ellos en el proceso, de modo que la integración del pensamiento común de una de las partes estaría ausente, afectando el derecho de defensa de quien no esta.

En suma: existen distintas posibilidades para examinar la noción de parte y conceptos distintos para hacerlo. Básicamente encontramos tres ideas contrapuestas que tienen, a su vez, posibilidades alternas de control. Si lo realiza el juez como deber del oficio, puede constituir un obstáculo al derecho de pedir, o un control eficaz sobre quienes pueden estar en el proceso (lecturas del garantismo o del activismo procesal, respectivamente). En cambio, si en lugar de resolver al tiempo de proveer la demanda, se deja en manos de la bilateralidad y contradicción, el derecho de impedir que esté en

el proceso quien carece de derecho para hacerlo, estaremos propiamente en el campo de las excepciones o defensas.

Las tres líneas referidas son:

a) Parte es, en primer lugar, la persona que demanda o en cuyo nombre se demanda; y en segundo lugar, la persona frente a la que se demanda. Son partes por el sólo hecho de formular la pretensión, independientemente de que sean o no titulares de la relación jurídica sustancial deducida.

b) No se puede considerar una sola tipicidad para establecer la condición de parte, sino en función de la calidad del derecho que tutelen; de este modo, quien sea titular en la relación jurídica tendrá condición de "parte material"; mientras que la actuación de otros podrá catalogarse como "parte" en sentido procesal.

c) Parte, es solamente el titular del interés jurídicamente relevante que en el juicio se promueve.

Cada una de ellas adscribe al vínculo que los autores señalan con el derecho de acción y, por tanto, a partir de ellos ha de buscarse la coincidencia o el error.

4. El presupuesto procesal de ser “justas partes”

El proceso judicial raramente controla de oficio la legitimación para obrar. Tanto es el rechazo que admite resolver la oposición a ser parte cuando se deduce como excepción manifiesta de falta de legitimación. Pocas son las excepciones, las que, en lugar de establecerlas como condiciones para el ejercicio de la acción, se instalan en el sitio de los fundamentos (rechazo in limine) o de los presupuestos (improponibilidad objetiva de la pretensión).

Sucede que el litigio siempre se ha analizado como un conflicto entre partes con derechos confrontados. Con esta visión se emplazan algunos presupuestos básicos de la pretensión como el requisito de la “legitimación *ad causam*”.

En lo que sigue procuraremos advertir otras facetas del encuentro que motivan la acción con sus implicados en el derecho constitucional y en el derecho procesal. Ellas se nutren en algunos planteos filosóficos, o bien, emergen de principios particulares de la teoría general del derecho que insisten en presentar al derecho procesal como un derecho "de praxis", exclusivamente instrumental para los derechos materiales y, particularmente, de los denominados "derechos subjetivos", o de aquella categoría que refiere a las "situaciones jurídicas subjetivas".

La tesis que propiciamos consiste en sostener, básicamente, las siguientes posiciones:

a) Que el derecho procesal no es únicamente un derecho absolutamente instrumental, sino, esencialmente, una garantía de los derechos fundamentales del hombre, de modo tal que si aparece en alguna de sus instituciones estructurales (jurisdicción acción y proceso) algún desconocimiento, alteración, modificación o transformación crítica hacia los derechos humanos, le corresponde a la ciencia procesal encausar el desvío, olvidando las reglas de las seguridades formales establecidas, para ir en busca de la justicia específica que debe concretar.

b) Que, en materia de legitimación procesal, debe postergarse de manera definitiva la protección de las individualidades, no tanto por la insuficiencia manifiesta que muestra la captación de los derechos subjetivos, sino por que, además de la tutela y

defensa de los intereses particulares, la socialización y masificación de las preocupaciones, funda un orden diferente que urge ser tenida en cuenta.

En este sentido, la dimensión y novedad que presentan los fenómenos sociales, encierra concertaciones entre grupos, organizaciones, estados, y no existe aún mecanismo alternativo que preserve esos intereses.

c) Que la atención cifrada en la calidad que representa y "tiene" la persona que pide o pretende la actuación jurisdiccional, dificulta en grado superlativo la respuesta que, necesariamente, debe ofrecerse a cualquier individuo que peticiona, porque de otro modo, se vulnera el derecho de acción, y el acceso a la jurisdicción.

d) Que para solucionar la crisis antedicha, es menester resolver con criterios diferentes las estructuras predispuestas en los presupuestos procesales, particularmente, en la legitimación procesal; a cuyo fin, las categorías que ordenan las situaciones jurídicas subjetivas pueden servir de orientación para encausar tutelas diferenciadas o singulares, pero dando cabida al proceso sin retacear la función juzgadora por cuestiones puramente formales.

4.1 La pertenencia del derecho como apertura exclusiva

Sostienen varios autores, entre ellos Carnelutti ([95]) que el derecho subjetivo aparece en el derecho romano. Por entonces, *ius* se llamaba propiamente al poder del *iubere* en que se manifestaba aquella específica fuerza que es el derecho, y que por tanto recibía esa denominación.

Desde esos tiempos progresó el concepto de derecho subjetivo siendo el centro de atención de toda la ciencia jurídica. Sin embargo, otros estudios demuestran que el origen hallado es equívoco, porque la cuna del derecho subjetivo no radica ni en el derecho romano, ni el medioevo, ni en la época del derecho natural (1625-1750), y sí en los tiempos modernos, coincidiendo con los estudios de filosofía del derecho generados desde la mitad del siglo XVIII.

Señalan así que "el derecho subjetivo, como atributo jurídico individual y como categoría jurídica, nace lógicamente, cuando el individuo logra su consagración política, que se alcanza con el antecedente del movimiento filosófico de fines del siglo XVIII y del precedente histórico de la Constitución de Virginia (1776), y por obra de la Revolución francesa con la Declaración de los derechos del hombre (1789)…[…]. Producido el hecho político, la ciencia jurídica tiene entonces que estudiar, naturalmente, el contenido de los círculos tangentes que constituían el ámbito de cada libertad individual, investigar sus dimensiones jurídicas, iniciando las preocupaciones sobre el "derecho subjetivo" ([96]).

No es nuestra intención detenernos en esta diferencia de pareceres, pero sí atenderla por su repercusión tanto en las formas de acreditar el derecho ante la jurisdicción y, de suyo, en la teoría de la legitimación procesal.

---

[95] Carnelutti, Francesco, *Teoría general del derecho*, trad. de Francisco Javier Osset, en Revista de Derecho Privado, Madrid, 1955, p. 199

[96] Díaz Cruz, Elías, *La doctrina del derecho subjetivo (en pro de la independencia de la ciencia jurídica y del mantenimiento de sus conceptos fundamentales)*, en Revista General de Legislación y Jurisprudencia, Madrid, mayo, 1947; Cfr. Castán Tobeñas, José, *Situaciones jurídicas subjetivas*, Madrid, Reus, 1963, págs. 31-32.

Sea una u otra, la verdad es que el gran desarrollo del derecho subjetivo pertenece al siglo XIX. En primer lugar, Savigny no permanece inmune a las influencias de su tiempo, y desde una perspectiva que llama "histórica-crítica" formula una sistemática de los derechos en orden a las interpretaciones probables que de los hechos pudiesen surgir.

A los derechos subjetivos los comprende en su sistema de derecho privado, alejado del "jusnaturalismo", y basado en un principio abstracto de la relación jurídica como una "soberanía de la voluntad". Precisamente esa abstracción difumina la eficacia del método, y la sistematización del derecho se proyecta en un andarivel diferente, hacia la denominada "jurisprudencia de conceptos".

Puchta, siguiendo claramente el pensamiento kantiano, eleva la noción de derecho subjetivo en una pirámide ideal. A su entender "existe un derecho (en sentido subjetivo) cuando el derecho (en sentido objetivo) ha dado un objeto al poder de una persona" ([97]).

Aparecen aquí descriptos los dos fenómenos que trascienden, tiempo después, al derecho procesal para incidir en sus postulados. De un lado, el derecho se concibe filosóficamente en el concepto de libertad kantiano que instala el derecho como una persona (en sentido ético) y el de derecho subjetivo como el de poder jurídico de una persona sobre un objeto.

Rudolf Von Ihering, profundiza esta teoría (que da el nombre de "histórica-natural"), para interrogarse si verdaderamente el derecho subjetivo era un poder sobre las cosas, o en realidad representaba una pertenencia declamativa.

Ciertamente la precisión querida por Ihering cifra el destino de las corrientes posteriores. Por ejemplo, a través de Windscheid se observa cómo el derecho subjetivo se analiza en su relación con el positivismo jurídico, y si bien percibe que el derecho se obtiene del orden jurídico, solamente a través de la "pretensión" se puede reclamar por su ejercicio. Mientras no ocurra alteración alguna el derecho subjetivo está vaciado de contenido, sólo con la demanda se consigue la pertenencia.

Esta idea, de gran importancia para el derecho procesal, desde que a partir de ella se deduce la diferencia entre el contenido del derecho y la acción de pedir la actividad jurisdiccional, va a ser fruto de serios y fundados cuestionamientos.

El positivismo presenta las cosas con base en su comprobación científica; se aleja de las posibilidades psicológicas o sociológicas que se inspiran en los "ideales" o en las "voluntades" de conseguir cierto "status jurídico".

Planteada la cuestión, es oportuno señalar qué consecuencias trae este problema: El derecho, pues, tiene la posibilidad de considerarse como un hecho psicológico -por no encontrarse en la realidad externa, sino en la conciencia de las personas-, o bien como un dato de la existencia social de las que cobra su misma validez.

En orden a la legitimación procesal, este dualismo se emplaza en la estimación directa que tiene el derecho subjetivo, y la postergación absoluta que merecen las demás situaciones subjetivas.

En efecto, los hechos efectivamente constatados, que lucen su apariencia en cabeza del mismo portante, esto es: cuando el que pide es el mismo interesado en

---

[97] Seguimos en estos pasajes la exposición de Larenz, Karl, *Metodología de la ciencia del derecho*, Barcelona, Ariel, 1966, págs. 35 y ss

resolver su padecimiento; en estos casos, no hay dificultad alguna para superar la valla de la legitimación.

En cambio, se niega la "justiciabilidad" cuando quien reclama no tiene vinculaciones directas con el hecho, o si los tiene, ellos se muestran difusos, o de pertenencia indiscriminada. En estos casos, la opción es cancelar la vía, por no tener quien pida legitimación suficiente.

Kelsen persigue poner distancia y fin a este emplazamiento. La exposición de este notable jurista parte de esclarecer las nociones de derecho subjetivo y derecho objetivo.

La captación de la esencia del derecho subjetivo (en el sentido de derecho con el que un sujeto cuenta) se hace difícil por el hecho de que con esas palabras se designan circunstancias muy diferentes entre sí; tanto puede ser el derecho a comportarse de una determinada manera no prohibida, como también el derecho que otra persona espera de nosotros, sea por acción u omisión.

En el primer caso se constituye un derecho personal, mientras que en el segundo (derecho reflejo) aparece el concepto de obligación. Sostiene, entonces, que:…"la tesis tradicional, según la cual el derecho subjetivo sería un objeto de conocimiento distinto de la obligación jurídica, atribuyendo inclusive a aquél prioridad sobre ésta, debe ser referida a la doctrina del derecho natural...[…]…si se pone de lado la suposición de derechos naturales, y sólo se reconoce los derechos estatuidos por un orden jurídico positivo, resulta entonces que el derecho subjetivo en el sentido discutido, presupone una obligación jurídica correspondiente; mas consiste en esa obligación jurídica" ([98]).

Ahora bien, en Kelsen no estuvo ausente la idea de reclamación directa (pretensión), sólo que la percibe como un derecho de contenido técnico que autoriza al individuo a participar del proceso de formación de las normas.

Pero como para dar vida a esta capacidad jurídica de postulación, es preciso contar con la autorización del ordenamiento jurídico, agrega: "…en un sentido muy lato, determinada conducta de determinado individuo se encuentra facultada por el orden jurídico, no sólo cuando se concede al individuo un poder jurídico, esto es, la capacidad de producir normas, sino, en general, cuando la conducta del individuo es convertida en condición directa o indirecta de la consecuencia jurídica, esto es, del acto coactivo instituido como debido, o constituye ella misma la conducta consistente en el acto coactivo" ([99]).

El "ser" y el "deber ser" de Kelsen deciden el curso de la legitimación procesal, tanto como sirvió para las doctrinas acerca del "derecho subjetivo" prefieran referir a la relación jurídica que surge del derecho; a la primacía del deber sobre el ser; o bien, para llevar al campo del derecho subjetivo, directamente, la consideración central de los derechos de un ordenamiento determinado.

En síntesis, así como el "derecho objetivo" (normas positivas) prioriza el andamiaje de toda la realidad coexistencial, en el sentido que apunta Legaz y Lacambra respecto a que se desvaloriza el sentido subjetivo del derecho orientando hacia un normativismo que identifica la realidad jurídica con la de las normas objetivas y relega a

---

[98] Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, trad. de Roberto Vernengo, México, UNAM-Porrúa, 1991, págs. 142-143

[99] Kelsen, op. cit., p. 157

un segundo plano e, incluso, niega la sustantividad de lo que tradicionalmente se llama derecho subjetivo ([100]). También el derecho subjetivo encuentra ramificaciones o frentes diversos que afrontar, especialmente, el aspecto del "deber ser" y las situaciones jurídicas subjetivas.

4.2 La relación jurídica y el derecho subjetivo

Es menester anticipar, siguiendo en ello la aclaración efectuada por Carnelutti, que se procura establecer en el presente desarrollo un criterio científico, alejado -aun cuando la proximidad resulte necesaria- de posiciones filosóficas, por cuanto una teoría general es ciencia del derecho y por eso se opone a la filosofía.

"Solo he de añadir -decía el maestro italiano- que para construir una teoría general del derecho la observación ha de ser llevada más allá del mismo derecho...", porqué "ni del derecho, ni de ninguna otra cosa, lograremos saber lo que debemos saber sin mirar al patio del vecino..." ([101]).

En la lucha entre el derecho objetivo y el subjetivo, aparecieron numerosas posiciones intermedias que terciaron para fundamentar la vinculación. A veces se habló de la "relación jurídica", donde predominaron las situaciones subjetivas sobre las objetivas ([102]), como es el caso de la doctrina de Del Vecchio ([103]), que pone en relieve que el derecho es la "facultad de querer y de pretender atribuida a un sujeto, a la cual corresponde una obligación por parte de otros" ([104]).

En estos casos, particularmente detallados en la civilística germana, aceptada por Borda, en nuestro país ([105]) se destaca plenamente el parentesco entre el derecho y el deber que motivan los aspectos del derecho subjetivo.

Otros, en la misma línea, optaron por reflejar las extensiones de la relación jurídica fuera del marco preciso del deber y el ser, esto es, demostrando que muchas veces, ellos dependen de situaciones tales como la pretensión del interesado, la acción de derecho sustancial, las facultades otorgadas por el ordenamiento jurídico y los llamados derechos potestativos.

En definitiva, cada relación in abstracto no tenía una estimación práctica idéntica, como que entre ellas había un sin fin de idas y vueltas que mostraron la debilidad del concepto. Sin embargo, la relación jurídica existe, y la consagra el derecho mismo.

---

[100] Legaz y Lacambra, Luís, *Filosofía del derecho*, Barcelona, Bosch, 1975, p. 723.

[101] Carnelutti, Francesco, op. cit., p. 9

[102] Mientras Savigny había tratado de realzar, como unidad elemental (y como realidad específicamente jurídica) de todo el mundo del derecho, precisamente a la relación jurídica (lo que significaba una prioridad lógica del llamado derecho subjetivo sobre el objetivo), en cambio, el positivismo legal de fines del siglo XIX traslada el punto de gravedad hacia éste último, y aparece así la teoría moderna de las normas, planteada sobre todo por Binding, Thon, etcétera, y que adquiere un desarrollo especial en la teoría normativista de Kelsen (Espinar Lafuente, *Líneas de orientación para una concepción del negocio jurídico*, en Revista General de Legislación y Jurisprudencia, Madrid, junio de 1963, p. 821). Cfr. Castán Tobeñas, José, op. cit., nota 15, p. 15.

[103] del Vecchio, Giorgio, *Filosofía del derecho*, Barcelona, Bosch, 1960, págs. 367 y ss

[104] Op. cit., p. 368

[105] Borda, Guillermo J., *Tratado de derecho civil*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, t. I, 1953, p. 33.

Se ha dicho que la noción más amplia y sencilla de relación jurídica es la de una relación constituida por el derecho entre dos sujetos respecto a un objeto ([106]); pero es una noción inacabada, propia de las explicaciones estáticas del derecho.

En verdad, a toda atribución corresponde una limitación consecuente (causal), de la cual surge que el "poder" asignado (derecho subjetivo) tiene un límite natural (derecho objetivo).

En materia procesal este dualismo representa las dos imágenes del derecho de peticionar. Por una parte, la del sujeto activo que pretende la tutela jurisdiccional, y de otro, la del derecho que se quiera hacer valer. Esto es, que quien pide, debe estar legitimando (emparentado directamente) con el derecho que sostiene.

De este encuadre nace que, frente a la idea de derecho, que implica "poder", "facultad", o "atribución", ésta el deber que significa, pues, "necesidad" o "abstención". De suyo, los derechos son renunciables y no así los deberes.

Es cierto que este rostro del deber, a veces, se configura como una obligación de corte moral, un mero deber de moralidad, lo cual conduce a un problema no resuelto que estriba en la posible exigencia de reclamar por deberes de tal condición.

La ética se hace presente en obligaciones de éste carácter, y la distancia con el derecho subjetivo es cada vez más elocuente.

Hace años atrás, Vescovi planteó la necesidad de estudiar la dinámica de las situaciones evitando descripciones sin sentido como son las del "ser" y las "deber ser". La realidad es una fuente efectiva para encontrar respuestas, y si observamos que, en definitiva, encontrar soluciones al derecho subjetivo no son más que exigencias para el acceso a la justicia, advertiremos porqué es necesario trazar distancia con formulaciones exageradamente filosóficas y poco pragmáticas ([107]).

De idéntica preocupación fueron las reflexiones de Mercader cuando significó el error de analizar la situación de los derechos presentados en juicio como vínculos absolutamente consolidados. Sostenía el maestro platense que no era posible comprender la función del proceso desde esta perspectiva, porque ello importaba referirlo a una *posterius* de los hechos. Es decir, desde las horas en que los primeros sabios impartieron su primera explicación se ha dicho y repetido que el proceso sólo se abre después (enseguida) de consolidados los vínculos que deben motivarlo. De ahí surgió, con categoría axiomática, la certidumbre de que el proceso no puede tener existencia antes de la situación jurídica que, al término del mismo, debe ser juzgada...([108]).

Era necesario abordar una realidad diversa, porque los derechos emergentes de la relación jurídica no se mantenían inalterables en el curso del proceso; es más, podían cambiar, modificarse, transformarse y hasta provocar el nacimiento de otros derechos (vgr.: las costas, los honorarios, la posesión del adquirente en subasta, etcétera).

---

[106] Carnelutti, Francesco op. cit., p. 184

[107] Cfr. Véscovi, Enrique, *Il concetto del diritto subbiettivo e la realità contemporánea*, en Rivista Internazionale di filosofia del dirito, 1961, págs. 401 y ss

[108] Mercader, Amilcar, *Naturaleza y límites de la jurisdicción judicial*, en Revista del Colegio de Abogados de La Plata, núm. 11, 1963, págs. 349 y ss

5. Las llamadas "*situaciones jurídicas*"

De alguna manera el existencialismo aparecido en el siglo XIX y que persiste actualmente, otorga notable preponderancia al estudio de las "situaciones".

Son procesalistas los que originan la tesis, particularmente Goldschmidt (James) y Kohler. Este último entiende por tal a una relación del sujeto de derecho hacia los bienes de la vida en general o en particular, que puede tener importancia para el nacimiento o para el desarrollo de derechos subjetivos; poniendo como ejemplos: la capacidad de obrar (cualidad jurídica), el poder de representación, la capacidad de disposición, etcétera.

Por su parte, Goldschmidt indica que no son relaciones jurídicas (consideración estática del derecho) las que originan las vinculaciones entre partes; esto es, -decía- que no son facultades ni deberes en el sentido de poderes sobre imperativos o mandatos, sino "situaciones jurídicas" (consideración dinámica del derecho), es decir, situaciones de expectativa, esperanzas de la conducta judicial que ha de producirse, y en último término, del fallo judicial futuro; en una palabra, expectativas, posibilidades y cargas ([109]).

Legaz sostiene que el "concepto de situación jurídica no es considerado en otras doctrinas como un integrante del concepto de persona, sino más bien como un concepto destinado a desplazar el de persona en sentido jurídico" ([110]). Por ejemplo, la negación del derecho subjetivo que hace Duguit, a cuyo fin parte del estudio inexorable de las realidades ([111]).

Esta idea le sirve a Duguit para sostener el subjetivismo del orden jurídico como sustituto del derecho subjetivo de la persona. De alguna manera, una idea semejante había sido expuesta por Comte, y la insiste Larenz en su concepción comunitaria del hombre que refleja las necesidades de su sociedad y obtiene por esa condición de "miembro" determinadas situaciones jurídicas ([112]).

La situación, entonces, refiere a un estado particular del individuo conviviendo; esa circunstancia, evidentemente, condiciona el obrar y el haz de derechos, deberes, facultades, atributos, sujeciones, etcétera que puedan derivarse.

La fusión armónica de las ideas desenvueltas pone de relieve cómo el derecho procesal debe fundarse en los desarrollos de la teoría general para dar efectividad a sus propios postulados.

---

[109] Goldschmidt, James, *Derecho procesal civil*, trad. Leonardo Prieto Castro, Labor, 1936.

[110] Legaz y Lacambra, Luis, op. cit., p. 751

[111] Dice así que:. por el simple hecho de que hay sociedades humanas y de que no puede dejar de haberlas, supuesto que existan hombres, hay una ley social. Afirmar que el hombre es un ser social, que vive en sociedad y que no puede vivir más que en sociedad, es afirmar al mismo tiempo la existencia de una ley social. Esto no es una afirmación a priori, una afirmación de orden metafísico, puesto que resulta de la observación de los hechos y de la constitución fisiológica y psicológica del hombre...Este derecho objetivo impone a los miembros del cuerpo social la obligación de cumplir ciertos actos y de abstenerse de otros. En su virtud, los individuos de un mismo grupo social se encuentran unos respecto de otros en una situación tal que tienen obligaciones recíprocas qué cumplir y que, en caso de ser violadas, provocan una reacción social difusa u organizada, según el grado de desarrollo alcanzado por el grupo en cuestión (Duguit, op. Cit., p. 345).

[112] Op. cit., p. 207

De las "situaciones jurídicas", no sólo se desprenden relaciones, sino deberes, facultades, obligaciones, cargas y demás condiciones para el cumplimiento de los derechos.

Bosquejada la vinculación, Castán Tobeñas clasifica las situaciones jurídicas subjetivas de la siguiente manera: Existen tres grandes grupos: *a)* el de los deberes jurídicos; *b)* el de las facultades jurídicas, y *c*) el de las posiciones de integración y conexión que se producen entre las personas como consecuencia del juego y combinación de aquellos dos primeros elementos ([113]).

En el grupo de los deberes, han de ser subdistinguidas dos modalidades: la de los deberes legales o generales (que son reflejo inmediato de las normas) y la de los deberes particulares o en sentido estricto (que constituyen el lado pasivo de la relación jurídica, como contrapartida de los derechos subjetivos). Subespecie importante de estos últimos es las constituidas por las "obligaciones" en sentido civil y ordinariamente patrimonial (que son el lado pasivo del derecho de crédito). En el círculo de las facultades jurídicas pueden ser subdistinguidos, a su vez, dos sectores: el de los derechos subjetivos, en sentido estricto, y el de las demás facultades que sólo implican situaciones protegidas de carácter secundario. El cuadro de éstas últimas es variadísimo.

Finalmente, en el grupo de las posiciones jurídicas de integración y conexión de las facultades y los deberes, pueden ser diferenciadas: *a)* las situaciones jurídicas personales, concepto un tanto vago y muy general, que abarca tanto las de carácter fundamental que constituyen los llamados estados de la persona, como aquellas otras cualidades o posiciones que se muestran como derivadas y más concretas, y *b)* las relaciones jurídicas, que responden a un concepto más elaborado y de mayor tradición, aunque hoy algo borroso y muy discutido ([114]).

6. El derecho de pedir ¿presupuesto o excepción?

Decimos que la filosofía aplicada al derecho subjetivo ha generado la suerte posterior del reclamo ante la jurisdicción, porque se desprende de las dos nociones de "poder personal" y "deber reflejo" la única captación que se efectúa respecto a una modalidad que, en materia procesal, reconoce múltiples manifestaciones.

Partamos de una noción precisa: la relación jurídica fue acuñada por Chiovenda para explicar las vinculaciones emergentes del proceso. El principal elemento diferenciador lo halló en la reunión de los tres intereses primordiales (*judicium est actus trium personarum, iudicis, actoris et rei*), y en las actitudes que cada uno significaba.

La relación procesal es una relación en movimiento, en acción -agrega Chiovenda-; mientras las partes y el juez se ocupan de la relación sustancial que es objeto del juicio, viven ellos mismos en una relación que desarrollan con su actitud. Lo primero que debe llamar la atención de las partes y del juez es si esta relación está válidamente constituida; antes de actuar la ley acogiendo o rechazando la demanda, el juez debe examinar si existen las condiciones para proceder a esta operación...([115]).

---

[113] Castán Tobeñas, José, op. cit., págs. 55-57.

[114] Castán Tobeñas, José, op. cit., pàgs. 55-57.

[115] Chiovenda, José, *Principios de derecho procesal civil*, trad. José Casais y Santaló, Madrid, Reus, 1977, t. I, p. 126

De este encuadre se deriva un criterio muy propio para captar la "calidad" de quien pide la actuación judicial, ante el "interés" que reclama conseguir de la intervención judicial.

Luego, si con Goldschmidt se advierte la diversidad interactuante de esas relaciones, y la certera advertencia de estar frente a "situaciones" que desarrollan en el proceso el papel de las obligaciones del derecho privado, queda en claro que si bien hay proximidad entre relaciones y situaciones, en los hechos, no son lo mismo.

Cuando el derecho subjetivo se concreta como una facultad reconocida y garantizada a una persona por el orden jurídico, en realidad se está fuera del contexto, por cuanto esa afirmación responde a la "garantía" que representa el derecho de acción.

No es momento de incurrir en explicaciones consabidas respecto al porqué el derecho de acción no es lo mismo que el derecho subjetivo; simplemente debe advertirse que quien acude al proceso no necesita contar con el respaldo de la razón o de derecho alguno; le basta para motivar al proceso la intención de hacerlo, y que el Estado le garantice el acceso, la efectiva posibilidad de actuar. Por eso suele decirse que la acción es un derecho subjetivo inspirado en el deber del Estado de otorgar tutela jurídica.

Quien recurre a la jurisdicción, a su vez, ostenta una idea fuerza que postula en la "pretensión", concepto diverso de la acción pero que carece de sentido fuera del proceso. Como la misma necesita demostrar su solidez, debe estar fundamentada. Por tanto, el contenido de la pretensión será el derecho material que hacemos valer en juicio. Finalmente, el medio donde portan la pretensión, el derecho material y el derecho subjetivo de acción, será la demanda: acto procesal específico donde confluyen todos estos elementos.

Esa igualación entre el derecho subjetivo y la capacidad procesal motiva serias desigualdades, y graves desequilibrios en los principios garantistas que inspira el moderno derecho procesal.

En efecto, la categorización de las situaciones jurídicas subjetivas destaca la poca afición del derecho procesal a proteger derechos que no tengan una pertenencia manifiesta. La prioridad escala en los derechos individuales de la persona, y solamente el derecho administrativo muestra alguna apertura hacia los derechos más debilitados en su representación.

Esto, en el terreno de los presupuestos procesales constituye una clara fricción al restringir el acceso a la justicia solo a quienes acrediten la personalidad y el interés jurídico relevante.

Desde esta visión acotada a intereses específicos, cierta parte doctrinaria dice que la "legitimación no tiene naturaleza procesal *stricto sensu*, sino que es identificable con la titularidad de los derechos subjetivos que se hacen valer en el proceso, sin perjuicio de que a la invocación y la realidad de esa titularidad pueda dársele un tratamiento prioritario al fondo, esto es, equiparando su consideración técnica al de un presupuesto procesal, aun sin serlo estrictamente ([116]).

Claro está que así interpretado el problema, sólo tendría derecho a la jurisdicción quien acreditase ser titular de un derecho, lo cual, *mutatis mutandi*, haría las veces de

---

[116] Cfr. García de Enterria, Eduardo y Fernández, Tomás Ramón, *Curso de derecho administrativo*, Madrid, Civitas, 1977, t. II, p. 516

regreso a una etapa absolutamente superada en la ciencia procesal, cual es la distribución de roles operantes entre la acción y el derecho.

La fusión que en los hechos resulta es manifiesta: se pide a quien ejercita el derecho autónomo de acción que sea el titular del derecho subjetivo, originando de suyo, la identificación que referimos. No interesa al punto, si el rechazo de la demanda por ausencia de interés concreto e inmediato lo sea *in limine* o al dictar sentencia, lo cierto es que la calidad del actor supera en importancia el derecho o la jurisdicción o al proceso justo.

7. La capacidad requerida para tener legitimación

Una vez definido el interés que moviliza la presentación ante la justicia, nos encontramos ante un nuevo avatar. No basta ser "dueño" del derecho ni alcanza con fundar adecuadamente el "interés" que se reclama. Para postular es preciso, además, tener capacidad para hacerlo de manera que por esa aptitud pueda ser tenido por "parte", concepto equivalente a obtener la llave de entrada al proceso.

La idoneidad para ser sujeto de derechos es diversa de la condición para disfrutarlo, porque bien puede una persona ser capaz de derecho, pero no de hecho, lo que significa ser titular de un atributo jurídico pero no poder reclamarlo si no intervienen sus representantes capaces.

Es el caso del menor de edad, el incapacitado, el fallido, entre otros, que si bien ostentan una condición jurídica que les resulta propia, no pueden perseguir sus efectos al estar impedidos por otra vía legal.

De este concepto básico se desprende que deben distinguirse dos grandes ámbitos en los cuales se desenvuelve la idea de capacidad: por un lado, lo que se denomina comúnmente capacidad de derecho, que significa idoneidad para adquirir derechos y contraer obligaciones, o bien capacidad de goce o capacidad para ser titular de derechos, según las preferencias de cada uno de los autores que han tratado este tema; por otro lado, se infiere el concepto de capacidad de ejercicio o capacidad de obrar, que significa la facultad de poder ejercitar el propio sujeto esos derechos y deberes de los cuales es titular ([117]).

De este modo podríamos hablar de una capacidad civil, dada por la posibilidad de ser titular de derechos y obligaciones, y de una capacidad procesal que se determina por la cualidad de exigir el cumplimiento de esas atribuciones que ostenta.

Con este punto de vista la legitimación haría a la primera de las configuraciones, en tanto que la condición de parte, a la restante. Pero en nuestro sistema no existe fusión entre la capacidad procesal y la material. Es más, resulta errado pensar en una legitimación civil pues lo propio es hablar de una capacidad de disfrute ([118]).

---

[117] Belluscio, Augusto C., Zannoni, Eduardo, *Código Civil*, t. I, Buenos Aires, Astrea, 1985, p. 285. Cfr. Gozaíni, Osvaldo A., *Derecho procesal civil*, t. I, vol. 1, cit., p. 393

[118] Indica Palacio que "la capacidad procesal debe ser claramente diferenciada de la legitimación procesal. Mientras la primera habilita para actuar en un número indeterminado de procesos, con prescindencia de las concretas relaciones o estados jurídicos que en ellos se controvierten, la segunda se refire a la idoneidad especialmente atribuida para pretender o para contradecir con respecto a la específica materia sobre que versa el proceso", *Derecho procesal civil*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1979, t. III, p. 32

También es cierto que no es conveniente, ni aconsejable, referir a legitimaciones civiles, porque de "legitimación" sólo habla el derecho procesal a modo de presupuesto específico del proceso.

Ahora bien, si la capacidad procesal no se identifica con la capacidad civil ¿qué referentes le encontramos en tanto las normas procesales son instrumentales de las que constituyen el derecho de fondo?

La explicación puede partir de un encuentro en el derecho sustantivo que no se da en el derecho procesal. La capacidad de obrar y la capacidad jurídica son, en el derecho de fondo, aspectos de una misma realidad. Por eso, transmitidos sus mensajes al derecho procesal, se referencia las condiciones para ser parte. Exigencias que operan en el campo de la legitimación *ad processum* y *ad causam*.

8. Legitimación *ad processum* y *ad causam*

De lo expuesto se colige una primera reflexión: El derecho de incitar la actuación jurisdiccional no tiene más relación causal con el derecho al proceso, en sí mismo, que ese primer acto de peticionar a las autoridades, sea en pos de tutela jurídica o para resolver un conflicto con otra persona.

Es decir, existe un desmembramiento absoluto entre el "acto de pedir" (y por tanto debe ponerse fuera del problema de la legitimación para obrar) y el "derecho de pedir", por que éste último refleja el verdadero quid de la capacidad de postulación.

Por tanto, la legitimación para obrar hace a una coincidencia entre la persona que requiere el servicio judicial y el que se encuentra dentro del proceso ejerciendo determinada pretensión. De esa forma, ocupa al actor y al demandado y puede alcanzar a ciertos terceros..

Algunos autores plantean la necesaria intimidad entre quien reclama la protección judicial y el derecho que hace a la relación jurídica que presenta; pero resulta más conveniente trazar distancia pues resulta posible que alguien, aun siendo titular de un derecho determinado pueda no tener la aptitud necesaria para obrar.

En tal caso, hemos dicho que "si pensamos en una capacidad civil desentendida de la aptitud procesal (legitimación o capacidad procesal) es probable que, quien tenga derecho no lo pueda reclamar por no cumplir las cualidades que el derecho ritual le pide que reúna…[…]. De ser así es natural que se halle una limitación al derecho subjetivo. Y es cierto: el acceso a la justicia, *per se*, constituye una limitación de los derechos subjetivos. Pero igualar la titularidad del derecho con la legitimación procesal sólo sería factible desde una perspectiva estática; es decir, como legitimación *ad processum*, que tiene cierta independencia del derecho o interés que se cuenta, de manera que se impone como un requisito de carácter procesal para que la litis a desenvolver pueda trabarse en forma debida ([119]).

Lo importante que se deduce a partir de esta situación, es que el individuo, como tal, tiene una serie de atribuciones jurídicas que le corresponden en exclusividad; a veces, los derechos que ostenta se difuminan o concurren con otros que se comparten con sus iguales en la vida de relación, y hay otros que sin ser derechos, generan la atención del interesado por cuanto, aún cuando la situación no le corresponde en forma

---

[119] Gozaíni, Osvaldo Alfredo, *Introducción al nuevo derecho procesal*, Ediar, Buenos Aires, 1988, p. 169.

personal y directa, lo atrapa en su expectativa de participar como miembro de una comunidad social. Este bosquejo de situaciones jurídicas subjetivas llevadas al proceso le otorgarán legitimación; de manera que la íntima relación que se traba entre la aptitud y la categoría subjetiva (derecho o interés) determina la posibilidad de lograr protección jurídica.

Estar legitimado en la causa supone tener una situación personal que le permita contar con una expectativa cierta a la sentencia, lo cual indica porqué la legitimación es, antes que nada, un presupuesto de la pretensión.

Asimismo, cuando la actuación se ejerce por representación, los actos suscitados son perfectamente válidos por cuanto la legitimación no ha cambiado el interés que la causa sustancia. Diferencia importante, en cambio, ocurre cuando se cede por acto entre vivos o por herencia un crédito o derecho real y sobre ello acontece un conflicto de derecho, toda vez que la legitimación no va junto al derecho. No puede confundirse legitimación con derecho sustancial. En su caso, cada uno cuenta con su propia aptitud para obrar.

En síntesis, es importante diferenciar la legitimación *ad processum* que refiere a la capacidad procesal de los peticionantes; de la legitimación *ad causam* que constituye un elemento sustancial de la relación jurídica. La primera se vincula con la posibilidad de lograr una sentencia de mérito sobre la pretensión y útil a los denominados "contradictores necesarios"; la segunda, por su parte, refiere a la especial naturaleza que emerge de la relación jurídica, determinando el grado o tipo de interés que cada postulante tiene en la órbita de los derechos sustanciales (interés para obrar).

9. Las condiciones personales para entrar al proceso

Otra reiterada confusión que reina entre los presupuestos procesales es la escalera que se instala para llegar a ser "parte". Ocurre que, aun teniendo en claro que hablamos del sujeto del proceso, o de los sujetos que controvierten; muchas veces la noción se vincula con el derecho mismo que se ventila, es decir, se confunde al sujeto del litigio con el sujeto de la acción.

Hemos visto cómo en secuencias sucesivas el individuo que requiere la actuación del derecho y la tutela jurisdiccional necesita cubrir aspectos que van desde la acreditación de la titularidad del derecho (relación que supone verificar el perjuicio a un derecho de pertenencia exclusiva), pasar por el control de aptitud (capacidad jurídica) y terminar con la legitimación *ad processum*.

Una vez instalado en el proceso, su presencia se constata bajo la condición de "parte", lo cual asimismo supone enfrentar intereses contrapuestos. Esta es la inspiración más generalizada, al punto que suele llamarse al proceso civil como un "juicio de partes", expresando justamente que la actividad jurisdiccional no comienza de oficio, sino a través del impulso particular que mecaniza la acción.

De esta deducción surge la idea equívoca de establecer identidades entre quien pide y quien actúa, porque la condición de parte corresponde a un aspecto puramente procesal, diverso de la capacidad y de la representación.

Bien apunta Palacio que "sólo es parte quien actúa en nombre propio, o en nombre de quien se actúa. Por consiguiente aquella calidad no puede atribuirse a quien,

como el representante, sea voluntario o necesario, interviene en el proceso en nombre y en defensa de un interés ajeno" ([120]).

De ello surge que, desde la perspectiva de la legitimación, puede formularse una distinción entre "partes" y "justas partes" o "partes legítimas", en la medida que dichos calificativos no alteran la esencia del concepto que se enuncia, pues sólo refieren a los sujetos que deben figurar en cada proceso concreto, y no a todos los que efectivamente revisten aquella calidad por el simple hecho de ser los sujetos de una determinada pretensión.

Ahora bien, como para ser "parte" es preciso tener "capacidad" suelen relacionarse ambos conceptos que, autores como Prieto Castro, mencionan bajo el rótulo común de "personalidad procesal" ([121]).

Por tanto, desde una visión estrictamente procesal, al concepto de parte interesa más captar quién realiza y actúa en el proceso, más que la pertenencia exclusiva del derecho en debate. Esta última ocupa la noción de "parte sustancial", diferente de la "parte procesal" que advertimos. Esta característica determina que sea parte quien asuma los derechos, cargas y obligaciones emergentes del procedimiento jurisdiccional, lo que significa "que en los supuestos de representación (tanto voluntaria como legal y necesaria), la verdadera parte es siempre el representado" ([122]).

10. Recapitulación y síntesis

Aun siendo la condición de parte un requisito preliminar que autoriza a desenvolverse en el proceso; es evidente la inconveniencia de sustanciar toda el trámite cuando alguno de los litigantes no reúne entidad suficiente para sostener o representar el derecho que persigue se declare. Por esta causa, la legitimación se ubica en un tramo anterior del proceso. Es un verdadero presupuesto para la validez de las actuaciones y para su regularidad intrínseca.

El problema aparece cuando se trata de ubicar el tiempo al que deben controlarse esos requisitos de admisión, toda vez que si resultan con la misma interposición de la demanda podría vulnerarse el derecho a la jurisdicción (esto es, el derecho al proceso, una vez reconocido el derecho de acción); y si lo son posteriores, cabe la posibilidad de someter a la justicia a un desgaste innecesario, que pudo impedirse.

También es posible indicar como finalidades de estos presupuestos de legitimación, dos direcciones. Una que se ocupa de validar la relación jurídica que se constituye; y otra, que persigue la eficacia de la sentencia aplicada a las partes legítimas.

---

[120] Palacio, Lino E., *Derecho procesal civil*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1979, t. III, p. 10.

[121] Sostiene el jurista español que esta noción se encuentra en la Ley de Enjuiciamiento Civil cuando emplea la voz personalidad para definir ambas situaciones y la que surge de la representación. "La naturaleza de la capacidad para ser parte, es un reflejo de una cualidad otorgada por el orden jurídico. Debe existir por lo menos y en todo caso en el momento del fallo. El examen de su existencia no corresponde al Tribunal según nuestro sistema dispositivo, sino que su falta podría ser denunciada por el demandado como excepción. En cambio, la capacidad procesal es un requisito para la actuación procesal y ha de existir en todo momento" (Prieto Castro, Leonardo, *Cuestiones de derecho procesal*, Madrid, Reus, 1947, p. 35).

[122] Montero Aroca, Juan, Ortells Ramos, Manuel y Gómez Colomer, Juan, *Derecho jurisdiccional*, t. II, 1a. parte, Barcelona, Bosch, 1991, p. 12.

En efecto, es preciso distinguir aquellos presupuestos necesarios para ejercitar la acción, de los otros que importan a la validez de la pretensión. De igual modo, hay un contingente objetivo que incide en la marcha del proceso; y otro subjetivo que vincula a los sujetos intervinientes.

Como se observa, todos son presupuestos que hacen al desenvolvimiento normal de un proceso, pero todos, también, constituyen requisitos para dictar una sentencia válida.

Se ha visto ya como la "acción" opera en un tiempo anterior al proceso. Es una garantía y un derecho subjetivo, conforme se interprete. En cuanto a la "pretensión", cabe señalar una particularidad distintiva. Una persona cualquiera pueda tener interés en ocurrir a la jurisdicción llevando su demanda y ejerciendo, de hecho, la acción sobre un derecho que no ostenta; de tal suerte, la acción no tiene limitaciones por ser un derecho de pertenencia indiscriminada; pero difícilmente el objeto pretendido alcance los resultados esperados, porque el carácter de parte solamente lo obtienen los legitimados activos (actores) y pasivos (demandados).

Por eso, se dice que el presupuesto para validar la pretensión opera sobre los sujetos para requerirles, en sus respectivas posiciones, la suficiente legitimación para obrar. No obstante, pueden darse supuestos de transmisión o cambio en la calidad de parte procesal, sin que ello altere la eficacia misma de la pretensión. Son los casos de sustituciones, o pluralidad de partes, o de terceros que acceden al proceso con ciertos paralelismos en los intereses.

En suma, es cierta la afirmación de Almagro cuando predica que:. la necesidad de un régimen de legitimaciones viene impuesta por la colocación que en cada ordenamiento jurídico se reconozca u otorgue a determinados sujetos, como portadores y gestores de intereses jurídicos, y por el grado de respeto que establezca en cuanto a la libertad de cada sujeto (disponibilidades jurídicas) ([123]).

También lo es que una apertura indiscriminada provocaría un gran desacierto (tal como acontece con los riesgos de la acción popular, aun cuando propiciemos su mecanismo) y confusión en la medida que deben ponderarse los derechos y sus respectivos sujetos.

La fórmula del derecho subjetivo como máximo interés individualizado, continúa ofreciendo seguridades en relación con el vínculo necesario que guardan la sentencia pretendida y el titular que la reclama. En este aspecto, la legitimación como presupuesto para validar la pretensión es un tema ineludible.

Sin embargo, hay otros intereses tan importantes y trascendentes para los demás, que obligan a ofrecerles un marco de tutela diferenciada. Pensemos, por ejemplo, acerca de los efectos que podría ocasionar una ley contrapuesta a derechos fundamentales. En estos casos, el interés comunitario es manifiesto y el límite tradicional que reclama la pertenencia del derecho y el daño concreto sufrido, pone un valladar francamente intolerable.

Otras veces, la tónica de la materia pone de relieve la importancia de aceptar como legitimados a quienes representan un grupo de intereses particulares, cuya misión -directa o indirectamente- puede beneficiar al conjunto. Típico resulta el supuesto de las

---

[123] Almagro Nosete, José, *Constitución y proceso*, Barcelona, Bosch, 1984, p. 189.

acciones en defensa de los consumidores, o del medio ambiente, etcétera, cuando se ejercen por asociaciones que invocan dicho interés particular.

En definitiva, es obligación jurisdiccional y premisa de cualquier ordenamiento jurídico, tutelar estos derechos. Requerir la demostración del daño sufrido no es una cuestión que tenga que ocupar al problema de la legitimación en el proceso, porque esta involucrada una cuestión de derecho, extraña al sistema de verificaciones o confirmaciones que el procedimiento necesita para dictar una sentencia favorable.

En todo caso, la atención debe focalizarse en la persona que presenta el reclamo, para deducir del objeto propuesto las identidades que hacen a la legitimación para obrar. Para ello, será menester esbozar un cuadro de intereses diferentes al que actualmente rige, esto es, la solitaria captación del derecho subjetivo.

Este es el norte a alcanzar y el compromiso que tiene pendiente la ciencia procesal.

Capítulo VII

INTERESES E INTERESADOS EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

1. Objeto del trabajo

Vamos a analizar en el presente trabajo la evolución habida en la teoría de la legitimación para obrar que ha dividido la protección de los intereses en dos grandes grupos: los que se definen en la vía judicial que se capturan como derechos subjetivos, y los que tramitan en sede administrativa que se resuelven como intereses legítimos.

La progresividad de los conceptos pretende demostrar como se fueron aproximando las nociones hasta llegar a abrir las puertas del quehacer administrativo a toda persona que acredite un simple interés, sin necesidad de clasificar el grado de curiosidad que tenga, ni el derecho que le asiste.

Por razones metodológicas las referencias se harán siempre con relación a ambas dimensiones del problema. Las cuestiones de legitimación del proceso, y las que se relacionan con la participación ciudadana en el control de legalidad.

2. Introducción

En el derecho procesal el problema del acceso a la justicia ha dominado buena parte de los estudios de fines del siglo XX. Por lo general se recurre a desformalizar la teoría de la legitimación, y sobre todo, a darle un sentido más funcional al interés para obrar.

En el derecho administrativo, en cambio, la cuestión se analiza desde una perspectiva diferente. No se trata de ver el espacio que tiene la parte en el procedimiento, sino de estudiar cuáles son los intereses a tutelar y quienes, además del afectado, pueden encontrarse vinculados o asociados, directa o indirectamente, a dicho interés.

De suyo, las clasificaciones establecidas por la doctrina para calificar las situaciones jurídicas difieren el enfoque. Mientras el derecho adjetivo desenvuelve la idea de legitimación para actuar, estableciendo el derecho de pedir con base en la relación de los conceptos de acción y contradicción (solo puede pretender quien es dueño del derecho); en el derecho administrativo se diferencia según el reclamo esté o no a cargo de la vía jurisdiccional. Si lo está, la noción del contencioso administrativo toma los fundamentos clásicos del derecho procesal; si se cuestiona en instancia administrativa, se parte de la noción del interés y sus derivados, conforme el grado de vinculación que exista entre los hechos y las personas.

Cada una de estas posiciones enlaza el derecho subjetivo con la individualización estricta del sujeto que lo invoca. La exigencia para acreditar la "legitimación en la causa" es propia del conflicto llevado a la justicia; también se

reproduce en la vía no judicial cuando el interés quiere asociarse al derecho subjetivo, provocando así que en ambos exista un sistema de identificaciones que, en lugar de atender la importancia de la controversia, se detiene en la acreditación de la personalidad.

Es cierto que en el derecho administrativo se observan ampliaciones que difuminan las condiciones necesarias para "estar" y “ser parte”, porque al decir de Gordillo […] van apareciendo casos de tutela judicial del interés legítimo … que pueden subsumirse en un derecho subjetivo a la legalidad, o en un derecho de incidencia colectiva a la legalidad; como resultan ejemplos: el interés moral […], aunque puede resultar algo forzado convertir el carácter de derecho de incidencia colectiva a todo interés legítimo ([124][125])

Para ello, se da por supuesto que al ser el Estado una de las partes necesarias en la litis ella no puede versar únicamente sobre la composición justa de las diferencias. Al mismo tiempo, los jueces actúan el control de legalidad sobre los actos administrativos discutidos y atienden el ejercicio razonable de los actos de gobierno. De este encuadre aparecen otros intereses, diversos de los individuales, que se ocupan de la utilidad que le reportan a su titular y que trascienden a la sociedad toda.

El orden público, el bienestar general, expresan esos otros intereses que no se personifican en la defensa de la parte que litiga por un derecho propio. Ese nivel de atención, masivo y genérico, merece un espacio particular en defensa de la legalidad. El caso del "interés público" muestra como se corta el nexo entre el sujeto y el objeto, y de que manera logran capturarse en los presupuestos de admisibilidad del proceso.

3. El interés público

Sostener que el interés público es aquél cuya titularidad le corresponde a la Administración es una verdadera tautología e incurre en un defecto de circularidad. Por otra parte, los nuevos derechos y garantías de la mayoría de las Constituciones, tanto como la progresividad en la interpretación de los derechos humanos, permite erradicar ese concepto huidizo.

El interés público, en consecuencia, no necesita de representaciones precisas. Basta con invocarlo por toda persona que tutele una situación jurídicamente relevante o de interés suficiente para dar atención jurisdiccional, aunque ello no le basta para lograr legitimación (requiere que ese mismo interés público, sea legítimo).

El interés general de la administración pública se explica por la condición misma de instrumento estatal de acción para la realización efectiva del ordenamiento, pero en modo alguno significa reducir la dimensión de legitimados para la defensa del interés ([126]). Desde otro punto de vista podría afirmarse que dicho interés se refiere a bienes de relevancia general, que no son susceptibles de apropiación o goce exclusivos.

---

[124] Gordillo, Agustín A., *Tratado de Derecho Administrativo,* Tomo 2 “La Defensa del Usuario y Administrado”, Fundación de Derecho Administrativo, 8ª ed. (2006), Buenos Aires, ps. IV 1 y 2.

[125]. Parejo Alfonso, Luciano, ed alter, *Manual de Derecho Administrativo,* Ariel, Barcelona, 1992, p. 303.

[126]. Bujosa Vadell, Lorenzo, *La protección jurisdiccional de los intereses de grupo,* Bosch, Barcelona, 1995, p.49.

Lo público es un concepto intrínsecamente omnicomprensivo, de forma tal que encapsular un interés singularizado tiene la misma dificultad. Qué decir cuando perseguimos ubicarle un titular específico. Por supuesto no se trata de enfrentar este tipo de intereses con los privados pues aquellos se nutren de las actividades que las personas realizan. Es la propia arquitectura de un orden normativo y social.

Se trata, tan sólo, de abastecer un sistema de acceso a la justicia que no coloque a la legitimación como un sistema de preferencias para el debate.

Precisamente, frente al argumento de que la legitimación evita procesos inútiles que abruman y sobrecargan la tarea jurisdiccional se ha dicho que […] "nadie pleitea por el simple ocio de gastar su tiempo y dinero en abogados y procuradores. Quien recurre, con todos los inconvenientes que ello acarrea, es porque tiene un auténtico interés general. No es exacto que la barrera de la legitimación ahorre trabajo a los tribunales; antes al contrario, con la mitad de la agudeza que gastan los jueces en buscar argumentos para declarar la admisibilidad o inadmisibilidad de un recurso, podrían muy bien, en gran parte de los casos, resolver el fondo del asunto..." ([127]).

Sin embargo, la legitimación es una valla de contenido político en lo contencioso administrativo, pues limita las personas que pueden discutir con el Estado.

De todos modos es indudable que en la evolución del derecho administrativo se ha montado un sistema efectivo de control judicial de los actos de la administración pública que ampara derechos subjetivos y una categoría nueva, producto de su misma evolución, que se denomina interés legítimo.

Para Cassagne, la principal conquista ha sido ampliar el ámbito de la legitimación de estos intereses, que sin llegar a reunir las condiciones necesarias para ser ejercidos o invocados como derechos subjetivos, consiguen reunirse en una categoría con poder jurídico suficiente para el restablecimiento de la legalidad violada y de sus intereses personales y directos, sin sacrificar la base esencial del sistema, que sigue radicando en los derechos subjetivos ([128]).

Ahora bien, estas aperturas que se van formando y evolucionando en el terreno de lo contencioso, también aumentan las posibilidades de intervención en los procedimientos administrativos, donde anida un cuadro de interesados que no necesitan legitimarse con el derecho invocado, porque les resulta suficiente acentuar apenas algo más que la simple curiosidad, para poder estar en la causa y actuar a título como un control sobre el procedimiento.

Nos referimos al ciudadano que reclama el acceso a la información pública; al vecino que quiere ser parte en las decisiones que lo comprometen; al residente que quiere preservar un bien de protección colectiva; a las asociaciones que nuclean intereses específicos; entre tantos más que veremos de inmediato.

Ya no se trata, entonces, de ver si el interés es la medida de la participación en el juicio o en el procedimiento; sino de cuantos interesados es posible admitir en una causa conforme el criterio y amplitud que se adopte.

4. Las categorías jurídicas en el derecho administrativo

---

[127]. Dromi, José Roberto, *Derecho subjetivo y responsabilidad pública*, Grouz, Madrid, 1986, p. 75.

[128]. Cassagne, Juan Carlos, *La legitimación activa de los particulares en el proceso contencioso administrativo*, Revista El Derecho, 120-980.

Gordillo plantea una interesante diferencia entre el derecho subjetivo y las categorías creadas por el derecho administrativo para receptar otros intereses. Sostiene que […] "el orden jurídico establece un régimen jurídico diferenciado para los derechos subjetivos, los derechos reflejos y el interés simple, respectivamente....El derecho subjetivo se defiende o reclama con una acción o recurso de plena jurisdicción: en tales casos el individuo puede obtener una indemnización; el derecho reflejo ("interés legítimo") se defiende con un recurso de anulación: aquí el individuo sólo puede lograr que anulen el acto ilegítimo. Al recurso de plena jurisdicción sólo lo ejerce el lesionado; al recurso de anulación lo pueden interponer un número determinado de personas; a la acción popular la puede incoar cualquiera" ([129]).

Introduce así al interés legítimo en el marco de derechos disponibles de la persona con posibilidades reales de intentar su defensa judicial. La característica es que no son exclusivos y excluyentes, como el derecho subjetivo; sino, antes bien, compartidos y concurrentes.

Al trazar el camino se observan con claridad dos senderos paralelos en la idea: la existencia del derecho subjetivo y del interés legítimo para ser construcciones lógicas necesitan indispensablemente de una vía judicial que los ampare. La entrada a esas herramientas garantistas se encuentra facilitada por la noción de acceso a la justicia sin restricciones (acción, como derecho cívico de peticionar a las autoridades), pero se traba en la implementación de la legitimación para obrar.

En efecto, cuando una persona cualquiera reclama frente al Estado, sin acreditar un derecho exclusivo, pueden encontrarse varias pretensiones atendibles: una, focalizada en la dimensión del interés actuado; otra, en la posibilidad que obtienen los jueces para activar el control de constitucionalidad y, específicamente, de legalidad y razonabilidad sobre los actos administrativos.

La protección expansiva que ofrece la justicia a quienes tengan un interés legítimo que presentar tiene remedios específicos en algunas constituciones y leyes provinciales (v.gr.: las que admiten el recurso de ilegitimidad o de anulación como la Provincia de Buenos Aires y la Ciudad Autónoma), mientras que los sistemas que no cuentan con ellos, o con una justicia contencioso administrativa (el sistema federal utiliza, a pesar de la influencia de una gran cantidad de jurisprudencia y reglamentación propia, el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación), la revisión judicial de todo acto administrativo se mantiene como principio general.

El problema acontece porque, mientras los primeros aceptan al interés legítimo como carácter atendible; los otros apoyan la exigencia de legitimación en la titularidad del derecho subjetivo.

La concurrencia de individuos se expande aún más en los intereses simples, que atrapan a una generalidad tal de personas que resulta en extremo difícil precisar individualidades. Son los casos de conceptos como habitante, personas, ciudadanos, vecinos, etc. que suelen presentar algunos sistemas jurídicos para denominar los beneficiarios de una normativa creada ([130]).

---

[129]. Gordillo, Agustín A., *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo 2, Macchi, Buenos Aires, 1975, p. XV-4.

[130]. Cfr. Gozaíni, Osvaldo A., *La legitimación en el proceso civil*, Ediar, Buenos Aires, 1996, ps. 223/224.

Ahora bien, cada uno de estos intereses responde a la idea de situaciones jurídicas subjetivas que, como tales, no condicionan la admisibilidad de la demanda y menos aun de la puesta en marcha del aparato judicial. En todo caso, se vinculan con la pretensión, y con la posibilidad de emitir el juez una sentencia entre aquellos que reúnan los presupuestos sustanciales y procesales (*legitimatio ad causam* y *legitimatio ad processum*).

Por eso, sostiene González Pérez que […] "en la doctrina procesal moderna, la legitimación tiene un significado concreto. Así como la capacidad -llamada legitimación *ad processum*- implica la aptitud genérica de ser parte en cualquier proceso, la legitimación, llamada también *legitimación ad causam*, implica la aptitud de ser parte en un proceso concreto. Tal aptitud viene determinada por la posición en que se encuentre respecto de la pretensión procesal. Sólo las personas que se encuentran en determinada relación con la pretensión, pueden ser parte en el proceso en que la misma se deduce. Por tanto, esta idoneidad específica se deriva de la relación jurídica debatida en el proceso; vuelve aquel problema procesal más íntimamente ligado con el derecho material, habiéndose llegado a considerar una cuestión de fondo y no meramente procesal" ([131]).

Para comprender mejor donde orbitan estas cuestiones es necesario realizar un bosquejo de las situaciones jurídicas atendibles:

4.1 Intereses colectivos

Este tipo de intereses corresponde a un conjunto definido de personas que se congregan en derredor de una unidad jurídica que los vincula. El que el interés pertenezca a muchos no quiere decir que se expanda a todos sin lograr identificar ni particularizar un sólo interesado; tan sólo significa que el interés radica en varios, de modo tal que el problema a descifrar no es la existencia del mismo sino evidenciar la titularidad de quienes lo alegan para ver si tienen posibilidad jurídica de actuación procesal.

La tipología que presentan se ejemplifica a través de los sindicatos, los colegios o asociaciones profesionales, la familia, las sociedades, etc. ([132]). La afectación que denuncian corresponde a una categoría, clase o grupos. Su particularidad, en orden a su protección y defensa, es que ofrecen matices distintos de cuando se examinan individualmente.

Ahora bien, dentro de cada grupo es posible encontrar intereses particulares o comunes que deben distinguirse de los que los asocian. El interés común se repite y es coincidente con el del conjunto, mientras que el colectivo es de todos y de los demás

---

[131]. González Pérez, Jesús, *La legitimación activa en el proceso administrativo,* Revista de Derecho Procesal (España), 1956-2, 552.

[132] Esta categoría procesal se puede nomenclar –dice González Cano- entre las “legitimaciones colectivas” como una especie diferenciada de la legitimación ordinaria, en cuanto no tiene que partir siempre de la titularidad del portador respecto del objeto del proceso, con posible separación entre posición jurídica lesionada y legitimación. Además, agrega la profesora de Sevilla, la legitimación colectiva abarca casos de suma de intereses individuales, perfectamente ejercitables separadamente por cada individuo, y casos de intereses o de grupo en sentido estricto, que normalmente sólo permiten la defensa en juicio por un ente exponencial y no el ejercicio individual (cfr. González Cano, María Isabel, *La tutela colectiva de usuarios y consumidores en el proceso civil,* Tirant Lo Blanch, Valencia, 2002, p. 33).

componentes del área donde se desenvuelven. El primero supone que cada miembro del grupo tiene un interés igual o muy similar al del resto, pero no impide que cada uno de ellos pueda intentar aisladamente satisfacciones personales; el *colectivo*, en cambio, restringe las posibilidades de la pretensión: sólo se puede reclamar el interés en la medida que se aproveche a todos por la necesaria interdependencia que el grupo auspicia ([133]).

De este modo, el interés público no se diferenciaría del interés difuso por su objeto, sino por los sujetos a los que se imputan situaciones jurídicas que les conciernen. En este sector pueden agruparse los llamados *intereses de serie*, los que no identifican portador alguno, ni siquiera método reconocido de abstracción y globalidad, sino que emergen de medias estadísticas, y se canalizan por los grupos que los representan respondiendo al impacto que ellos provocan.

Una modalidad se encuentra, aunque con matices que los singularizan, en los *intereses de categoría (*también llamados, *profesionales*), que se determinan fácilmente por la actividad común que desempeñan quienes invisten la representación (por ejemplo, médicos, abogados, escribanos, ingenieros, arquitectos, etc.).

4.2 Intereses legítimos

El interés legítimo reposa más en las circunstancias denunciadas que en la situación jurídica subjetiva que tenga el peticionante. Estos intereses no son derechos subjetivos ni cualidad de ellos, pero intrínsecamente no muestran diferencias en la posibilidad de abrir la protección judicial.

El derecho administrativo fue quien comenzó el estudio programático de esta modalidad. La evolución más reciente se localiza en dos cuestiones: una examina la relación entre la posición y el ejercicio del poder administrativo y el interés material del individuo, entendido éste último no solo como límite al poder sino como elemento que contribuye a la determinación en concreto del interés público; otro, amplía la visión de ese interés, no ya como instrumento procesal sino como garantía puesta a disposición de los titulares para la protección de los intereses.

En nuestro país, que sólo atiende los reclamos de derechos subjetivos reconocidos a través del doble juego exigido de la *legitimación ad causam* y *ad processum*, se advierte cierta evolución que admite la calidad del *interés legítimo* como cuestión justiciable de atención merecida ([134]).

---

[133] Algunos autores como Bujosa Vadell, sostienen que esta diferencia corresponde al hecho que, por un lado, existen intereses agrupados que son naturalmente individuales y por tanto divisibles, susceptibles de apropiación y goce diferenciado, pero que se unen por razones de conveniencia en la defensa; frente a otros que se integran como intereses de grupo (difusos o colectivos) que vinculan a bienes de imposible apropiación individual. Son intereses de cada uno, es cierto, pero ninguno es particularmente dueño o titular exclusivo (Bujosa Badell, Lorenzo, *La protección jurisdiccional de los intereses de grupos*, Bosch, Barcelona, 1995, ps. 95 y ss.)

[134] Una de las manifestaciones fue el caso "*Ekmekdjian c/ Sofovich*" (publicado en. Rev La Ley, 1992-C, ps. 543 y ss; Rev. El Derecho, 148-354) que ratifica a los intereses legítimos por sobre las pertenencias exclusivas, aunque se difumina el temperamento en causas posteriores ("*Polino, Héctor y otro c/ Poder Ejecutivo"*, CS, sentencia del 7 de abril de 1994, Rev. La Ley, 1994-C, ps. 291 y ss. con nota de María Angélica Gelli, *Reforma constitucional, control judicial y proceso democrático*), donde se dijo que "la condición de ciudadano no es apta en el orden federal para autorizar la intervención de los jueces a fin de ejercer su jurisdicción, por cuanto dicho carácter es de una generalidad tal que no permite tener por configurado el interés concreto, inmediato y sustancial que lleve considerar presente

En la jurisprudencia se ha mostrado una faceta distinta del interés legítimo, que de alguna manera continúa o se alinea en el derecho norteamericano, que distingue entre "intereses materiales", "intereses ideológicos" e "intereses sobre la vigencia de las leyes". Se destacan así, conjuntos de intereses importantes, como los que buscan la afirmación de principios morales o religiosos, que aun siendo *prima facie* impertinentes para habilitar la instancia judicial (*standing*) si son triviales o insustanciales, no suponen una exclusión absoluta cuando tienen suficiente fuerza y compromiso en la persona que los invoca.

4.3 Intereses simples

Tradicionalmente esta categoría de intereses ha sido despojada de protección judicial efectiva al afirmarse que no tienen un derecho personal y directo que defender, dado que manifiestan un *simple* perjuicio que, por vía de principio, no está legalmente protegido.

La transmisión procesal, o en otros términos, el medio como se dan a conocer, es la denuncia o la queja, y la receptividad que tienen depende, en gran medida, de las facultades jurisdiccionales que se quieran disponer.

Estos intereses relegados por no encontrar un *tutor adecuado*, o el *locus standi* o *standing* del derecho anglosajón, no consiguen identificar a la parte procesal.

Desde la perspectiva del derecho privado se suscita un cambio importante, que se proyecta desde la reforma introducida en la ley de defensa del consumidor, especialmente, en el art. 1º de la Ley 24.240.

5. Legitimación y procedimiento administrativo

En el procedimiento administrativo, es decir, en la etapa de formación de la voluntad estatal que para mejor comprensión hemos de indicarla como no contenciosa, existe una diferencia sutil con el litigio judicial y los problemas de legitimación.

Domina el principio de libertad para plantear cuestiones administrativas sin ponderar el carácter con que se peticiona. De esta forma, la legitimación se atiende por el órgano resolutivo y no por quienes actúan en las etapas que preceden a la emisión del acto ([135]).

Inclusive, aun cuando la queja no fuese deducida por quien tenga derecho a hacerlo, - o por quien aun teniéndolo haya dejado vencer todos los plazos de reclamo- la presentación recibe tratamiento como denuncia de ilegitimidad, caso en el cual se observa claramente la recepción del interés como situación jurídica atendible en todas

---

el requisito de la "causa" o "controversia" que habilita la función mencionada.

[135]. "En consecuencia, no es necesario que haya una decisión previa sobre la legitimación del interesado, y luego la tramitación del recurso para llegar por último a la decisión de fondo en caso de haberse admitido anteriormente la legitimación, sino que la mera presentación del recurso asegura normalmente su tramitación por todas las autoridades que deben intervenir, y el pronunciamiento final del órgano competente: este decidir de una sola vez si existe legitimación, caso en el cual pasar a pronunciarse también sobre el fondo, o si no existe, caso en el cual puede no pronunciarse sobre el contenido del recurso. Y decimos puede no pronunciarse, pues también puede sí hacerlo, no ya como resolución del recurso, sino como control de oficio de la legitimidad de sus actos o de los de sus inferiores" (Gordillo, ob. cit., p. XVI-4).

las instancias. No obstante, las cuestiones de legitimación en esta etapa son de suma importancia pues determinan la suerte de la vía judicial de revisión ([136]).

El procedimiento administrativo tiene la particularidad que, las pocas normas dictadas para regular la relación Estado-ciudadano, no esclarecen el alcance que dispone la persona en la participación de las decisiones que lo involucran. La mayoría de actos y resoluciones son de carácter organizativo de la propia Administración. Por ello el carácter general que tiene el control permite expandir los intereses a tutelar, de manera que el simple ciudadano cuenta con posibilidades concretas de denunciar, quejarse, solicitar vistas de actuaciones, es decir, de participar. Adquiere calidad de parte en el expediente iniciado, pero con una vinculación diferente a la que reconoce el proceso judicial.

En cambio, si no se conforma con estas tolerancias de la Administración, el cuadro de acciones o recursos posibles se limita al interés jurídicamente admisible que persiga proteger ([137]). Puede, de algún modo, ser la diferencia entre "interés legítimo" como símil de legitimación, y "legitimidad" del reclamo advirtiendo el carácter de la infracción.

Vale decir que existe una apertura del procedimiento que le facilita al administrado tomar parte en las decisiones. En este plano, podrán ser portadores de un interés que los instale como "titulares" de los derechos o intereses, sean estos individuales o colectivos; también pueden actuar como "afectados" o "amenazados" por lo que del acto administrativo pueda resultar; e inclusive, llevar la queja por medio de una asociación con representación adecuada ([138]).

---

[136]. Hemos sostenido, antes de ahora, que las relaciones jurídicas que se entablan en el derecho procesal administrativo parten de considerar las situaciones jurídicas de quienes ostentan un derecho subjetivo, un interés legítimo, o un interés simple; frente a quien titulariza una posición procesal más cómoda, sustentada en un principio hegemónico, que le permite vulnerar el tradicional equilibrio o igualdad que tiene el proceso judicial. Aunque las partes sean dos, en el procedimiento administrativo esta noción se desnaturaliza al fundirse la condición de juez y parte en sólo uno de los contradictores. Por eso la característica más importante se encuentra en la posibilidad de actuación activa o pasiva del administrado. Su situación jurídica le deparará la protección correspondiente. Tratándose de un derecho subjetivo, la posibilidad de exigir al Estado es superior y concentra en su medio una serie de derechos y deberes procesales que se deben acatar. El interés legítimo, en cambio, es residual. Actúa en el <<después>>, y se tiene derecho a obtener su reconocimiento por vía de recursos administrativos. En general, su presencia en la formación de la voluntad administrativa es relegada. Finalmente, el interés simple sólo tiene protección administrativa activando <<denuncias>> que no pueden llevar pretensiones pues carece el interesado del recaudo de identificación con el derecho. (Cfr. Gozaíni, Osvaldo A., *Introducción al nuevo derecho procesal*, Ediar, Buenos Aires, 1988, p. 76).

[137]. Pero puede ocurrir -dice Hutchinson- que haya algunos habitantes que tengan algún interés particular en la observancia de aquellas normas, que se complementa con el interés genérico de todos. Son aquellos a quienes el acto de la Administración se refiere: los participantes en un concurso o licitación respecto al procedimiento de la decisión, el vecino de un barrio en el que se instala una industria peligrosa o insalubre, etcétera. Estas personas unen al interés genérico que todos tienen en el desempeño de la función administrativa, un interés particular: el que tienen como concurrentes respecto del puesto que hay que cubrir, etcétera. Es éste un interés distinto del genérico, si bien conexo; sin embargo, no tienen una tutela directa que constituya un derecho subjetivo" (Hutchinson, Tomás, *Procedimiento administrativo de la provincia de Buenos Aires*, Astrea, Buenos Aires, 1995, p. 79).

[138]. La Ley 30/1992 (España) en el TÍTULO III DE LOS INTERESADOS., dice […]

Artículo 30. **Capacidad** de obrar. Tendrán capacidad de obrar ante las Administraciones Públicas, además de las personas que la ostenten con arreglo a las normas civiles, los menores de edad para el ejercicio y defensa de aquellos de sus derechos e intereses cuya actuación esté permitida por el

Se vislumbra, en consecuencia, como en el procedimiento administrativo se permite la actuación de personas interesadas en la formación de la voluntad administrativa; pero, al mismo tiempo, se ve como se recortan facultades para intervenir en el desarrollo, abortando *in limine* la concreción del gravamen o agravios que facilitan la habilitación de la instancia jurisdiccional.

No obstante es bueno convenir que la calidad de legitimados en este tipo de intervenciones no es tan exigente como resulta en el proceso común, en la medida que no puede convertirse en autocontradicción tolerar la participación del particular en el trámite administrativo para después negarles derecho a ser partes en el juicio ordinario; o bien, porque al coexistir derechos subjetivos e intereses legítimos no resulta sencillo establecer la vinculación específica que cada uno tiene para adquirir el carácter de parte.

En otras palabras, la situación subjetiva define los pasos posteriores. Si quien actúa lo hace en defensa de un derecho o interés directo, la suya es una calidad que lo acredita para sostener recursos e impugnaciones; mientras que si el interés estuviera motivado en las repercusiones del acto o cuestión sobre la sociedad o el grupo, la prerrogativa de revisión aparece, *prima facie*, de difícil consagración.

La informalidad procedimental no sobrevive ante el control de admisibilidad procesal.

---

ordenamiento jurídico-administrativo sin la asistencia de la persona que ejerza la patria potestad, tutela o curatela. Se exceptúa el supuesto de los menores incapacitados, cuando la extensión de la incapacitación afecte al ejercicio y defensa de los derechos o intereses de que se trate.

Artículo 31. **Concepto de interesado**.

1. Se consideran interesados en el procedimiento administrativo:

A) Quienes lo promuevan como titulares de derechos o intereses legítimos individuales o colectivos.

B) Los que, sin haber iniciado el procedimiento, tengan derechos que puedan resultar afectados por la decisión que en el mismo se adopte.

C) Aquéllos cuyos intereses legítimos, individuales o colectivos, puedan resultar afectados por la resolución y se personen en el procedimiento en tanto no haya recaído resolución definitiva.

2. Las asociaciones y organizaciones representativas de intereses económicos y sociales, serán titulares de intereses legítimos colectivos en los términos que la Ley reconozca.

3. Cuando la condición de interesado derivase de alguna relación jurídica transmisible, el derecho habiente sucederá en tal condición cualquiera que sea el estado del procedimiento.

Artículo 32. **Representación**.

1. Los interesados con capacidad de obrar podrán actuar por medio de representante, entendiéndose con éste las actuaciones administrativas, salvo manifestación expresa en contra del interesado.

2. Cualquier persona con capacidad de obrar podrá actuar en representación de otra ante las Administraciones Públicas.

3. Para formular solicitudes, entablar recursos, desistir de acciones y renunciar a derechos en nombre de otra persona, deberá acreditarse la representación por cualquier medio válido en derecho que deje constancia fidedigna, o mediante declaración en comparecencia personal del interesado. Para los actos y gestiones de mero trámite se presumirá aquella representación

4. La falta o insuficiente acreditación de la representación no impedirá que se tenga por realizado el acto de que se trate, siempre que se aporte aquélla o se subsane el defecto dentro del plazo de diez días que deberá conceder al efecto el órgano administrativo, o de un plazo superior cuando las circunstancias del caso así lo requieran.

6. La legitimación en el contencioso administrativo

No se pueden ofrecer aquí explicaciones generales pues existen mecanismos diferenciados en la dinámica como se desenvuelve la justicia administrativa. El desarrollo de un proceso contencioso nos sirve únicamente para demostrar la ambigüedad que sufre la legitimación para obrar en cada uno de los sistemas; también, es útil para señalar una situación poco común en los procesos ordinarios. Esta singularidad resulta del hecho de que el Estado es un adversario permanente pues son ocasionales e hipotéticos los conflictos interadministrativos que, por otra parte, pueden resolverse en la misma sede donde se producen ([139]).

La condición de parte asume otra modalidad notable, en razón de que no siempre quienes están en el proceso en defensa de un interés determinado tienen legitimación para obrar, pues dependen de la escala de acreditaciones que hemos visto a través de este estudio ([140]).

Por ejemplo, en un proceso pueden existir conflictos entre distintos intereses y el Estado, pero no todos los sujetos tener la misma disponibilidad del derecho o interés (v.gr.: el cierre de una calle afecta a los vecinos del barrio en particular y a los que transitan por esa zona).

---

[139]. Cassagne, ob. cit., p. 981.

[140]. En una obra anterior sostuvimos nuestra oposición a sostener la calidad o condición de parte en el procedimiento administrativo. En efecto, la situación jurídica del o los individuos que toman parte en una actuación no contenciosa, es técnicamente la de interesados que ostentan un derecho subjetivo, un interés legítimo o un simple interés que procura ser satisfecho por un acto de la Administración. Si advertimos que la noción de parte en sentido procesal no contrae necesariamente la presencia de una de las atribuciones jurídicas reconocidas en el procedimiento administrativo, observaremos que el punto de partida es diverso. Más allá de la precisa y esencial distinción entre función jurisdiccional y función administrativa, se encuentra que la pretensión podría usarse en este segundo ámbito, por cuanto la idea de satisfacción persiste. Sin embargo es sólo apariencia, veamos porque: En primer lugar el procedimiento administrativo no es un proceso jurisdiccional, sino, tan sólo, un sistema de actos y decursos que tiene como fin asegurar el orden y la eficacia del Estado. La juridización de aquél obedece a la presencia de numerosos órganos con facultades decisorias, característica que confunde la función jurisdiccional con la técnica de la Administración. El verdadero distingo se encuentra en la ausencia de contradicción o litigio propio del proceso judicial, por eso en el procedimiento administrativo sólo se desenvuelven peticiones y no pretensiones (que importan un deber de juzgamiento sobre una contienda de intereses enfrentados por pretensiones distintas). El paso inmediato que agrega otro componente en la distinción estriba en la ausencia de cosa juzgada administrativa, de manera que la petición del interesado tiene siempre una vía judicial revisora. En segundo término, la pretensión procesal exige como elemento específico el ser formulada ante un Juez; calidad que no tiene el órgano administrativo en tanto no es imparcial ni independiente, y se encuentra interesado en la relación jurídica sobre la cual conoce. En este sentido hace falta que el pretendiente reclame no contra alguien, sino frente a alguien; y este alguien es el órgano jurisdiccional. En un aspecto objetivo, la pretensión importa un objeto litigioso; cualquier objeto material o personal; lo que sucede es que al no existir controversia en el ámbito del procedimiento administrativo, el proceso que se cumple es el de formación de una voluntad que, recién con la decisión, puede llegar a generar el conflicto. Finalmente, el tercer elemento que caracteriza la pretensión: el de la mutación de la realidad, apareja que la declaración de voluntad que se expresa tanto en el proceso judicial como en el procedimiento administrativo pueden confundirse. Pero esa manifestación de deseo tiene en la teoría de la pretensión (Cfr. Gozaíni, Osvaldo A., *Derecho Procesal Civil*, tomo I volumen 1 [*Teoría General del Derecho Procesal*], Ediar, Buenos Aires, 1992, ps. 105 y ss.) un significado peculiar y propio que es el de contener, entre los sujetos que en ella intervienen y acerca del objeto sobre el que recae una petición fundada que, sin llegar a ser una pretensión procesal estricta, sí manifiesta una voluntad petitoria, es decir, un reclamo sin exigencia (Cfr. Gozaíni, *Introducción al nuevo derecho procesal*, cit., ps. 85/6).

Aquella clasificación que expuso Gordillo para determinar los intereses protegidos y las vías procesales de cada uno (plena jurisdicción, anulación y acción popular) no es decisiva en este tramo. La legitimación procesal activa en el proceso contencioso administrativo tutela derechos subjetivos vulnerados a través de un proceso común (ordinario) que es asimilable al conocido como de plena jurisdicción.

Esta conclusión nos llevaría a insistir en el remanido problema de acreditar un derecho personal y un daño específico que merezca la instancia y el desarrollo de la justicia; pero relegaríamos el avance jurisprudencial logrado, por el cual, actualmente, se reciben otros intereses como el difuso o el legítimo.

Este avance, que desarrollaremos más adelante, tiene un hito fundacional -en Argentina- en el fallo conocido como "Mendoza" ([141]) sobre la cuestión de la contaminación de la cuenca Matanza Riachuelo, que ha generado una fuerte corriente de opinión a favor de ampliar los restrictivos conceptos históricos de legitimación, y habilitar el acceso a los vecinos (Considerando 1), a las asociaciones con objeto social acorde (Considerando 3), y al Defensor del Pueblo (Considerando 2). Con anterioridad al resolutorio de fondo, la Corte se había expedido en la misma causa ampliando la idea de "cuenca" para legitimar además de los habitantes de las márgenes de esos ríos a aquellos de las áreas comprendidas por la cuenca hidrográfica ([142]).

Ahora bien, sean cuestiones de legitimación procesal las que condicionen el acceso a la vía contenciosa; o razones de interés y representación las que promuevan impedimentos para la actuación de cualquier interesado en sede administrativa, lo cierto es que se observan ampliaciones que postergan el restriccionismo.

Veamos donde ocurren:

7. La expansión del interés legítimo

La concurrencia de afectados caracteriza el interés, circunstancia por la cual el agrupamiento expande la dimensión de tutela o protección necesaria. Si se mantiene en el derecho subjetivo, es obvio que únicamente se responde al llamado que hace cada individuo interesado, mientras que "lo colectivo", circulariza el interés y el derecho a ser parte en el proceso e interesado en el procedimiento administrativo.

El riesgo de la ampliación está en confundirlo con los intereses difusos y colectivos. Existe un matiz diferencial que pone a quien tiene un interés legítimo en distancia con aquellos. El cuenta con una situación personal en la órbita de sus preferencias que lo distingue del administrado común. Si bien persigue la defensa de la legalidad, como todos; también quiere resolver una posición personal alterada por el acto que impugna. Se trata de un interés personal y directo, que no debe interpretarse con el rigor formal del derecho subjetivo.

---

[141]. CS, "Mendoza Beatriz y otros c/ Estado Nacional y otros s/ daños y perjuicios (daños derivados de la contaminación ambiental del Río Matanza – Riachuelo)"

[142] Biglieri, Alberto , *"Ambiente, Agua, Riachuelo"* en Revista de Derecho Público, Contratistas del Estado – 2006-2, Rubinzal – Culzoni Editores.

Resulta interesante observar la evolución jurisprudencial operada en este tema, porque el desarrollo permite advertir con precisión como la idea de fomentar la defensa de intereses legítimos va cobrando fuerza ([143]).

En Argentina – salvo los casos mencionados - existe un retraso manifiesto en la progresividad de la tesis. Por vía de principio se consideran sin derecho proposiciones de tal interés por asimilarlas con las meras expectativas.

Bien apunta Cassagne que este error dimana de la circunstancia de considerar que la impugnación basada en el interés legítimo constituye un recurso objetivo y que no es por tanto un poder jurídico de naturaleza subjetiva que nace en virtud de una actuación administrativa estimada lesiva a los intereses del administrado ([144]).

La evolución se muestra al incorporar nuevos legitimados que acreditan el interés para actuar sobre la base de su relación con los hechos, aun cuando no sean afectados directos.

Uno de ellos es el "*vecino*". Para aceptarlo como legitimado o interesado fue necesario variar la regla del llamado "derecho subjetivo administrativo", que hace coincidir el interés con el "derecho individual"; es decir, se debió modificar el temperamento por el cual la apertura de los procedimientos solo era factible para quien tuviera un derecho individual y excluyente, como si fuera un señorío exclusivo que priva de acción a todo el que no sea dueño de la acción.

El cambio radical aparece con la interpretación del término "derecho", el cual no se contempla en sentido técnico como derecho subjetivo contrario a interés legítimo. A la inversa, se emplea tal expresión como sinónimo de regla o norma jurídica de carácter administrativo, opuesta a norma o regla de carácter civil. De este modo, la simple expectativa difiere en la pretensión que expone cada sujeto; mientras en el proceso civil se pueden reclamar indemnizaciones, en el administrativo sería suficiente el control de legalidad.

De allí que el primer juicio que corresponde efectuar a fin de comprobar si estamos en presencia de una cuestión que pueda abrir las compuertas hacia la acción contencioso administrativa, es el carácter administrativo de la situación que ocupa al actor que alega un hecho; sea éste un perjuicio personal, actual y directo a raíz de una infracción de una norma administrativa por la administración, o bien, un interés jurídico relevante fundado en el contralor del comportamiento de la administración.

Un recordado voto de Juan Carlos Hitters, como ministro de la Suprema Corte de Justicia de la provincia de Buenos Aires ([145]) sostuvo que […] "Los nuevos principios consagrados garantizan otros tipos de tutela, asegurando el acceso a la justicia a situaciones jurídicas que exceden ampliamente el esquema clásico de la custodia de los derechos subjetivos, potenciando de ese modo los marcos de legitimación activa para ejercitar pretensiones en juicio" […]. En el presente, el actor acciona como "vecino", y si bien inviste un carácter de tercero respecto a la relación de derecho administrativo que vincula a la Municipalidad y al establecimiento, denuncia la

---

[143] Se podría recorrer una serie de fallos:" Defensor del Pueblo de la Nación c/ Estado Nacional, CS 323:4098" – en especial Considerando 6- ; "Consumidores Libres Coop. Ltda. de Provisión de Servicios de Acción Comunitaria, CS 321:1352" y los citados en este trabajo "CSJ: Mendoza" , "CSJ; Halabi" y "SCJ: Colegio de Abogados"

[144]. Cassagne, ob. cit., p. 984.

[145]. Causa B 55.392 in re: "*Rusconi Oscar c/ Municipalidad de La Plata"* del 4.07.1995.

concreta afectación de su situación jurídica a la par que la violación de normas de derecho público en el otorgamiento de la autorización otorgada para la explotación comercial. Por todo lo dicho, juzgo que existe materia contencioso administrativa en la medida que una norma de dicha naturaleza impone a la Autoridad una obligación de conducta que significa para el particular u otra Administración la protección de su situación individual".

"El vecino debe exigir el cumplimiento de las reglamentaciones cuya observancia está contemplada para el bienestar de la comunidad. El vecino puede reclamar en tanto la afectación concreta se produce respecto de su situación jurídica

De esta manera se reconduce el interés legítimo a una suerte de situación jurídica de primera atención. No es ya la víctima directa, tradicional y reconocida en el derecho subjetivo, sino otra "víctima indirecta" que se vincula a los hechos en una relación jurídica de tal presencia que lo convierte en titular del interés a tutelar.

Es importante agregar que la extensión que consigue el interés legítimo para tutelar situaciones de indefensión, no se ocupa solamente de una cuestión técnica (es decir, de facilitar el acceso al proceso como instrumento de protección), sino también, para demostrar que no deben existir diferencias con el proceso ordinario, tal como en su tiempo propusiera la doctrina administrativista italiana. Esta, recordemos, sostiene – e impuso en la normativa - que la jurisdicción común se ocupa de los derecho subjetivos, y la jurisdicción administrativa de los recursos interpuestos contra actos lesivos de intereses legítimos

Actualmente, se advierte una evolución en la idea que aproxima el estudio a dos ideas convergentes: se examina la relación que tiene el individuo con el Estado cuando actúa un derecho de petición constitucional; y se amplía la visión del interés, ya no como simple medio de posibilitar el instrumento procesal sino, también, para dar vida a todos los medios que tiene el titular para lograr la protección de sus derechos.

Es decir, por un lado se afianza el concepto de participación ciudadana dando apertura a los intereses como objetivos suficientes para disponer la atención de los tribunales; y por otro, se sitúa al interés legítimo en relación con las situaciones jurídicas subjetivas que corresponden, es decir, entendiéndose como legítimo, simplemente al interés protegido por el ordenamiento jurídico o como conforme a Derecho. De esta manera, los intereses legítimos no serían más que aquellos que son aceptados por el ordenamiento jurídico como dignos de tutela, aún de forma indirecta o refleja ([146]).

8. La legitimación de los grupos

Otra ampliación acontece con los grupos, que responde a una de las renovaciones procesales más evidentes del siglo XX como fue la creación de una nueva categoría de personas legitimadas para defender derechos que siendo propios, también extendían la tutela hacia terceros no identificados que dieron en llamarse *derechos de pertenencia difusa, o derechos de incidencia colectiva.*

La representación individual del interés del sector, o el mandato expreso o tácito conferido hacia un agrupamiento han puesto como tema de análisis la capacidad procesal o de gestión que tienen estas asociaciones que representan intereses de todos.

---

[146]. Bujosa Badell, ob. cit., p. 37.

En efecto, cualquier asociación tiene una capacidad para obrar que depende de las normas establecidas en su organización interna. Mientras que la personalidad para actuar en juicio, generalmente, se asigna por la representación o el mandato.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, interpretando la Norma Básica del país, sostiene que la reforma de 1994, contempla nuevos mecanismos tendientes a proteger a usuarios y consumidores, ampliando el espectro de sujetos legitimados para accionar -art. 43-, como es la asociación creada por el Estado para representar a los Grandes Usuarios de Energía Eléctrica (del Procurador General de la Nación, Dr. Agüero Iturbe) (CS, 1997/04/22, "*Asociación de Grandes Usuarios de Energía Eléctrica de la República Argentina -Agueera- c/ Provincia de Buenos Aires y otro*", IMP, 1997-B-2777).

La capacidad para ser parte de los portadores de intereses de grupo se ha concedido más fácilmente a aquellos que tienen una cohesión anterior al hecho, por ejemplo, los colegios profesionales; ahora, la exigencia de registro establece una limitación a la capacidad para obrar, la cual, a los fines de establecer la titularidad del interés alegado, no significa impedirles la presentación ante la justicia.

Ello es así porque las identificaciones entre capacidad jurídica para ser parte y capacidad de obrar-capacidad procesal no son exactas, pues en el proceso civil la capacidad es más amplia que la establecida en el Código Civil ([147]).

Inclusive, admitiendo que las entidades intermedias no necesitan del registro para formular reclamaciones, puede afirmarse que cuando se permite investir de titularidad de determinadas relaciones jurídicas a entidades que no son, *lato sensu*, personas jurídicas, no se trata de concluir que ellas tienen capacidad como tales (como personas jurídicas), sino, simplemente, que por razones de conveniencia, interés jurídico y la presunción de idoneidad que, *prima facie*, acredita el grupo, puede asignársele un *status jurídico* suficiente por el cual consigue la calidad de parte.

Podríamos ejemplificar muchas de estas situaciones, bastando observar que cuando se permite que un comunero actúe solitario, si lo hace en beneficio de la comunidad, y la sentencia le es favorable, beneficia con sus actos a todos; sin afectarlos en caso contrario. La comunidad no supone una personalidad distinta de la de los comuneros.

Estas uniones circunstanciales son también asociaciones comprendidas en la tutela diferenciada que prevén los nuevos derechos y garantías constitucionales. El fin colectivo y el interés de incidencia masiva es el vínculo. La calidad de parte la acreditan con la verosimilitud del derecho peticionado.

Si uno supone que la legitimación se adquiere una vez acreditada la capacidad procesal, colocamos la piedra de toque en la acreditación del derecho subjetivo que permite la protección de las individualidades. Pero como en la defensa de los derechos difusos importan más los intereses que se actúan, la legitimación como presupuesto de fondo pierde consistencia, carece de trascendencia para condicionar la admisibilidad en

---

[147]. La restricción es manifiesta en algunos casos. Por ejemplo, se ha dicho que, la tutela del público consumidor, no constituye argumento suficiente -en el estricto régimen del derecho positivo actual-, para postular que el amparo pueda concretarse mediante la oposición de cualquier persona no interesada directamente organizándose una especie de acción popular, que aunque pueda prospectivamente reivindicarse, carece de apoyo en el sistema legal vigente (CNFed. Civ. y Com., Sala III, 1992/12/02, "*China Nat Textiles Import y Export Corp. Dalian Branch c. Rabinovich, Leonardo A.*", La Ley, 1994-D, 523, J. Agrup., caso 9876).

el proceso de los grupos.

8.1 Personería de las asociaciones

El otro aspecto a considerar es la *representación* que ostenta el grupo o la entidad constituida regularmente. Se trata de verificar quien puede ser portador del mandato del grupo, en relación con un interés que puede pertenecer, mediata o inmediatamente, a una globalidad de individuos consumidores, explicando además, cómo tal sujeto puede deducir en juicio no sólo situaciones de ventajas propias, sino también ajenas, pero coincidentes con la suya, al ser miembro del sector cuyo interés se pretende tutelar.

La personalización traduce dificultades notorias que veremos seguidamente, así encontramos grupos que tienen bien definidos sus objetivos y una manifiesta coincidencia de los sujetos miembros con los intereses de la agrupación (v.gr.: colegios profesionales, sindicatos, etc.); entidades que tienen un interés circunstancial, pero sin acreditar experiencia, trayectoria o una regular constitución (v.gr.: las llamadas "uniones sin personalidad"); por otro lado, hay intereses que inciden en un sector que no tiene coincidencias en la afectación, por ejemplo, cuando en materia de medio ambiente se dictan normas que benefician a una parte del sector en desmedro de otro, pero perjudicando a la sociedad toda; en suma, la multiplicidad de situaciones impide conferir una representación válida a todas las contingencias.

El precepto establecido por la Constitución Nacional que exige el requisito de la inscripción para darles posibilidad de representación en juicio sigue pensando en la necesidad de reconocer individualidades, de ahí su error manifiesto y la autocontradicción emergente con el llamado a la participación pública ([148]).

La tarea judicial es importante para este esclarecimiento, a cuyo fin pueden clasificarse las formas asociativas, sean previstas u ocasionales, de acuerdo con la determinación del conjunto que lo compone:

a) Grupos organizados con interés establecido estatutariamente o legalmente.

Son conjuntos de personas que se reúnen en la defensa y promoción de intereses individuales que los asocian. Los colegios profesionales, los sindicatos, los consejos técnicos, etc., responden a este tipo de agrupamientos.

La representación legal está prevista en sus estatutos de manera que la legitimación se obtiene acreditando con los documentos constitutivos ese mandato institucional, que en ocasiones se robustece por una prorroga de potestades públicas vía

---

[148]. Obsérvese que la Corte Nacional incurre en esa contradicción, al sostener que, la Constitución Nacional al reconocer en sus arts. 42 y 43, legitimación para promover la acción de amparo a sujetos potencialmente diferentes de los afectados en forma directa por el acto u omisión que, en forma actual o inminente, lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos o garantías reconocidos por la Constitución, un tratado o una ley, dicha ampliación constitucional de los sujetos a quienes se reconoce legitimación procesal para interponer tal acción, no implica la automática aptitud para demandar, sin examen de la existencia de cuestión susceptible de instar el ejercicio de la jurisdicción (CS, 1998/05/07, "*Consumidores Libres Coop. Ltda. de Provisión de Servicios de Acción Comunitaria*", La Ley, 1998-C, 602 - La Ley, 1998-F, 76 - DJ, 1998-2-820).

normativa ([149]) o constitucional ([150]).

Propiamente no es un caso de legitimación colectiva, sino de capacidad de las personas jurídicas; por ello, carecen de importancia para el tema que venimos comentando.

No obstante estas limitaciones, en el fallo "Colegio de Abogados de la Provincia de Buenos Aires c/ Provincia de Buenos Aires s/ Amparo (B-64474)" se obtuvo un avance importante, pues la Suprema Corte de Justicia bonaerense en su resolución 3034/03 dispuso el inicio de actividades del nuevo fuero Contencioso Administrativo de la Provincia, demorado desde la reforma constitucional de 1994 y de la Ley 12008 de 1997.

b) grupos asociados constituidos regularmente que no establecen representación.

Aquí la composición del grupo como la finalidad que los reúne es conocida. Se asocian y militan en la defensa del interés propuesto, pero carecen de una personalidad jurídica que represente sus pretensiones ante la justicia.

Son organizaciones regulares en la medida que no surgen espontáneamente sino después de una deliberación de intereses; tienen continuidad en los actos que desenvuelven, pero jurídicamente, carecen de representación colectiva.

Si la organización se multiplica por la acumulación de interesados (v.gr.: Cámara de la Propiedad Horizontal; Federación de entidades municipales, etc.) el ámbito subjetivo de representación en juicio varía. No se identifica directamente el interés individual con el colectivo. Sólo mediatamente el miembro percibe los beneficios de la acción grupal.

c) grupos indeterminados con representación.

Este tipo de interés se puede implementar por cuestiones de circunstancia, de manera que es factible que el ámbito de miembros de la misma no coincida con el de los integrantes del grupo afectado, es decir, con el conjunto de interesados.

A veces estos grupos se constituyen para resolver situaciones puntuales, por ejemplo, una asociación de perjudicados por una catástrofe o siniestro (v.gr.: víctimas en el caso AMIA de Argentina), de modo tal que la representación la adopta quien defiende el punto aunque puede no ser afectado ([151]).

d) grupos indeterminados sin representación.

---

[149] Ley 23187, de matrícula y creación del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal. Ley PBA 5177, etc.

[150] Constitución de la Provincia de Buenos Aires artículo 41.

[151]. De este marco se da que los grupos se convierten en "entes exponenciales" de tipo ordinario (como la asociación de afectados por el desbordamiento de la presa de Tous de 1992), o en los de tipo cualificado para la defensa de determinados intereses generales o especialmente contemplados por el legislador desde el punto de vista de su tutela, incluida la jurisdiccional, como las asociaciones de consumidores y usuarios.

El supuesto permite observar la integración espontánea de un grupo que responde a una inquietud ocasional. Existe necesidad de agruparse para intentar una defensa del bien colectivo.

Esa protección puede implementarse por personas individuales que, arrogándose el interés del grupo al que pertenece, invocan esa participación para lograr personalidad procesal ([152]).

Existe la agrupación pero no la representación. Este tipo de acciones no deben necesariamente ser propuestas por el ente colectivo pues basta la defensa de lo general o la dimensión del interés para acceder al procedimiento.

8.2 Evaluación

La legitimación de las asociaciones depende de la opción reglamentaria entre dos alternativas: O la denominada por la doctrina italiana como "ente exponencial", o la posición americana de las “class action” ([153]) que se caracteriza por la representación adecuada ("*adecuacy of representation"*).

En ambos casos se procura que las organizaciones o grupos cuenten con garantías básicas para establecer el contradictorio. La audiencia y alegación constituyen resortes de ello, y propician un abandono del simplismo que ve al proceso como cosa entre partes físicas y conocidas.

---

[152]. Por ejemplo, quienes ejercieren la acción de amparo invocando la mera calidad de habitantes o ciudadanos integrantes de la respectiva comunidad, se dice que actuarán sin base válida alguna, pues careciendo quien la ejercita de un interés legítimo o de un derecho subjetivo, no tendría legitimación para actuar, ya que sólo sería titular o portador de un "interés simple" insuficiente para actuar en ese ámbito, donde la prerrogativa tutelada debe ser personal y directa del accionante (CNCiv., Sala K, 1999/03/03, “*Ramírez Chagra, Rubén S. c. Asociación del Fútbol Argentino*”, La Ley, 1999-E, 5, con nota de Andrés Gil Domínguez - ED, 182-769. También ver nuestro comentario en Revista de Responsabilidad civil y seguros, Año II nº 2, abril de 2000, págs. 4 y ss., editorial La Ley.

Asimismo se ratifica que la condición de afectado que menciona el art. 43 de la Constitución Nacional para interponer la acción de amparo como no concreta a persona alguna, abre una legitimación especial para todos los miembros de la comunidad ante ataques o lesiones a los intereses colectivos, habilitándose en el amparo una acción de clase ("class action") en favor de todo aquel que demuestre la afectación de un interés que no deja de ser propio, aunque participando con un número más o menos indeterminado de miembros de la comunidad, si bien no fuere exclusivo (mismo fallo precedente).

También, la demanda directa de inconstitucionalidad es una acción de derecho público donde la legitimación para entablar la demanda es concedida a la comunidad toda, por lo que sus integrantes - se presenten a título individual o en conjunto, como simples ciudadanos o formando parte de grupos, asociaciones, colegios, órganos, etc.-, se encuentran investidos igualmente de tal aptitud (TS Neuquén, 1999/04/07, “*Unión Cívica Radical - Diputados del Fre.Pa.So.- c. Provincia del Neuquén*”, La Ley, 2000-B, 716).

[153]. A esta posición ha adherido nuestro máximo tribunal. La Corte Suprema de Justicia de la Nación en el fallo” Halabi, Ernesto c/ PEN – ley 25783- s/ Amparo”, con una construcción jurisprudencial que recuerda – y en su texto memora reiteradamente - el nacimiento de la acción de amparo, anticipa la utilización analógica de la class actions (Considerando 17). Las referencias al derecho español y brasileño (Considerando 18) quedan reducidas ante la contundencia de la expresión del Considerando 19 : “…es perfectamente aceptable dentro del esquema de nuestro ordenamiento que un afectado, el Defensor del Pueblo o determinadas asociaciones deduzcan, en los términos del ya citado segundo párrafo del artículo 43, **una acción colectiva con análogas características y efectos a la existente en el derecho norteamericano**.” . - la negrita nos pertenece-

La garantía del debido proceso, en estos casos, se resuelve a través de la *adecuada representación* de los intereses del miembro del grupo que permanece ausente, defendidos por otro u otros miembros del grupo, que se encuentran en una situación cualitativamente idéntica y que ofrecen indicios de que van a proteger de manera adecuada (idónea) los intereses de todos los que se encuentran en semejante posición jurídico-material.

La “representación adecuada” se diferencia de la convencional, en que no existe una concesión expresa de apoderamiento, porque no hay una personalidad constituida, tampoco una voluntad tácita que acepte la manifestación en nombre del ausente; se trata, solamente, de atribuir legitimación procesal activa que objetivamente permita la defensa de derechos grupales desprotegidos.

De este modo, la representación adecuada atiende más la cualidad de los hechos denunciados que a las personas que invocan la petición judicial.

Existen dos criterios básicos para controlar y admitir la representatividad adecuada, ellos son: 1) *que la defensa sea idónea y se articule por medio de asistencia letrada*; 2) *que no aparezcan manifiestamente intereses contrapuestos dentro del grupo o sector*.

Pero hay otro modo de analizar la personalidad, que evitando el estudio de la representación pone el ojo en el "*ente exponencial*", que supone convalidar la representación que se arroga un grupo para defender los intereses de una colectividad determinada.

El criterio se adopta por exclusión, es decir, que admite la representación que se invoca para requerir la actuación jurisdiccional ante un hecho donde los damnificados permanecen inactivos o en actitud pasiva; o bien cuando conocida la invocación del problema a través del “ente exponencial”, no cuestionan ni contradicen la demanda planteada.

El *grupo exponenciado* es el sector protegido, y el *ente exponencial* la entidad organizada o la persona o personas que pretenden la atención judicial.

No debe vincularse esta legitimación con la que solicite una entidad organizada (v.gr.: Liga de defensa de los derechos del consumidor, u otros similares), pues aunque estos pueden investirse de representación suficiente y ser partes procesales al vincular el objeto de su constitución con la materia específica que plantean en la demanda; en el caso se busca tutelar el interés colectivo que mantiene una fluidez y heterogeneidad más elástica que los moldes estatutarios.

La diferencia de situaciones puede tener otra lectura. Mientras un grupo organizado pretende lograr beneficios generales, generalmente preventivos; la persona individual que invoca un interés colectivo se arroga la defensa con pretensiones heroicas, aunque justas y razonables.

En el sistema americano esta distinción se reconoce por la dimensión del problema, mientras los *rights without a holder* (derechos sin titular pues toda la colectividad tiene la pertenencia) admiten las legitimaciones indirectas y difusas; los *rights too small* (derechos demasiado pequeños), permiten una protección individual que no requiere de mayores exigencias de representación.

En ambos casos, como se aprecia, el sentido técnico que tiene la legitimación procesal desaparece, al darse preferencia a las situaciones en crisis que se alegan en las demandas promovidas.

El problema que surge para el intérprete resulta de calificar bajo un nominado procesal la naturaleza jurídica que tiene el miembro del grupo exponencial respecto a los demás miembros del sector agrupado (colectivo)-

9. Conclusiones

Las proyecciones del derecho procesal en el derecho administrativo son variadas, y vinculan al procedimiento -no contencioso- con la necesidad de lograr una interpretación única.

No significa esto que el procedimiento administrativo se ritualice o "judicialice", sino, tan sólo, conciliar la situación procesal del individuo en una armonía de principios que no tengan diversidad valorativa cuando, axiológicamente, son únicos.

Desde luego que la variación contingente del estado procedimental ofrece alternativas que figuran calidades de enfrentamientos diferentes entre administrado y administración. Sabido es que en la etapa de formación del acto administrativo, la intervención del interesado es pasiva, aun cuando la voluntad estatal tenga origen bilateral; en cambio, en la gestión de control, o de fiscalización a través del recurso o del reclamo, la participación es activa.

En ambos supuestos el procedimiento administrativo supone valorar un instrumento de control de legitimidad (que abarca la razonabilidad y la justicia), y del acierto que es el fin que la Administración persigue (control de oportunidad, mérito o conveniencia).

Siendo así, las garantías jurisdiccionales -de fuente procesal constitucional o constitucional, si se prefiere- para sustanciar el trámite deben ordenarse bajo una directiva común, adaptando aquellas peculiaridades del rito, pero sin que ellas sometan los principios procesales inmanentes de la teoría general.

Un encolumnamiento estricto de basamentos tales como el debido proceso, la garantía de participación, el control efectivo, etc., presupuestan una estructuración acorde con la función administrativa, sin importar se califique o no de jurisdiccional.

En este aspecto la calidad de parte en el procedimiento administrativo no es asimilable a la del proceso adversarial, circunstancia por la cual, también la legitimación ordinaria varía en el contencioso. Las partes son dos, es cierto, pero no existe un tercero imparcial al estar fundida en uno la calidad de parte y decisor.

La situación jurídica subjetiva del administrado depende de la calidad de su actuación (es diversa su posición según actúe un derecho subjetivo, un interés legítimo, un interés simple o uno colectivo). El otro lado de la relación procesal administrativa, en cambio, no es tratado en el derecho adjetivo de la administración como una parte en sentido procesal.

Su caracterización se logra a partir de la competencia -como aptitud de pronunciar resoluciones-, es decir la potestad que tiene el órgano administrativo para intervenir en el procedimiento y decidir. Se integra con el principio de legalidad e incluye la noción, el conjunto de atribuciones y facultades que le corresponden al ente. En otros términos, indica Cassagne, "la competencia no sólo surge en el plano

institucional de las reglas que rigen la actuación del órgano, sino también de las que predeterminan la actividad del sujeto" ([154]).

De esta manera es imposible encontrar partes procesales en las actuaciones no contenciosas de la administración. Obviamente, tampoco pueden calificarse de pretensiones los reclamos que deducen las personas que allí intervienen.

La situación jurídica del o los individuos que toman parte en un procedimiento administrativo es técnicamente la de interesados que ostentan un derecho subjetivo, un interés legítimo o un interés simple que procura ser satisfecho por un acto de la Administración. La particularidad estará en que la expansión del interés se medirá no ya por la situación jurídica subjetiva sino por la relevancia de la cuestión presentada.

---

[154]. Cassagne, Juan Carlos, *El Acto Administrativo,* Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1974, p. 189.

CAPÍTULO VIII

LAS FUNCIONES ACTUALES DEL JUEZ EN EL PROCESO CIVIL

1. Introducción

Desde hace algún tiempo venimos sosteniendo que es diferente hablar de "justicia constitucional" y de "jurisdicción constitucional".

En efecto, si el punto de partida es el análisis sobre la forma de ejercer el control de constitucionalidad se comprenderá porqué los latinoamericanos hemos quedado fascinados con esta nueva disciplina que es el *derecho procesal constitucional*, y porqué los europeos resisten darle cabida.

Las causas dependen del enfoque que se hace de las facultades de los jueces.

Cuando se concreta sobre la "ley reglamentaria", la única atención es interpretar el sistema legislativo y, desde allí, se razonan las facultades, deberes y obligaciones que tiene el modelo para sustanciar un conflicto de naturaleza constitucional. Esto es típico de la doctrina europea cuando estudia las funciones del Tribunal Constitucional.

En este terreno se habla de una *Jurisdicción constitucional* destinada a comprender las potestades que tiene el órgano judicial encargado de tutelar la vigencia efectiva de los derechos humanos (como norma fundamental), la supremacía constitucional y el cumplimiento de las pautas mínimas que regulan los procedimientos constitucionales. Sería el planteo "orgánico"; algo así como la investigación de los tribunales constitucionales en su faz organizativa, poderes y funciones.

En cambio, en sistemas polifacéticos donde conviven procesos especiales y poderes propios afincados en un órgano particular (Tribunal Supremo que ejerce la fiscalización; Sala de una Corte Suprema; Tribunal de apelación, etc.), la diversidad lleva a ocuparse de los principios y presupuestos que regulan el proceso constitucional.

Se refiere aquí a una *justicia constitucional*, que se relaciona con la fuerza normativa de la Constitución, y representa un sector del derecho procesal constitucional, aunque bien puede asentarse en una disciplina diferente a éste.

Es evidente, entonces, que entre la *jurisdicción constitucional europea*, *lato sensu*, y el *derecho procesal constitucional latinoamericano*, agregando en el grupo a la *judicial review* americana, podrán encontrarse modalidades que distingan a cada uno, pero en esencia, el problema es el mismo: controlar la supremacía de las normas fundamentales [155].

---

[155] Obsérvese que no decimos *supremacía de las normas constitucionales* sino de aquéllas que están en un escalón más arriba, es decir, las *normas fundamentales sobre derechos humanos*. Este no parece el sentido acordado en el *artículo II.- Fines de los Procesos Constitucionales* (del Código Procesal Constitucional peruano) sostiene que: "*Son fines esenciales de los procesos constitucionales garantizar la primacía de la Constitución y la vigencia efectiva de los derechos constitucionales*". Aunque es una observación puntual pero sin precisión porque el *artículo* V (Interpretación de los Derechos Constitucionales) sostiene que: "El contenido y alcances de los derechos constitucionales protegidos por los procesos regulados en el presente Código deben interpretarse de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos, los tratados sobre derechos humanos, así como de las

2. La diferencia en los modelos

Al partir de esta distinción es preciso saber para qué sirve trazar distancias, porque en la base de la cuestión tanto los poderes jurisdiccionales del magistrado Europeo como los del Americano, no tienen diferencias esenciales, salvo la advertencia encontrada en el punto de partida, que resulta desigual en términos políticos.

En el derecho constitucional existe una mentada diferencia entre jueces *sin confianza* que solo aplican la ley porque no pueden interpretarlas, ni actuar como si fueran poderes políticos legalizados por la elección democrática; y jueces *confiables* que tienen potestades suficientes para inaplicar la ley cuando entienden que vulnera el principio de la supremacía constitucional, pudiendo ejercer esta fiscalización cualquier juez del sistema; son distancias establecidas para ver las causas y razones de los tribunales constitucionales y de los poderes del Juez constitucional americano.

El distingo condiciona la naturaleza de los actos que dinamizan la función, porque mientras unos saben que su señorío se acota al tipo de procedimiento donde actúan (v.gr.: jurisdicción administrativa; jurisdicción ordinaria; justicia constitucional, etc.), otros confunden de modo permanente las potestades, al tener que actuar simultáneamente, como fiscales del obrar de gobierno y como órganos destinados a preservar la supremacía de la Constitución y demás normas fundamentales.

Obsérvese, por ejemplo, el artículo IV (Órganos Competentes) del Código Procesal Constitucional cuando afirma que: ”*Los procesos constitucionales son de conocimiento del Poder Judicial y del Tribunal Constitucional, de conformidad con lo dispuesto en la Constitución, en sus respectivas leyes orgánicas y en el presente Código*”.

Con ello está indicando que la competencia para actuar en un proceso constitucional es del juez ordinario o del tribunal constitucional, lo que es correcto como principio; el inconveniente surge cuando al juez común se le imponen reglas y presupuestos procesales que no tiene costumbre práctica de usar, provocando casi sin querer, una sin razón en el modo de sustanciar y cumplir un proceso constitucional.

2.1 Carácter jurisdiccional o político de la actividad

No obstante, entre jueces constitucionales y Tribunales Constitucionales no hay diferencias importantes. La función es la misma pero el sentido de *actividad jurisdiccional* puede ser puesto en duda.

No queremos decir con ello que no lo sea (es decir que la actividad no resulte *jurisdiccional*), sino que a veces se considera que los sistemas clásicos definidos para controlar la constitucionalidad se dividen en *jurisdiccionales* y *políticos,* según la tarea la realicen magistrados o funcionarios, respectivamente.

Quienes observan conservadoramente el poder de la jurisdicción, sostienen que los jueces resuelven conflictos intersubjetivos, condición que no está en las cuestiones de constitucionalidad porque en éstas se trata, solamente, de interpretar lo que dice la Norma Fundamental frente a un acto que se muestra impreciso para ajustarse en ese molde. La fundamentación de la sentencia constitucional no puede llevar a lecturas

---

decisiones adoptadas por los tribunales internacionales sobre derechos humanos constituidos según tratados de los que el Perú es parte”.

propias, porque la Constitución no es lo que los jueces dicen que es (no hay discrecionalidad) sino lo que ella misma dispone.

En ese sentido, los motivos son de derecho, jamás de justicia; por tanto, la jurisdicción constitucional es *sui generis*: es jurisdicción, sí, pero una jurisdicción especial, porque tiene una función específica.

Esta perspectiva acentúa el rol funcional antes que la potestad ejercida [156].

En cambio, quienes apuntan hacia el "poder" de los tribunales constitucionales desconocen la calidad de "jurisdicción".

La oposición se da en dos sentidos. En el plano teórico, porque *decir el derecho* (*juris–dictio*) supone también señorío para ejecutar lo resuelto, y la sentencia constitucional declara pero no ejecuta. En el plano político, porque si el tribunal no forma parte de ninguno de los tres poderes constituidos, su naturaleza jurídica es incierta y hasta contradictoria con el principio de la división de poderes.

Además, se corre el riesgo de que, a través de la interpretación, el poder convierta al tribunal constitucional en un órgano sustitutivo de la producción legislativa, convirtiendo al sistema en un legislador negativo, como lo había dicho Kelsen, pero en otro sentido.

Este argumento, que fue la base que sustentó Carl Schmitt para debatir la inspiración del jurista checo, es hoy el punto neurálgico del modelo, porque antes que examinar las funciones (por otra parte claras y sin demasiadas resistencias) es preferente analizar el contexto de aplicación, porque desde allí se podrán constatar las posibilidades reales de alcanzar los objetivos[157].

---

[156] 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.

[157] 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.

2.2 El control de constitucionalidad es una función jurisdiccional

De todos modos, jueces y tribunales constitucionales tienen la función de juzgar, porque lo *jurisdiccional*, es una actividad de intermediación en cualquier conflicto donde se tiene resolver.

La particularidad que se resiste no es la función de juzgamiento, tal como lo hace Schmitt, cuestionando el riesgo de dar poder a quien puede usar de él sin controles. Por otra parte esta tesis tiene su propio antagónico en dar el control a quien tiene que ser controlado. Un evidente "auto control" impropio en la teoría política y opuesto claramente a un régimen democrático.

Esto quiere decir que la jurisdicción es un poder de juzgamiento y un deber de resolución. Un poder que se ejerce y una obligación hacia las personas que confían en la función para satisfacer una necesidad legítima.

Ahora bien ¿cuál es la necesidad legítima que se satisface en el control de constitucionalidad?, la respuesta pareciera ser simple: fiscalizar la supremacía de la norma fundamental; pero una contestación tan sencilla no es suficiente, porque el control va más allá.

3. La interpretación judicial

No hay que perder de vista que el fenómeno del control de constitucionalidad que inicia en la segunda mitad del siglo XX se había convertido, por entonces, en el tema más preocupante del derecho comparado.

La consolidación de las jurisdicciones constitucionales enfrentaban tradicionales principios de la teoría general del proceso (por ejemplo, el valor de la oralidad), generando resistencias en la magistratura que quería conservar su apego al principio de legalidad pero en un marco de discrecionalidad absoluta.

Recuérdese que el modelo clásico de la judicatura era el del juez que tenía como función absoluta la aplicación el derecho. Fue así en el derecho romano, como en el código Napoleón, que asentaron las características de la tarea jurisdiccional en la tradicional subsunción de los hechos en la norma.

Sobre estas líneas se trazaron los poderes de los jueces (conocer en la causa; emplazar a las partes para que se sometan al derecho; apercibirlos por la desobediencia eventual de los mandatos dictados en el curso del procedimiento; dictar sentencia o decir el derecho -*iuris/dictio*- y ejecutar la decisión por la fuerza si ella no era acatada inmediatamente).

Sin embargo, como estas actividades podían ser realizadas por otros que no eran jueces, *lato sensu*, comenzó a cuestionarse la identificación del poder real de la judicatura; la cual, en definitiva, quedó afirmada en la noción de "jurisdicción", es decir, en el poder-deber de resolver los conflictos suscitados entre individuos. Los agregados de definitividad del pronunciamiento y posibilidad de imponer forzosamente la decisión, incorporaron matices diferenciales respecto a otras funciones de juzgar.

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.

De todas maneras, la característica más importante que tiene el juez en ese emplazamiento, consiste en la posibilidad de interpretar la ley [158].

Ahora bien, ese poder de interpretación es distinto en los modelos procesales. Vale decir: la finalidad es la misma, pero la implementación del proceso difiere sensiblemente en la construcción de los hechos y en la aplicación del derecho consecuente.

En las estructuras de modelo concentrado (tribunales constitucionales), por vía de principio, las cuestiones son abstractas; no lo son, en cambio, en el mecanismo jurisdiccional donde los jueces trabajan sobre un caso concreto.

Esto cambia algunas reglas como el principio de bilateralidad y contradicción; el alcance de la sentencia y la extensión de la cosa juzgada.

Con tal prevención el *Artículo III* párrafo tercero del Código Procesal Constitucional del Perú indica que, *el Juez y el Tribunal Constitucional deben adecuar la exigencia de las formalidades previstas en este Código al logro de los fines de los procesos constitucionales*.

En este código convive la potestad de actuar en procesos constitucionales tanto en jueces ordinarios como en la magistratura constitucional: ¿qué principios procesales se aplican? [159]

---

[158] Mauro Cappelletti (*La justicia constitucional. Estudios de derecho comparado*, UNAM, México, 1987) sostuvo que la aplicación de la ley un sentido determinado, obligaba a dos lecturas: de un lado, "*la interpretación de la norma procesal*" que si bien asienta en los principios generales que desmenuzan la télesis de toda normativa, cuenta con particularidades que diseñan una metodología propia; por otro, "*la interpretación judicial de las leyes*", vale decir, la interpretación en el sentido más puro de adecuar la sensibilidad de las normas en el medio donde va a insertarse y en el cuadro coordinado de todo el ordenamiento jurídico.

En 1954 Cappelletti escribe: *El significado del control judicial de constitucionalidad de las leyes en el mundo contemporáneo* (editado en Argentina por Ejea como capítulo de *Procesos, ideologías y sociedad*), en el cual advierte el extraordinario movimiento expansivo del modelo de revisión judicial para fiscalizar la supremacía constitucional, destacando en esa actividad dinámica, cuanto cabe a la *judicial review* americana, y cuanto a la *justicia constitucional* europea. Describe tres etapas posibles en la evolución, partiendo de la vigencia del derecho natural, siguiendo por lo que llama como de aplicación de la justicia legal, y culmina con el legado de la justicia constitucional.

"La sustancial analogía del desenvolvimiento histórico que se ha verificado y que todavía está en curso de desarrollo en los países del *common law* y en los del *civil law*, no es amenguada por el hecho de que en los países de base romanística la justicia constitucional haya venido asumiendo habitualmente algunas características importantes diversas de las que son propias de la *judicial review* estadounidense y de los otros países de base jurídica inglesa. Es cierto que las diferencias son importantes e innegables. En los países del *common law* –los Estados Unidos y el Commonwealth (Comunidad británica de las naciones)- la *judicial review* tiende a configurarse como un control <<difuso>>, esto es confiando a *todos* los tribunales de justicia, inferiores y superiores, estaduales y federales, todos los cuales están obligados, en el caso concreto sometido a juicio, a desaplicar la ley inconstitucional. En los países del *civil law*, en cambio, con algunas excepciones cuyos resultados, debe decirse –apunta Cappelletti-, son sin embargo por lo común escasamente satisfactorios, la tendencia ha sido la de crear una Corte Constitucional local, concentrando en ella la tarea de la justicia constitucional: de donde el control tiene carácter <<concentrado>> y eficacia y *erga omnes*...[...]".

[159] Néstor P. Sagüés sostiene que esta convivencia no siempre es pacífica. El problema se complica más cuando un país adopta el sistema "dual" (para algunos "híbrido" o "mixto") de control de constitucionalidad, vale decir, cuando tanto los jueces ordinarios como los de la jurisdicción constitucional específica ejercen control de constitucionalidad. En el derecho comparado estos conflictos son frecuentes y prácticamente inevitables. En rigor de verdad, es imposible marcar con absoluta claridad las fronteras entre los jueces comunes y los jueces especializados en lo

4. Los principios procesales

El artículo III (Principios Procesales) afirma que: "*Los procesos constitucionales se desarrollan con arreglo a los principios de dirección judicial del proceso, gratuidad en la actuación del demandante, economía, inmediación y socialización procesales.*

"El Juez y el Tribunal Constitucional tienen el deber de impulsar de oficio los procesos, salvo en los casos expresamente señalados en el presente Código.

"Asimismo, el Juez y el Tribunal Constitucional deben adecuar la exigencia de las formalidades previstas en este Código al logro de los fines de los procesos constitucionales.

"Cuando en un proceso constitucional se presente una duda razonable respecto de si el proceso debe declararse concluido, el Juez y el Tribunal Constitucional declararán su continuación.

"La gratuidad prevista en este artículo no obsta el cumplimiento de la resolución judicial firme que disponga la condena en costas y costos conforme a lo previsto por el presente Código".

Cada uno de estos principios tiene connotaciones diversas que podemos analizar desde su puesta en práctica. Algunos están destinados a resolver la política de acceso a los jueces constitucionales (gratuidad de actuaciones), la finalidad prevista en su accionar (socialización), y la eficacia prevista (continuidad del proceso constitucional, dirección, inmediación, concentración de actos, etc.).

Otros, en cambio, piensan en el proceso constitucional y las reglas a las queda sometido. En este terreno habrá que analizar algunos interrogantes: ¿es un proceso bilateral y contradictorio?, ¿tiene etapa probatoria?, ¿cuál es al alcance de la sentencia?, ¿se orienta y decide por precedentes jurisprudenciales?, ¿cuál es el rango jerárquico que tiene el juez constitucional respecto al Tribunal Constitucional?.

4.1 Generalidades en materia de principios y presupuestos

Hay principios establecidos para todo tipo de procesos. Se instalan como presupuestos del debido proceso y desde allí controlan la eficacia de la gestión que se cumple.

En este aspecto se encuentran: el principio de igualdad entre las partes; el principio de autoridad en el proceso; y las reglas del Juez natural.

---

constitucional. Por lo demás, y aún cuando ambas competencias fueran (o intentaran ser) crudamente delimitadas, algunos conflictos subsistirían. Supóngase, al respecto, que la constitución de un determinado país dijera, sin admitir excepciones, que los jueces comunes no ejercerán control de constitucionalidad. Eso les impediría, naturalmente, declarar inconstitucionales (o constitucionales) a las normas jurídicas. También les impediría calificar como constitucionales o inconstitucionales a actos u omisiones del gobierno, o aun de particulares. Por ello, no deberían intervenir en acciones o procesos constitucionales como los de hábeas corpus y amparos, por ejemplo...[...] (*El Sistema de Derechos. Magistratura y Procesos Constitucionales en América Latina*, Biblioteca Porrúa, México, 2004, p. 41).

En cambio, cuando se trata de ordenar los procedimientos constitucionales (amparo, hábeas data, cumplimiento, acción popular, etc.), los principios son más flexibles. Se deben cumplir, pero pueden sufrir adaptaciones mientras no afecten el derecho de defensa en juicio.

Son *principios del procedimiento*: la forma como se deben cumplir los actos procesales; el modo de expresión; la instrucción progresiva de la causa (preclusión); la sustanciación de peticiones (contradicción necesaria); la proximidad de las actuaciones con el órgano que resuelve (inmediación); el sistema de aportación de los medios y fuentes de prueba; la valoración de ésta; el saneamiento por el Juez de los actos viciados; el impulso de la causa; entre otros más que limitan el modelo de trámite.

De todos ellos, cuando se trata de aplicarlos al proceso constitucional hay algunos que no caben en el molde cotidiano. Por ejemplo, la *regla de bilateralidad* no es tan severa (a veces es inexistente como en las cuestiones abstractas de inconstitucionalidad); la *contradicción* no se establece como un paradigma (porqué puede tratarse de simple interpretación o confrontación entre normas de diversas jerarquía); la *autoridad jurisdiccional* se eleva merced al deber constitucional que tiene al realizar su misión; la *carga probatoria* no pesa rígidamente sobre el que afirma, ni los medios dependen únicamente del actor [160]; la *sentencia*, a veces, constituye un acto de motivación política que, sin afectar el derecho de los contradictores, resuelve hacia toda la sociedad el conflicto colectivo; etc.

En síntesis, los principios en el proceso constitucional difieren sensiblemente de los principios del proceso civil y, por eso, deben explicarse por separado.

4.2 La autoridad del Juez constitucional

La teoría tradicional sostiene que el Juez debe resolver controversias entre partes aplicando el derecho objetivo. Luego, si este derecho tiene resistencias constitucionales, podrá declarar su inaplicabilidad en el caso concreto (sistema difuso) o remitirlo a consideración del tribunal constitucional (sistema concentrado).

En uno u otro modelo, la potestad de aplicar la ley interpretando su alcance, sentido y adecuación a las normas fundamentales, supone aumentar los poderes de la jurisdicción. Es un fenómeno nuevo que obliga a despojarnos de ciertos resquemores como identificar por este rol al "juez-legislador" o al "juez-político".

Sin embargo, la interpretación de la ley como actividad aislada de las demás funciones de juzgar, no califica al magistrado como "Juez constitucional". En definitiva, en cualquier proceso judicial se debe aplicar la Constitución. Por ello la distinción entre jueces ordinarios y jueces constitucionales no puede provenir de semejante criterio; existe algo más.

En los sistemas concentrados de tipo jurisdiccional no existe el problema de identificación: los tribunales constitucionales son naturalmente los fiscales de las normas fundamentales. No tienen dificultad para encontrar el órgano, aunque sí puede

---

[160] Este es un punto por demás conflictivo, porqué el art. 9 del Código Procesal Constitucional sostiene que: "*En los procesos constitucionales no existe etapa probatoria. Sólo son procedentes los medios probatorios que no requieren actuación, lo que no impide la realización de las actuaciones probatorias que el Juez considere indispensables, sin afectar la duración del proceso. En este último caso no se requerirá notificación previa*".

existir respecto a otro aspecto como es el interrogarse si esa función es típicamente jurisdiccional.

En sentido opuesto, los modelos difusos no discuten la jurisdiccionalidad sino la identificación funcional. Esto es: saben que los jueces tienen que aplicar la norma y resolver el caso concreto; pero no esclarecen si ese mismo juez, al efectuar el control de constitucionalidad, asume funciones distintas o son las mismas pero con efectos u obligaciones diferentes.

Tomemos un ejemplo para poner en claro el problema: cuando se deduce una acción de amparo el juez se enfrente a dos situaciones: de un lado, el derecho constitucional que alega una persona o grupo para denunciar la amenaza o la violación y que él debe tutelar como función primera de su magisterio; por otro, el amparo-proceso que, por su actuales restricciones, le permitirá rechazarlo sin demasiados esfuerzos utilizando solamente argumentos formales (v.gr: no se agotaron las vías previas –art. 45 CPC-).

Ambas circunstancias ponen en tela de juicio la función de juzgar. O prefiere la aplicación mecánica de los preceptos rituales inutilizando su función constitucional; o preferencia ésta resolviendo la crisis del derecho mayor superando los escollos de la solemnidad procesal.

En otros términos, cuando la Constitución instituye formalmente un mecanismo de control, el poder delegado en los jueces para asegurar el principio de la supremacía queda asegurado y la actividad encaminada a ese rol no es una exorbitancia ni una invasión en el ámbito de los demás poderes.

No puede objetarse en el mecanismo difuso la característica, mucho menos si se tiene en cuenta que la supremacía se restaura o resguarda en base a una declaración que no tiene efectos generales, mal que nos pese.

En suma, el juez tiene jurisdicción atribuida por la Constitución y por ella debe actuar siempre. Será un juez de la Constitución y para la Constitución.

4.3 El principio de igualdad

Hay dos miradas para este principio. Una formal y despojada de un análisis severo: *la igualdad ante la ley,* es decir, la norma que el Juez aplica no debe establecer diferencias. Es una igualación lógica, y genera también un derecho a que, en paridad de circunstancias, se apliquen las mismas soluciones.

La segunda es una visión subjetiva: *la igualdad real*, esto es, que todos tengan idénticas posibilidades de acceder a la justicia. En esta dimensión, se trasladan obligaciones del Estado que los jueces, no siempre, pueden remediar.

En el caso de la igualación ante la ley, se bosqueja sobre la frase “igualdad de armas”, que sostiene una categoría filosófica asentada en la justicia conmutativa que difiere de la igualdad de circunstancias porque en esta es posible observar algunas mutaciones.

En el caso de la igualdad real, la pobreza social o cultural son fisuras evidentes de ese plano equidistante que se postula, los que pretenden se compensen con decisiones legales (v.gr: defensorías de pobres y ausentes; beneficio de litigar sin

gastos). Quiere decir -en palabras de Couture- "que el principio de igualdad siempre intenta un nuevo esfuerzo para restablecer el equilibrio perdido" [161].

4.4 El Juez Natural

Juez natural resulta aquél que tiene competencia asignada por vía legal o reglamentaria para entender en cada supuesto litigioso. En las causas penales la predeterminación es un presupuesto obligado, pues tiende a evitar la manipulación sobre el órgano jurisdiccional evitando cualquier sospecha sobre la imparcialidad del procedimiento a encausar.

La finalidad esencial que porta esta garantía para el justiciable es la de priorizar la independencia e imparcialidad del órgano, impidiéndole al legislador o a la administración crear una competencia especial o una jurisdicción arreglada a la medida del hecho que se debe resolver.

Sin embargo el principio no es absoluto mientras se garantice a las partes un proceso justo y equitativo. Puede ocurrir que la complejidad de la materia (v.gr.: lavado de dinero; narcoterrorismo; tráfico de armas, etc.), o la amplitud territorial que tienen algunas competencias estaduales; o la trascendencia misma que reviste para la sociedad resolver con urgencia alguna cuestión determinada, permitan crear *ex post facto*, jurisdicciones de colaboración, sin que por ello se afecte la noción del juez natural por la del juez legal.

Lo que no se puede hacer es sustituir arbitrariamente una jurisdicción por otra.

Otra derivación del problema surge con los jueces sustitutos, subrogantes o *ad hoc*, en cuyo caso, el principio queda cubierto si las designaciones respectivas se realizan de acuerdo con los procedimientos legales y pertinentes.

En estos supuestos, y en aras de afianzar la imparcialidad e independencia de la magistratura, sólo la ley vigente antes del hecho de la causa puede resolver los nombramientos necesarios; no son constitucionales las designaciones que burlen la composición natural del órgano jurisdiccional.

En definitiva, la garantía tiene dos facetas: por un lado, exige que el procedimiento sea llevado por el Juez competente designado con anterioridad a los hechos que motivan la causa; y por otro, a nulificar el enjuiciamiento de quien no sea el Juez natural.

4.5 La bilateralidad y contradicción del proceso constitucional

El clásico precepto "*audiatur et altera pars*" consagra el derecho a la contradicción. Significa impedir la decisión del Juez si la persona contra quien se peticiona una actuación no ha tenido oportunidad de ser oída,

La contundencia del axioma no es tan estricto en materia procesal constitucional, en razón de que la misión principal de los procesos de esta naturaleza, es fiscalizar la supremacía y la aplicación efectiva de los derechos fundamentales. En consecuencia, más que el conflicto entre alegaciones, se debe interpretar el caso y las normas en juego.

---

[161] Couture, Eduardo J., *Estudios de Derecho Procesal Civil*, tomo I, editorial Depalma, Buenos Aires, 1979, p. 312

Es cierto que con la bilateralidad y la contradicción se respeta y protege el derecho de defensa, pero también lo es que ambos se cumplen dando oportunidad para escuchar la versión de a las partes, aunque después no se efectúen alegaciones. Es decir, la ausencia de respuesta solo precluye la oportunidad, el tiempo para hacerlo.

Obsérvese el detallado art. 53 (*Trámite*) del código procesal constitucional y podrá deducirse sin problemas las conclusiones precedentes. La prueba es una etapa facultativa, de modo tal que no son las afirmaciones de las partes las que se verifican, sino las adecuaciones formales entre el acto lesivo denunciado y la afectación padecida por el hecho o la norma que socavan la supremacía constitucional.

4.6 Los principios del procedimiento

Hay una base común en los procedimientos constitucionales que es la regla del debido proceso [162], desde el cual los tratados y convenciones internacionales señalan la importancia de consagrar al proceso como garantía inclaudicable para sostener y argumentar los derechos.

Para alcanzar este objetivo, el primer paso es despojar al proceso constitucional de servilismos formales y ritualismos estériles. Si es una garantía, será deber de la jurisdicción que se logre la seguridad deseada. Y, en este sentido, han de aplicarse 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 conseguir que el enjuiciamiento llegue a tiempo, que no es otro que el de los intereses que las partes persiguen cuando ponen el conflicto en conocimiento de los tribunales.

Ambos criterios han de trabajar en armonía, de no serlo, cualquier infracción al derecho fundamental de simplicidad, celeridad y eficacia en los procesos serviría para advertir una crisis manifiesta en el derecho al proceso debido; y de resultar así, bastaría con condenar al órgano judicial que infringe cualquiera de estos deberes.

En consecuencia, los principios del procedimiento constitucional llevan la impronta del deber judicial. No es la perspectiva del litigante que debe cumplir cargas y obligaciones, sino la del Estado que, merced a sus jueces de custodia de la supremacía constitucional, exige acciones útiles y efectivas [163].

4.7 El impulso procesal y la inmediación

Sostiene Hernández Valle que, “una vez que la intervención de los tribunales constitucionales ha sido legalmente requerida, éstos deben actuar de oficio y con la mayor celeridad posible, sin que pueda invocarse la inercia de las partes para retardar el proceso. Por consiguiente, los plazos establecidos por la ley no pueden prorrogarse por ningún motivo, por lo que los retardos injustificados de los funcionarios judiciales

---

[162] Para ampliar, ver nuestro *Derecho Procesal Constitucional – Debido Proceso*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe / Buenos Aires, 2004.

[163] El Pacto de San José de Costa Rica establece en el art. 25 que toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en el ejercicio de funciones oficiales.

respectivos deben ser sancionados disciplinaria-mente, sin perjuicio de otras acciones que pudieren caber contra el culpable del retardo" [164].

El impulso del proceso a cargo del tribunal no puede interpretarse como una apropiación indebida del principio dispositivo, según el cual el proceso se inicia y desenvuelve a pedido de parte. Recordemos que la finalidad del proceso constitucional excede el interés particular, de manera que no existe sacrificio de ningún derecho, y menos aún expoliación de una garantía.

La necesidad de actuar continuamente, se relaciona con el principio de celeridad, que supone concentrar actuaciones y renovar el debate únicamente cuando sea estrictamente necesario. Conocido el conflicto constitucional, el deber es resolverlo con rapidez.

Ahora bien, el problema de la *rapidez* no supone adherirlo a la *dilación indebida*, porque sólo se 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.

De suyo, un esquema como el predispuesto es posible solamente con un Juez o Tribunal que interviene directamente en el caso; que lleva la dirección material del proceso y que resuelve actuando con conocimiento directo de la controversia. No es el Juez que espera los resultados de las acciones de las partes, los alegatos de ellas y la relación de hechos y derecho que le puede informar un secretario; todo lo contrario, es un principio irrestricto del proceso constitucional la inmediación procesal.

4.8 Carga y valoración de la prueba

Es verdad que las alegaciones de partes se verifican y confirman con la actividad probatoria de quienes las manifiestan. Es una lógica de los hechos que trabaja sobre el carácter bilateral del litigio, donde al Juez se lo convence probando.

Pero en los procesos constitucionales, inclusive los que trascienden la mera denuncia de inconstitucionalidad y asientan la crisis en la violación o amenaza de un derecho fundamental, la prueba no puede quedar como un deber, carga u obligación individual.

Al Estado le importa identificar si existe o no una cuestión constitucional, por eso, suele hablarse de un derecho constitucional a la prueba [165]

El derecho a probar es una parte del debido proceso, tal como lo ha subrayado la jurisprudencia de nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación. Ello importa

---

[164] Hernández Valle, Rubén, *Derecho Procesal Constitucional*, Juriscentro, San José de Costa Rica, 1995, p. 97.

[165] El derecho a la prueba -dice Picó I Junoy- aparece recogido por primera vez en el constitucionalismo español en la actual Carta Magna de 1978. Los textos fundamentales históricos contienen referencias a otros derechos de naturaleza procesal, como el derecho al debido proceso, al juez natural o legal, o a la defensa, omitiendo toda alusión al derecho objeto de análisis. Lo mismo sucede con otros textos constitucionales, como el Italiano de 1947, la Ley Federal de Bonn de 1949, o las cartas de Portugal de 1976 y Andorra de 1993 (*El derecho a la prueba en el proceso civil*, Bosch, Barcelona, 1996).

abandonar la idea probatoria como un acto del proceso, para encolumnarlo tras las garantías del derecho de defensa y, como tal, un reaseguro del debido proceso adjetivo.

La otra faceta de esa necesidad alienta conseguir una modificación en reglas y principios de la verificación probatoria, en miras a dotar al procedimiento de una mayor cercanía con la verdad que debe descubrirse. Es decir, si la prueba sigue vista como un proceso de acreditación de afirmaciones a cargo exclusivamente de las partes, es posible que el acierto logrado, en los hechos personifique un absurdo, porque el juez estará ausente en la aclaración.

En cambio, si se considera el modo de componer el litigio y la calidad del *opus decisorio*, podrá admitirse que las seguridades aumentan porqué el juez estará sobre los hechos que él necesita confirmar.

Reiteramos que no se trata de revertir principios claros y precisos como la "carga de la prueba", sino de reconducir el objeto de la prueba. Mucho más cuando se trata de conflictos constitucionales.

Finalmente, la valoración probatoria debe estar exenta del mentado principio que sostiene que la falta de prueba es contraria a una sentencia favorable; precisamente se trata de trabajar sobre una presunción (o presupuesto procesal) que es el principio "*pro homine*", según el cual en caso de duda, se debe estar por la protección del derecho.

El Código Procesal Constitucional dispone en el art. V que: "*El contenido y alcance de los derechos constitucionales protegidos por los procesos regulados en el presente código deben interpretarse de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos, los tratados sobre derechos humanos, así como de las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales sobre derechos humanos constituidos según tratados de los que Perú es parte"*.

4.9 El principio de saneamiento procesal

Este principio, también llamado de "depuración", consiste en evitar que el proceso continúe sin advertir, oportunamente, la existencia de vicios que podrían producir nulidades.

Es una facultad del Juez implícita entre los poderes habituales, que se convierten en un deber del oficio cuando se sustancian conflictos constitucionales.

Claramente dice Hernández Valle que, "las nulidades procesales, dentro del ámbito de la jurisdicción constitucional, sólo pueden declararse cuando impliquen una clara indefensión de las partes, como sería el dictar una sentencia en materia de hábeas corpus o de amparo sin haberle otorgado audiencia previa al funcionario o al órgano recurrido" [166].

5. Presupuestos del derecho procesal constitucional

En cualquier proceso constitucional debe imperar un mínimo indiscutible de presupuestos que implementen no sólo un derecho a la legalidad constitucional, sino mejor, la posibilidad de sustanciar un pleito donde las premisas de conducción afiancen

---

[166] Hernández Valle, Rubén, *Derecho Procesal Constitucional*, cit., p. 98.

las garantías del hombre, sin que ello signifique darle un tratamiento preferente y parcial.

Por eso es importante señalar las variaciones que sufren algunos principios, en los cuales, por citar solo algunos, la bilateralidad estricta no es pura; la contradicción entre partes no es un recaudo para trabar la litis; la gratuidad de las actuaciones no se relaciona con el beneficio de litigar sin gastos; el proceso rápido no guarda vínculo alguno con la sumariedad del conocimiento; y los principios particulares como son la duda a favor del denunciante; la presunción de prueba cumplida cuando la verificación sea renuente a causa de la ausencia de colaboración de la otra parte; la interpretación siempre a favor de los derechos humanos en juego, etc.; todos en conjunto muestran los colores particulares que definen las tonalidades del proceso constitucional.

5.1 Gratuidad de las actuaciones

El principio de onerosidad de las actuaciones judiciales ha implantado en numerosos sistemas la obligación de tributar una tasa (o tributo) por la actividad que se impone a la justicia cuando se promueve un proceso.

En sus orígenes, si alguna de las partes no podía soportar el peso económico de esa necesidad, la otra debía asistirlo. Pero como la imposición resultó casi absurda y excesiva por la crueldad consistente en obligar a alguien a suministrar a otro armas que serían utilizadas contra sus propios intereses, el sistema mudó hacia el beneficio de litigar amparado por la condición de pobre y bajo la tutela asistencial del Estado [167].

Algunos autores sostienen que esta medida benéfica auspiciada para el carente de recursos proviene del derecho canónico, que vio en el modelo de caridad o equidad cristiana la ayuda necesaria que permitiera al pobre controvertir sin encontrarse desprotegido [168].

La preocupación por resolver el problema del indigente reconoce etapas en la búsqueda de soluciones. La evolución transita desde la asistencia jurídica que obliga a los abogados a patrocinar y afrontar directamente los costos procesales; la modificación del sistema que permite al profesional recuperar del Estado la inversión pero nunca la percepción de honorarios; luego el método de la seguridad social a través de organismos institucionalizados que pone la retribución del abogado a cargo del sistema; el modelo norteamericano creado por la *legal service corporation*; el servicio gratuito de cobertura por medio de abogados que integran el Poder Judicial; hasta llegar al conocido sistema mixto que tiene Argentina, donde el carente de recursos puede optar entre el beneficio de litigar sin gastos o la defensa oficializada mediante abogados del Estado.

Inclusive, para reforzar la obligación de igualar la situación del carenciado con quien puede asumir la inversión judicial para el acceso, algunas leyes fundamentales introducen en sus textos el "derecho de litigar gratuitamente de quien no tiene recursos suficientes" (art. 119 de la Constitución Española).

Pero hay otra mirada para la cuestión y está en la naturaleza del conflicto.

En los procesos constitucionales también hay una pretensión que moviliza la actuación de los jueces; sin embargo, la tutela que se reclama es diferente. Hay un

---

[167] Cfr. Gozaíni, Osvaldo Alfredo, *Costas Procesales*, 2ª ed, Ediar, Buenos Aires, 1998, p. 502.

[168] Gómez Colomer, Juan Luis, *El beneficio de pobreza*, editorial Bosch, Barcelona, 1982, p. 402.

interés superior que obliga a no poner trabas económicas en razón de que ellas, si bien pueden ser un argumento para controversias motivadas en diferencias entre particulares, no lo es cuando lo que está en juego son los derechos y garantías fundamentales. Aquí, la prestación jurisdiccional es un deber propio del oficio. Por ello, la justicia se debe administrar gratuitamente.

Este criterio es aceptado en gran medida cuando se promueven juicios de amparo, hábeas corpus y aun los de hábeas data.

Ha dicho Cappelletti que este fenómeno muestra la fascinante paradoja del movimiento en pro del acceso a la justicia: esto es, el hecho que precisamente para asegurar la libertad de mercado, se hacen necesarias las intervenciones normativas, administrativas y judiciales que equilibren el plano de protección judicial para todos [169].

El Código Procesal Constitucional establece en el artículo III, en sus partes pertinentes, que "*Los procesos constitucionales se desarrollan con arreglo a los principios de dirección judicial del proceso, gratuidad en la actuación del demandante, economía, inmediación y socialización procesales. [...] La gratuidad prevista en este artículo no obsta el cumplimiento de la resolución judicial firme que disponga la condena en costas y costos conforme a lo previsto por el presente Código.*

5.2 Proceso sencillo y breve

Los procesos constitucionales difieren en sus modalidades y procederes, sin que ninguno vaya contra el principio de rapidez y efectividad. Es obvio, una crisis constitucional debe ser satisfecha de inmediato, o al menos, en el menor intervalo de tiempo posible.

El problema aparece cuando se pretenden aplicar las reglas del proceso tradicional y, en consecuencia, se ordena el procedimiento sobre las reglas del legalismo formal, el cumplimiento de plazos y términos que habiliten en todo momento el derecho a ser oído, la contradicción permanente, etc.

Vale decir, la sencillez se difumina y la brevedad se torna ilusión.

Para resolver esta cuestión se aplica la idea (estándar o principio) del recurso sencillo y eficaz que predican los tratados y convenciones internacionales.

En ellos, los principios de celeridad y concentración se integran para dar unidad e inteligencia al precepto de rapidez; pero también ambos reciben la influencia de otros presupuestos o reglas notables que inciden para la buena marcha del litigio, relacionándose entonces, el principio de eventualidad, de saneamiento y otros que se anexan en etapas específicas del trámite (v.gr.: adquisición, preclusión, entre otros).

Algunos autores consideran que no es correcto tomar del principio de economía procesal el objetivo de la rapidez, porque ello depende de otro principio que es el de celeridad; de todos modos, si el fin es lograr un proceso ágil, rápido y efectivo, en el menor tiempo, habrá que poner el acento en las características que se persiguen conseguir, sean éstas acentuadas en la conducta que de las partes se espera, o en la simplificación de la estructura del procedimiento.

---

[169] Cappelletti, Mauro, *Dimensión de la justicia en el mundo contemporáneo*, trad. De Héctor Fix Fierro, editorial Porrúa, México, 1993, p. 118.

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.

5.3 El principio "iura novit curia"

"El juez conoce el Derecho" manifiesta la expresión; sin embargo, la traducción no sería apropiada para el aforismo *iura novit curia,* pues correspondería decir *ius novit curia* [170].

---

[170]. El juicio de la oración es *curia* (Tribunal, Corte, Juez), que es la forma de nominativo singular, femenino, primera declinación de *curia, curiae*. El verbo *novit*, que es la tercera persona del singular, del pretérito perfecto (con valor de presente, porque el verbo es incoativo), de *nosco, noscis, noscere, novi, notum*. La otra palabra es el complemento directo, acusativo del neutro *ius, iuris*, que en su forma *ius* es singular y significa *derecho*; y en su forma *iura* es plural y significa *derechos* (Cfr. Sentís Melendo, Santiago, *Iura novit curia*, en *Revista de Derecho Procesal* , 2da. parte, Ediar, Buenos Aires, 1947, p. 209).

Después de algunas desinteligencias en orden a la lectura que debía darse, la noción exacta quedó enmarcada en el deber que tienen los jueces de aplicar el derecho positivo que han de conocer; aunque tiempo después se aligeró la obligación comprendiendo que el derecho debía creerse justo, permitiendo entonces, que la función judicial interpretara el caso y subsumiera en él la norma precisa que lograra satisfacer los principios de justicia y equidad.

De igual modo, el precepto evita que el magistrado quede atrapado por los errores hipotéticos de planteos propuestos por las partes fundados en normas desajustadas con la causa.

Al mismo tiempo, el sentido jurídico que del término proviene genera una obligación demasiado estricta para un sistema legal como el nuestro donde el derecho positivo se plasma a diario en diversidades normativas que el "juez tiene el deber de conocer".

Por eso, nos parece apropiado dar inteligencia al precepto tomando de él lo que puede ser auténtico, despojándolo de proyecciones de imposible cumplimiento.

Es decir, el precepto *iura novit curia* afincado como deber del oficio para aplicar el orden jurídico local tiene una comprensión más que amplia cuando se la expresa sin referencia a un hecho concreto. Esto es, cuando se dice que los jueces tienen el deber de conocer el Derecho.

En cambio, ante una situación concreta deducida, el proceso se califica por la relación jurídica entablada y dentro del espacio que el principio dispositivo permite. Al juez le corresponde aplicar las normas jurídicas con prescindencia de los fundamentos que las partes enuncien, sin que pueda modificar el encuadre fáctico proveniente de la *litis contestatio*.

Ahora bien, en el marco de los procesos constitucionales, la aplicación del precepto cobra fuerza normativa para que la Constitución y los derechos fundamentales se apliquen de manera continua y efectiva. No podrán tener lecturas desiguales y la vigencia de ellos convierte la regla en una cuestión de supremacía. Es decir, antes que interpretar los hechos habrá que atender el conflicto constitucional, teniendo presente en toda circunstancia, que los derechos del hombre son inalienables.

Evidentemente, así, el *iura novit curia* se resuelve casi como una limitación (el juez no podrá resolver en contra de la Constitución) o, en su caso, como una ampliación de sus poderes jurisdiccionales (el juez podrá considerar la guía como una suerte de aplicación permanente en defensa de las libertades).

5.4 El principio "pro homine"

Tras lo expuesto reluce este principio, que se resume en el dogma de interpretar siempre a favor de los derechos humanos.

El principio *pro homine* –explica Mónica Pinto- "es un criterio hermenéutico que informa todo el derecho de los derechos humanos, en virtud del cual se debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos e, inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o su

suspensión extraordinaria. Este principio coincide con el rasgo fundamental del derecho de los derechos humanos, esto es, estar siempre a favor del hombre” [171].

Es un patrón de lectura que está reconocido en diversos instrumentos internacionales, y que aumenta su eficacia con los usos y costumbres. Con ella se evita la dispersión de orientaciones que suelen sufrir los ordenamientos legales que se nutren de fuentes normativas muchas veces incompatibles.

La Corte Interamericana ha dado un alcance singular al principio pro homine cuando se trata de limitaciones en los derechos humanos, indicando que "entre varias opciones para alcanzar ese objetivo debe escogerse aquella que restrinja en menor escala el derecho protegido... Es decir, la restricción debe ser proporcionada al interés que la justifica y ajustarse estrechamente al logro de ese legítimo objetivo (OC-5/85, "*La colegiación obligatoria de periodistas* [artículos 13 y 29, Convención Americana sobre Derechos Humanos]", del 13 de noviembre de 1985, Serie A, nº 5, párrafo 46).

6. Las relaciones entre el Juez ordinario y el Tribunal Constitucional

Finalmente es preciso señalar que el modelo kelseniano predominó en sus orígenes en Europa sin que, actualmente, esté consagrado. Con ello queremos significar que la actuación en procesos constitucionales, o en actividades de puro control de constitucionalidad, no reside únicamente en los Tribunales Constitucionales.

Lo mismo sucede en América, donde el sistema de la *judicial review* no se adoptó a pie juntillas, toda vez que son numerosos los Estados donde se ha preferido incorporar un mecanismo propio que reúne la función en el Poder Judicial, implementando un sistema mixto, donde conviven jueces ordinarios que tienen la potestad de actuar en procesos constitucionales, y Tribunales Constitucionales con funciones específicas.

Bien anota Canosa Usera que, el sistema de la *judicial review* ha evolucionado también, y se aproxima, en algunos aspectos, a los otros modelos existentes de justicia constitucional, de lo cual se llega a la siguiente conclusión: “...Se ha producido una recíproca influencia y aproximación cuya causa no es otra que las transformaciones en el concepto de Constitución. En efecto, toda la construcción kelseniana reposa en una concepción de la constitución entendida como norma de cabecera de un ordenamiento jurídico piramidal que paulatinamente va concretándose. A la cabeza de ese ordenamiento se halla la Constitución; ésta no vincula más que al legislador, siendo pues inaplicable por otros operadores jurídicos, por ejemplo, los jueces que aplican solo la ley. Y si la ley es constitucional, los jueces aplican, pues, las leyes que desarrollan la Constitución” [172].

Con esta lectura se definen algunos problemas de vinculación entre la actuación del Juez ordinario en el proceso constitucional, y los efectos que tiene la sentencia constitucional del Tribunal creado especialmente para los conflictos de esa naturaleza.

La principal surge de considerar a la Norma Fundamental como la ley de leyes. Dicho en otros términos, cuando la Constitución es Norma básica del sistema, todos

---

[171] Cfr. Documentos PNUD, y en “*Derecho Internacional Público*”, del Puerto, Buenos Aires, 2004.

[172] Canosa Usera, Raúl, *Dificultades para la articulación de la justicia constitucional y la jurisdicción ordinaria en España*, en “Derecho Procesal Constitucional”, tomo I, 2ª ed. Jurista, Lima, 2004, p. 154.

deben aplicarla e interpretarla, lo cual conlleva el riesgo de la desinteligencia entre quienes concretan esa función.

Para remediar el problema, el Tribunal Constitucional se convierte en órgano jerárquico supremo, y en tal medida, pueden encontrarse problemas de jurisdicción cuando aquél anula sentencias de la Suprema Corte local.

No parece ser éste el inconveniente en Perú, pues el Código procesal constitucional en el Artículo VI (parte pertinente) dice que: "...[...] *Los jueces no pueden dejar de aplicar una norma cuya constitucionalidad haya sido confirmada en un proceso de inconstitucionalidad o en un proceso de acción popular".*

Para ratificar la jerarquía, inmediatamente el artículo VII consagra el carácter vinculante de las sentencias del Tribunal Constitucional, constituyendo una suerte de "stare decisis" local que pone en la cabeza del sistema a los fallos interpretativos del recordado órgano jurisdiccional.

CAPÍTULO IX

EL LLAMADO "BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD" A LOS FINES DE ORIENTAR A LOS JUECES EN LA TOMA DE DECISIONES

1. Introducción

La introducción en las cartas constitucionales latinoamericanas de distintos Pactos y Convenciones sobre Derechos Humanos, especialmente, el denominado "*Pacto de San José de Costa Rica"* (Convención Americana sobre Derechos Humanos), ha colocado una impronta diferente al principio de la supremacía de las normas fundamentales, toda vez que la jerarquía de los derechos del hombre excede cualquier otra disposición normativa.

El problema surge con la interpretación que tienen los derechos humanos, pues algunos consideran que las previsiones agregadas constituyen programas de acción y propósitos que deben reglamentarse en cada jurisdicción local; mientras otros eluden este pensamiento, sosteniendo el carácter directamente operativo de las normas fundamentales.

Una proyección de la incertidumbre se da al tiempo de conferir una graduación o escala valorativa para las adiciones normativas. Las posibilidades, generalmente, se plantean en tres niveles:

a) Los que sostienen que las normas constitucionales tienen preeminencia sobre los tratados y convenciones internacionales, acuñando como fundamento principal la soberanía de los Estados.

b) Los que argumentan que las normas sobre derechos humanos siempre son superiores a cualquier disposición interna, determinando, de algún modo, un sistema *supra* legal de características transnacionales.

c) Los que igualan el carácter fundamental entre normas constitucionales y derechos del hombre, motivando entre otros argumentos, la idea de un grupo compacto de derechos y garantías.

El siguiente inconveniente aparece cuando algunos piensan que esta es una cuestión ha dilucidar en los procesos constitucionales; dicho en otros términos: es un problema del Juez o Tribunal Constitucional que tiene que realizar en sus actos el control de constitucionalidad de las normas. Más no ocupa al juez común que solo debe aplicar el derecho positivo vigente.

También, no es concordante el sentido que se tiene respecto al significado que tiene un "bloque de constitucionalidad", siendo así menester, comenzar por este esclarecimiento.

2. Variables en la interpretación

La expresión "bloque de constitucionalidad" es una creación del derecho constitucional francés de la década del 60 (1960), que se trasladó a España a partir de la lectura particular que hace el Tribunal Constitucional español que la aplica en la Carta

de 1978, explicando porqué la relación de validez entre las normas, no supone, en más, una clásica resolución sobre la base del orden jerárquico, sino una estricta adecuación o conformidad de ellas a un sistema de derechos donde la persona queda entronizada.

Pero no es ésta una lectura común, de allí que se puedan adoptar criterios distintos o corrientes que adaptan y asumen como propios una idea diferente.

A veces, estas distinciones obedecen a situaciones donde la distribución y delimitación de competencias es fundamental para la organización del Estado, como sucede en España. Dice así la profesora argentina Liliana B. Costante que, en este lugar parecería que la función del bloque es morigerar el impacto del paso de la centralidad absoluta a la aceptación de la existencia de comunidades autónomas porque el bloque de constitucionalidad –además de la Constitución- incluye las normas de competencias entre el Estado nacional español y los distintos estatutos de las comunidades autónomas asimilables a leyes orgánicas. Lo interesante es que pueden incorporar leyes sub constitucionales en la medida en que también distribuyan competencias [173].

En otras ocasiones, se prefiere la amplitud del mecanismo para trabajar como sistema de coordinación y complemento. Una suerte de articulación entre el pasado histórico que tuvo una filosofía, y un presente que arrolla contra él buscando nuevos destinos. Sería, por ejemplo, el caso de Francia.

Más cercanos son los casos de Costa Rica y Panamá.

En el primero no se habla en concreto de un bloque normativo pero se admite la vigencia plena de derechos humanos que no requieren de norma expresa alguna. Inclusive se les asigna una jerarquía superior a la Norma Fundamental, "*siempre en la medida en que otorguen mayores derechos o garantías a las personas*".

> Sostiene Pablo Manili [174], que la jurisprudencia de la Sala Constitucional creada en 1989, consagra la jerarquía constitucional de las normas y de la jurisprudencia internacionales de derechos humanos, con el principio *pro homine* como pauta interpretativa armonizadora entre los órdenes constitucional e internacional.

En el siguiente, el bloque trabaja con valores y preceptos infraconstitucionales, teniendo en cuenta que el modelo de control de constitucionalidad tiene características del sistema difuso como del concentrado, por lo cual, también integra y comprende a las sentencias dictadas por el Pleno de la Corte Suprema en sentencias constitucionales.

> Aclara Liliana Costante que, en Panamá el conflicto es entre la constitución formal y la material para cuya solución se usa el bloque de constitucionalidad que incorpora a la costumbre (obviamente no a la *contra legem*) y a la jurisprudencia. O sea que, a partir del bloque de constitucionalidad, fuentes auxiliares se transforman en fuentes primarias. La incorporación de la jurisprudencia parece coherente en la medida en que Panamá tiene control de constitucionalidad concentrado por lo que los fallos tendrán efecto *erga omnes* e invalidatorios de la fuerza normativa. En cuanto a la concentración del control es necesario señalar que hay doctrina que plantea que Panamá es un caso de control bicéfalo porque la actuación del órgano de control será la Corte o una Sala respondiendo a cuestiones fácticas señaladas en la reglamentación. El bloque de constitucionalidad panameño incorpora también los reglamentos de los cuerpos legislativos y el Estatuto de retorno inmediato al orden constitucional. Aparece aquí un caso en el que se incorporan elípticamente normas

---

[173] Costante, Liliana B., *Operatividad del bloque de constitucionalidad sobre las condiciones materiales correspondientes a un país periférico dentro del sistema de capitalismo globalizado*, ponencia presentada en el III Congreso Internacional sobre Derechos y Garantías, septiembre/2004, Universidad de Buenos Aires, passim.

[174] Manili, Pablo L., *El bloque de constitucionalidad. La recepción del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el Derecho Constitucional Argentino*, p. 120, La Ley, Buenos Aires, 2003

de derechos humanos que remite a normas de derecho internacional sobre el debido proceso cuya existencia como garantía en el derecho interno era muy escueta.

Colombia, por su parte, es un caso particular.

En efecto, el art. 93 de la Constitución expresa:

"Los tratados y convenciones internacionales ratificados por el congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno.

"Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia"

La Corte Constitucional (Colombia) definió en diversas oportunidades el sentido que tiene el llamado bloque de constitucionalidad. Por vez primera lo hizo el 18 de mayo de 1995, apenas cuatro años después de la reforma constitucional.

Nosotros, adoptaremos la sentencia C-067/03 donde dijo que es aquella unidad jurídica compuesta por normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes, por cuanto han sido normativamente integrados a la Constitución, por diversas vías y por mandato de la propia Constitución. Son pues verdaderos principios y reglas de valor constitucional, esto es, son normas situadas en el nivel constitucional, a pesar de que puedan, a veces, contener mecanismos de reforma diversos al de las normas del articulado constitucional *stricto sensu*.

Este es un criterio amplio que permite colegir que no sólo la Carta Constitucional colombiana, sino todos los tratados bilaterales y multilaterales que ha suscrito Colombia y que se deben entender como parte de la Constitución, obligan al Estado y lo vinculan.

Algunos más opinan que, la Constitución de 1991 varió la defensa central de los derechos, porque antes de ella la cúspide era la propia Constitución, que se ocupaba poco más que de la estructura del Estado; pero hoy está por encima el llamado bloque constitucional, formado por los derechos fundamentales reglados en la Norma de Normas, los tratados sobre derechos humanos aprobados por el Congreso y los demás derechos que, siendo inherentes a la persona humana no estén legislados (arts. 93 y 94 de la Const. Política), lo cual le da un amplísimo poder de interpretación al juez.

Estos principios, derechos y deberes, según el art. 2 inc. 1º de la Carta hay que aplicarlos, como obligación categórica, por las autoridades de la República. Son de aplicación inmediata los derechos y deberes mencionados en el art. 95 de la Constitución Política, por el funcionario judicial, por encima de las normas que se le opongan. Estos derechos y obligaciones esenciales no tienen un supuesto de hecho al cual atribuirle una respuesta judicial; no son casuistas, por lo cual le corresponde al funcionario judicial buscar, por la historia de tales principios y por la historia fidedigna de su institucionalización, y precisar su contenido; y luego examinar meticulosamente el verdadero entorno social en el cual se actúa, pues es la única forma para dar una orden judicial que no está prevista de manera precisa en la legislación. Dicho de otra forma, el operador jurídico no puede hacerse el ciego ante el mundo real, pues tiene la orden de hacer viable la justicia en donde le toca actuar.

De algún modo es el paso de un sistema codificado a un régimen por principios o valores, lo cual implica todo un replanteamiento de la hermenéutica, que no se limita a lo puramente lógico, es decir, de filosofía del pensamiento, no basta con hacerse nuevas ideas, sino que llega hasta la misma neurología, pues necesita crear otras conexiones en las células cerebrales, que, por sensibilidad ante la situación social y por el descrédito merecido de la justicia colombiana (aunque se hiciera de buena fe y cumpliendo la juridicidad) hay que hacerlo ya.

Pero cuidado, éste no es un temperamento tradicional, porque la idea de "bloque de constitucionalidad", a veces, se restringe y reduce a los derechos humanos, desplazando otras convenciones internacionales que no tengan esa relevancia. En este sentido, los acuerdos comerciales, los pactos de reciprocidad económica, los convenios patrimoniales, etc., quedan fuera del alcance que se pretende.

3. Efectos y características comunes

Lo cierto es que a partir de este entramado de nuevos derechos (ya veremos cuáles son y si pueden ellos individualizarse) se produce un impacto en los procesos judiciales que altera el sentido tradicional de la *juris dictio* (decir el derecho).

El cambio proviene tanto de las normas legales que imponen las Cartas locales; como de las normas *supra* legales que llegan desde la justicia transnacional.

La fisonomía arrastra, al menos, dos consecuencias:

a) Se posterga el dogma del principio de legalidad, según el cual el Juez solo debe aplicar la norma vigente y reglamentada, porque con el "bloque de constitucionalidad", tiene argumentos aumentados, que no necesitan estar por escrito en el derecho interno, por ser normas operativas que se reconocen a través de la simple aceptación otorgada por una norma constitucional (art. 93, Constitución Política).

b) El proceso judicial se resuelve con una cobertura diferente que incide en el litigio tradicional. Es probable que las reglas persistan, pero los contenidos del "debido proceso" se amplían dando una estructura de base distinta que acondicionará la clásica controversia entre partes.

En suma, ambos extremos suponen augurar una extensión en los poderes y deberes jurisdiccionales al tolerar que el Juez motive sus decisiones en normas, principios, valores y jurisprudencia que ingresa al ordenamiento jurídico por esta vía constitucional; y por otro, con la constitucionalización del proceso se crean condiciones que aumentan las garantías naturales que tiene el "debido proceso".

> En otro lugar hemos dicho [175] que el "debido proceso constitucional" se puede observar desde la plataforma de los más necesitados, obligando a sustanciar un sistema tuitivo, de carácter proteccionista, donde se puede referenciar la miseria humana, las ofensas en la dignidad, las carencias manifiestas de pobres y abandonados, la situación de los niños o las mujeres vejadas, los marginados sociales, los perseguidos, los ancianos, etc. En este aspecto, el debido proceso se vislumbra como la necesidad de restaurar los derechos perdidos, donde no se pueden aplicar conceptos del procesalismo formal, porque la necesidad de reparación es más importante que el formalismo. Sería ni más ni menos que el derecho a tener un proceso sin resignaciones ni egoísmos adjetivos.
>
> En la concepción antigua, los derechos no sirven para liberar la voluntad del hombre, porque ésta, de por sí, es origen de arbitrio y desorden. Sirven, por el contrario, -en opinión de Zagrebelsky- para reconducirla a su justa dimensión. Su realización consiste en la adopción de medidas políticas orientadas a la justicia o, como suele decirse, al bien común. Por tanto, la visión que se ofrece de ellos es esencialmente de derecho objetivo: los derechos como consecuencia o reflejo de un derecho justo; los derechos como tarea a realizar por los gobernantes, como deber de los poderosos en favor de los más débiles. Así

---

[175] Gozaíni, Osvaldo Alfredo, *Derecho Procesal Constitucional – Debido Proceso*, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2004.

> pues, también en esto se da una contraposición. Mientras que para la tradición moderna los derechos son el complemento de la naturaleza positiva del hombre, para la tradición antigua, en cambio, son el remedio contra su maldad y contra los males que derivan del ejercicio de su voluntad.

En resumen, trabajar con el bloque de constitucionalidad 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 sin razón; el ideal moderno lo emplaza con una dinámica que diluye la fijación de contenidos. Tiene, en consecuencia, un carácter o una condición progresiva, donde lo trascendente es impulsar el activismo responsable de los jueces, como únicos instrumentos humanos eficaces para la protección de los derechos humanos.

> Por eso se argumenta que debajo de las normas sustanciales de todo nivel están los procedimientos, pues acorde con el paradigma de primacía de los derechos sustanciales (art. 2 inc. primero; art. 228), que consagran la tutela judicial efectiva. Los derechos y las obligaciones deben cumplirse imperativamente. Los procedimientos son un instrumento para ello, que debe hacerse dúctil. De tal modo que si los trámites hacen negatorios los derechos y obligaciones sustanciales deben inaplicarse, y si no son suficientes, el operador jurídico debe inventarse la forma de hacerlos efectivos, como cuando la Corte Constitucional considera exequible unas leyes bajo ciertas condiciones o ha deferido al futuro la inexequilidad de una norma, pues los efectos de la sentencia inconstitucionalidad (un fenómeno procesal) no deben ser más perjudiciales que la misma preceptiva declarada inconstitucional. Y en los procedimientos está, por encima de los mismos trámites, las normas rectoras, consagradas en C. P. P. en los artículos 1 a 12.

4. Las fuentes de interpretación en Colombia

Veamos ahora como trabaja el sistema cuando se tiene que elaborar una sentencia.

Los fundamentos normativos se adoptan desde las “fuentes” directas, como son, en primer lugar, la Constitución Política; y luego las leyes, normas generales, especiales, reglamentos; para culminar con los principios generales y la jurisprudencia aplicable.

Pero hay también fuentes indirectas que pueden tornarse en inmediatas por una decisión del Estado.

Es el caso del art. 93 que incorpora al derecho interno “los tratados y convenciones internacionales” que reconocen derechos humanos, aclarando que ellos *prevalecen en el derecho local*. El requisito es la ratificación del Congreso.

También lo es el agregado del art. 94 que refiere a “derechos implícitos” (...*no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente* entre los derechos que enuncian la Constitución y los tratados internacionales).

Ahora bien, el art. 4º de la Constitución Política señala que: “*La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales”.*

Pero ¿cuáles son las disposiciones constitucionales? ¿Son las expresas o directas, o también se agregan las fuentes indirectas?.

Aquí el dilema aparece en la inteligencia que se ha acordado a la voluntad del legislador y a la que deriva de la jurisprudencia constitucional.

La asamblea constituyente, a través de las palabras de sus convencionales, dejó claramente establecido que todos los tratados y convenciones sobre derechos humanos que fueran ratificados por el Congreso, ingresaban en el derecho interno, cobrando primacía y preferencia en el ordenamiento jurídico.

Algunos, como el Constituyente Augusto Ramírez Ocampo, dijeron que "*ellos son nuestra norma real y suprema y debe ser aceptada por todos"* [176], coincidiendo en líneas generales toda la Asamblea.

Sin embargo, no ha sido uniforme la jurisprudencia aplicada, y sabe el lector que por respeto a sus propias tradiciones eludiremos comentar las desviaciones habidas, las que pueden quedar relativizadas si únicamente se menciona la sentencia 225/95 del 18 de mayo de 1995 (*Revisión Constitucional del Protocolo adicional a los convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional [Protocolo II], hecho en Ginebra el 8 de junio de 1977, y de la ley 171 del 16 de diciembre de 1994, por medio de la cual se aprueba dicho Protocolo).*

En ésta, se toma al Protocolo como uno de los instrumentos internacionales a que refiere el art. 93, al que se lo señala como uno de los que forma parte del derecho internacional humanitario y del *ius cogens internacional* (recordemos que el art. 214, apartado 2º dispone que: *No podrán suspenderse los derechos humanos ni las libertades fundamentales. En todo caso se respetarán las reglas del derecho internacional humanitario...").*

Se alegó a favor de la dignidad humana, y de la fuerza normativa que tienen las normas sobre el derecho internacional humanitario. Y cuando se encontró con la presunta valla del art. 4º constitucional dijo:

"La Corte considera que la noción de bloque de constitucionalidad *proveniente del derecho francés pero que ha hecho carrera en el derecho constitucional comparado, permite armonizar los principios y mandatos aparentemente en contradicción de los artículos 4 y 93 de nuestra Carta"*

> Comentando la sentencia, Germán Bidart Campos [177] decía: un punto trascendental es el que se desarrolla en orden a la relación entre la supremacía de la Constitución (que es norma de normas, conforme al art. 4º) y la prevalencia en el orden interno colombiano de los tratados de derechos humanos ratificados por Colombia (según el art. 93). El tribunal, que nunca ha sido escaso en fundamentos doctrinarios de la mejor estirpe, acude al "bloque de constitucionalidad". Dice que se compone con las normas y principios que no aparecen formalmente en el articulado del texto constitucional, pero que son utilizados como parámetro del control constitucional de las leyes, porque han sido normativamente integrados a la Constitución por diversas vías y por mandato de la Constitución misma.

---

[176] Cfr. Nieto Navía, Rafael, *Los derechos a la igualdad y a la propiedad y la expropiación sin indemnización*, p. 893, en Héctor Gros Espiell "Liber amicorum", Bruylant, Bruselas, 1997.

[177] Bidart Campos, Germán J., *El derecho internacional humanitario en Colombia*, Rev. El Derecho (Argentina), t. 164 p. 438.

En consecuencia, quedan pocas dudas sobre la posibilidad de aplicar este conjunto normativo que, sin integrar la constitución formal, forman igualmente parte del material que se aplica y utiliza para resolver conflictos diversos.

A partir de esta coincidencia comienzan otros inconvenientes. La pregunta es ¿son estas reglas de interpretación aplicables a todo tipo de procesos? O ¿solamente son válidas cuando hay conflictos de naturaleza constitucional?. En otros términos: ¿son derechos siempre aplicables, o constituyen un conjunto normativo supletorio?.

5. ¿Poderes del Juez constitucional o de todos los jueces?

En esencia, no hay controversia entre partes donde no existan derechos constitucionales en juego.

Partiendo de esta simple observación, no sería posible concluir de otra manera que no sea aquella que permita a todos los jueces resolver en cuestiones constitucionales.

Sin embargo, este ha sido uno de los miedos emblemáticos en la historia del derecho, porque se pensaba que la interpretación libre de las normas, y mucho más de la ley fundamental de la nación, podía llevar a aplicaciones particulares o inteligencias capciosas despojadas de serenidad y deliberación, permitiendo ejercer un poder despótico y absoluto.

Así fue la lección que impartieron clásicos como Rousseau o Montesquieu, tratando de evitar el gobierno de los jueces.

Al Juez europeo, producto de esta prevención, solo se le encargó aplicar la ley, nada más. No podía cambiar el sentido acordado por la voluntad mayoritaria del pueblo. Si era injusta, no era un problema del Juez: su deber era cumplir con los preceptos del derecho subjetivo.

Pero este es un criterio simplificado que se muestra diferente del que América desenvuelve.

Nosotros, sin demasiada precisión, podemos afirmar que damos a los jueces mayores facultades y poderes, cuyas posibilidades en el proceso común exceden la simple fórmula de aplicar la ley para resolver el caso concreto.

Vale decir que, cualquier juez, puede y debe, aplicar en la cuestión que decide, el marco legal que lo predispone, de manera que si entre ellas aparecen normas de contenidos más amplios que los que tiene la legislación interna, está en su derecho utilizarlas y destinarlas como fundamentos válidos, desde que no son normas inciertas o inaplicables, sino directivas transnacionales que se incorporan al plexo constitucional como un “bloque” de nuevos derechos y garantías.

Con ello queremos partir de un punto central de estas reflexiones:

En Europa, los jueces tienen claramente fraccionadas sus actividades de acuerdo con los casos que debe analizar. Podrá ser un juez ordinario y no tener poderes para realizar control de constitucionalidad; será un Tribunal Constitucional, habitualmente extra poder (es decir, fuera o extraño al Poder Judicial) cuya función básica es fiscalizar la supremacía de la norma básica del Estado; quizá sea un tribunal administrativo encargado de hacer efectivo el principio estricto de legalidad; o jueces comunitarios con ejercicios particulares y una misión específica; etc.

En América, en cambio, los jueces –todos- integran el Poder Judicial. La justicia no se *administra*; se *ejerce* con poderes y deberes típicos de la función de impartir justicia. En esa misión, cualquier juez tiene un compromiso con la legalidad, es decir, tiene que aplicar la ley. La particularidad está en que, al mismo tiempo que la emplea, puede colegir su adaptación al caso que resuelve, de manera que tiene un poder de interpretación que no tienen –al menos dogmáticamente- los jueces europeos.

Esto es así en virtud de una clásica división entre *sistemas que confían en los jueces* y *sistemas que desconfían de ellos*. En el primero, se permite al Juez o tribunal que aplique la norma que considere justa; en el segundo, sólo puede utilizar la norma que el derecho positivo establece.

Ahora bien: ¿es cierta esta división tan polarizada? ¿Qué sucede con Latinoamérica que ha creado y recreado el modelo europeo de Tribunales Constitucionales para concretar la fiscalización del principio de supremacía constitucional? Acaso ¿es posible persistir en una descripción del modelo concentrado y difuso como algo presente cuando todos sabemos que ninguno es un mecanismo puro y continuo del modelo originario?

6. Los conflictos de constitucionalidad

Partiendo de afirmar que todos los jueces tienen poder de interpretación de las normas que deben aplicar en un caso concreto, veamos ahora cuáles son los conflictos que se pueden suscitar:

a) *Inconvenientes para resolver la subordinación jerárquica de las normas;*

b) *Inconvenientes para decidir la autonomía normativa del Estado;*

c) *Inconvenientes para analizar la autonomía de la norma que pertenece al bloque;*

d) *Inconvenientes para responder la eficacia normativa de actos de autoridades públicas o de particulares que son contrarios a la Constitución o al "bloque de constitucionalidad".*

Cada uno de estos planteos será objeto de tratamiento singular, no obstante, podemos anticipar lo siguiente:

Los primeros se vinculan siempre con la interpretación directa de normas o actos de naturaleza constitucional, que presupone el examen de la relación jerárquica entre ellas.

Son *cuestiones constitucionales simples*, en el sentido que la actuación del magistrado depende del interés a tutelar. Vale decir, en las cuestiones simples es deber del interesado demostrar el agravio constitucional, pero la actividad concreta del Tribunal trabaja con el principio *iura novit curia*, dejando al Juez en libertad de acción para analizar la relación de subordinación normativa.

En otros términos, "la relación de validez entre normas, que presupone el examen de la subordinación entre las mismas, ya no se efectuará, al menos exclusivamente en base al criterio jerárquico, sino que la validez de una norma podrá

depender no solamente de su conformidad con la Constitución sino del llamado *bloque de constitucionalidad*" [178].

Según la Corte Constitucional (Sentencia C- 067/03, magistrado ponente Gerardo Monroy Cabra), las disposiciones que integran el bloque superior cumplen la cuádruple finalidad que les asigna Bobbio, a saber, servir de *i)* regla de interpretación respecto de la dudas que puedan suscitarse al momento de su aplicación; *ii)* la de integrar la normatividad cuando no exista norma directamente aplicable al caso; *iii)* la de orientar las funciones del operador jurídico, y *iv)* la de limitar la validez de las regulaciones subordinadas.

Las segundas son más difíciles. ¿Puede el Estado en situaciones de emergencia, en cualquiera de sus poderes, ir contra la Constitución o el bloque de constitucionalidad?

Esta es una *cuestión constitucional compleja*, que de alguna manera se ha resuelto, por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (OC/9).

> La suspensión de los derechos fundamentales aparece tradicionalmente unida a situaciones de excepción o riesgo para la vida del Estado. Algunos remontan sus raíces históricas a la llamada dictadura comisoria o no soberana que se utiliza en Roma a mediados del siglo III a.C., que consiste en poner al mando militar en manos en un *magister populi*, con poderes suficientes para obrar discrecionalmente sin los inconvenientes de los cónsules y su sistema de coordinación, colegialidad, intercesión y provocación.

Actualmente el problema de la suspensión de garantías en estados de emergencia puede enfocarse desde distintos puntos de vista. En términos políticos describe hechos muy próximos a la guerra; una explicación descriptiva del disturbio interno de un país; o bien la crisis por la que atraviesa una nación, o quizá, la catástrofe emergente de un desastre natural como inundaciones, terremotos, etc.

Similar preocupación acontece cuando las circunstancias de fuerza mayor a consecuencia de catástrofes naturales tienden a suspender el ejercicio de ciertos derechos humanos bajo el argumento de facilitar la tarea de recomposición.

Sin embargo, donde asienta la clave procesal de esta problemática es, sin duda, la posible alteración del Estado de los mecanismos de defensa técnica, ya sea por la suspensión, la anulación o el trastrocamiento por otras menos efectivas.

A solicitud del gobierno de Uruguay, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la opinión consultiva nº 9 del 6 de octubre de 1987 dejó en claro que las garantías indispensables, entendiendo por tales a los procedimientos judiciales que ordinariamente son idóneos para garantizar la plenitud del ejercicio de los derechos y libertades a que se refiere el artículo 27.2 de la Convención, son aquellas cuya supresión o limitación es imposible so riesgo de violar los derechos humanos.

---

[178] Piniella Sorli, Juan Sebastián, *Sistema de fuentes y bloque de constitucionalidad*, p. 49, Bosch, Barcelona, 1994.

Según este principio, la inexistencia de un recurso efectivo contra las violaciones a los derechos reconocidos por el Pacto de San José de Costa Rica constituye una trasgresión de la misma por el Estado Parte en el cual semejante actitud tenga lugar.

> En este sentido debe subrayarse que, para que tal recurso exista, no basta con que esté previsto en la Constitución o la ley o con que sea formalmente admisible, sino que requiere que sea realmente idóneo para establecer si incurre o no en un socavamiento a las garantías, a fines de proveer lo necesario para remediarlo. No pueden considerarse efectivos aquellos recursos que, por las condiciones generales de un país, o por las circunstancias particulares de un caso dado, resulten ilusorios. Ello puede ocurrir, por ejemplo, cuando su inutilidad haya quedado demostrada en la práctica; porqué el poder Judicial carezca de la independencia necesaria para decidir con imparcialidad o porque falten los medios para ejecutar sus decisiones; por cualquiera otra situación que configure un cuadro de denegación jurisdiccional, como sucede con el retardo injustificado de la sentencia; o *lato sensu*, cuando no se permite al presunto lesionado el acceso al recurso judicial

El tercer planteo surge con la autonomía que tienen cada una de las normas del denominado “bloque”, teniendo en cuenta para ello la amplitud que la Corte Constitucional de Colombia asigna al interpretar el alcance que tiene.

Vale decir, ¿son las normas del bloque independientes entre sí, o están integradas a un sistema que trabaja en conjunto?.

Por ejemplo: 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. Con ello 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.

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").

Ahora bien, ¿este conjunto de garantías opera como sistema o cada cláusula nueva que integra el debido proceso es independiente?: la respuesta, creemos, está en ambos frentes.

De este modo, 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 reacción 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.

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 menor 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 suertes 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.

La cuarta posibilidad de intervención de los jueces en conflictos constitucionales se da en los denominados “procesos constitucionales”, particularmente en el amparo (acción de tutela, recurso de protección, mandato de segurança, son algunos de las nominaciones que tiene Latinoamérica para esta vía procesal).

Aquí cada reglamento puede determinar una competencia singular, pero debe atenderse que hay características particulares que privan al proceso constitucional de las tradiciones formales del juicio común.

En cada situación donde aparecen conflictos constitucionales, aparece el mandato *supra legal* que indica la necesidad de actuar *pro homine*, eludiendo retaceos formales, abriendo paso a una gestión positiva y eficaz de los jueces, y permitiendo que se haga realidad esta suerte de “derecho constitucional común” que aplica en toda Latinoamérica el “bloque” de derechos y garantías provenientes de los derechos humanos.

> Ofrece Peter Häberle una visión particular de este fenómeno de influencia que denomina “*ius commune americanum”* al sostener que, a partir de la comparación a nivel mundial en materia de Estado constitucional como tipo se comprueba que ninguna nación puede afirmar haber realizado, aquí y ahora, *todos* os elementos textuales, ideales y óptimos, del tipo del Estado constitucional. Cada uno ha aportado algo nuevo en ciertos campos, y en otras ha sido receptora; unas veces, ha sido pionera, y en otras, se ha quedado rezagada.

> El ideal del tipo del Estado constitucional es una construcción científica en la medida que no es posible hacer de ella simples deducciones abstractas, pues cada nación constitucional de la que se trate es sumamente individual y especial [179].

6.1 Componentes del bloque de constitucionalidad

Dejando de lado el dilema de atrapar dentro del conjunto a *todos* los tratados y convenciones que el Estado celebre, para enfocar los contenidos que tiene el bloque de los derechos humanos, es preciso, en consecuencia, considerar tres dimensiones distintas pero interactuantes.

La primera se refiere al *ámbito normativo*, esto es, el espacio que tienen las disposiciones escritas en los referidos compromisos *supra* nacionales donde la Convención Americana sobre derechos humanos arroja un caudal de nuevos contenidos.

La segunda es el espacio de los *valores superiores* donde se puede encontrar una suerte de jerarquía dentro de las disposiciones, donde anida antes que la expresión escrita el espíritu que ellos importan.

El tercero es el campo de las *limitaciones*, que siguiendo este enfoque del trialismo, supondría algo así como el ámbito de la realidad donde se deberán aplicar este conjunto de nuevos derechos y garantías.

a) El espacio normativo: Conforme el art. 93 de la Constitución Política, la incorporación de los derechos humanos provenientes de tratados y convenciones internacionales ratificados por el Congreso no se "incorporan" al texto constitucional, porque quedan agregados en un bloque de interpretación que tiene prevalencia sobre el derecho interno.

Esta no es una mención anecdótica y carente de sentido, porque al agregarse derechos humanos que llegan desde tratados y convenciones, no se efectúa una equiparación constitucional sino una entrada independiente que se aísla al momento de aplicarse. Por eso el orden de preferencia.

En Argentina los tratados y convenciones se integran al texto constitucional (art. 75 inciso 22, CN), y permiten que otros se agreguen con requisitos similares a los que tiene Colombia.

La diferencia está en el método de interpretación subsiguiente. Mientras en Argentina los Pactos y Convenciones son parte de la Constitución; en Colombia están fuera de ella. Es verdad que se equiparan con rango constitucional y que tienen prioridad de aplicación, pero en los hechos la lectura de los derechos comienza por el bloque.

> En su tesis, Manili afirma que no corresponde hablar de la "constitucionalización" de los instrumentos internacionales, ni de su "incorporación" a la constitución; sino de una "jerarquización" o "elevación a jerarquía constitucional", o "incorporación al sistema constitucional", entendiendo por tal a la constitución material, es decir, la sumatoria de la constitución escrita y la no escrita, que incluye la costumbre, la jurisprudencia, etc.

---

[179] Häberle, Peter, *De la soberanía al derecho constitucional común: palabra clave para un diálogo europeo – latinoamericano*, traducción de Héctor Fix Fierro, Instituto de Investigaciones Jurídicas – UNAM, p. 73, México, 2003.

Supongamos que se trate de fomentar la creación de industrias y fuentes de trabajo a sabiendas del daño ambiental consecuente. Cuestionada la decisión administrativa (política administrativa) el Juez tendrá que resolver dando prioridad a la normativa que desde los pactos y convenciones internacionales llega para cuidar el derecho a un medio ambiente sano y ecológicamente equilibrado.

Los fundamentos estatales quedarían inmediatamente postergados.

Esta lectura es producto de una decisión constitucional que resuelve asumir la primacía del "bloque de constitucionalidad", pero dentro de éste hay vaguedades que, al tiempo de su interpretación puntual, necesita de esclarecimientos.

Puede suceder que la inteligencia de una disposición aislada (pero dentro del bloque) sea contradictoria con una norma constitucional, en cuyo caso, la regla de preferencia podría socavar buenas intenciones del Estado.

Por eso es importante observar que el bloque de constitucionalidad se integra con: *i) instrumentos generales* como la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y la Declaración Universal de Derechos Humanos, ambas de 1948; *ii) instrumentos particulares* como la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y culturales, y el de Derechos Civiles y Políticos; *iii) instrumentos específicos*, que se refieren a problemas puntuales como la discriminación, el genocidio, la tortura, la corrupción, etc. [180].

Esta clasificación tiene su impronta porque, a pesar de las diferencias que tienen en orden al trámite previo de aprobación e incorporación al derecho interno, lo trascendente es determinar si basta con la ratificación del Congreso para dar a cada uno la preferencia legal establecida.

La respuesta está en el art. 93 constitucional, y no hay dudas sobre su operatividad directa e inmediata para darle favoritismo a todo tratado y convención alcanzado.

b) Los valores superiores: Con estos el fenómeno normativo se desplaza al sociológico. El uso de valores significa dar preferencia a reglas tales como el principio *pro homine* (implícito en el art. 94, Constitución Política; art. 29 Convención Americana; art. 5 Reglas de Nueva York; etc.); o *favor debitoris*, entre otros.

Trabajar con valores supone para quien realiza una tarea de elaboración intelectual (como es la creación de una sentencia) elegir aquella que mejor resuelva los derechos de las personas.

La Corte Interamericana, por el caso, sostiene que si en una misma situación son aplicables la Convención Americana y otro tratado internacional, debe prevalecer la norma más favorable a la persona humana [181].

> Bidart Campos explica que el principio *pro homine*, no pierde aplicabilidad en caso de presentarse un conflicto entre el Estado y un particular, sino entre dos o más particulares. En ese caso se interroga ¿cuál será la norma más beneficiosa para la persona y sus derechos si tanto el sujeto activo como el pasivo son personas, y por ende la norma más favorable para una de ellas no favorece a la otra?. En estos casos -responde-, ha de buscarse la norma más favorable para el derecho de la parte en conflicto, teniendo en cuenta el bien o interés

---

[180] Para una clasificación prolija y ordenada ver, Manili, Pablo, ob. cit., p. 177.

[181] OC-5/85, párrafo 52.

jurídico de mayor alcurnia, todo ello de acuerdo a una opción razonable y objetiva en la escala axiológica.

Además, los valores no necesitan más que adecuarse al caso que resuelven porque, tratándose de derechos humanos en juego, no hay otra vía de solución que encontrar el beneficio mayor para la víctima, sin importar el origen o ubicación de la norma que se aplica.

También el principio *favor debilis* opera en este campo, reconociendo una ventaja comparativa en provecho de quien tiene una situación de inferioridad.

O bien, el caso del principio *pro actione*, presente en varios instrumentos internacionales que dan un marco de amplitud al debido proceso (en particular cuando afecta las cuestiones de legitimación procesal, o el alcance de la cosa juzgada).

Finalmente cuadra en este campo una directiva implícita: es deber del estado adecuar su legislación interna para integrar los derechos que no existen de manera expresa, y para impedir que los vigentes colisiones con estas nuevas expresiones de los derechos humanos.

c) Limitaciones al uso del bloque de constitucionalidad

La Corte Constitucional, atinadamente advierte que, el hecho de que las normas que integran el bloque de constitucionalidad tengan jerarquía constitucional hace de ellas verdaderas fuentes de derecho, lo que significa que los jueces en sus providencias y los sujetos de derecho en sus comportamientos oficiales o privados deben atenerse a sus prescripciones.

Este es un llamado a utilizar el preámbulo constitucional, los principios, valores y reglas constitucionales; todas de acatamiento obligatorio y de forzoso cumplimiento en el orden interno, porque las normas del bloque de constitucionalidad son fuente de derecho obligatorio.

Sin embargo hay límites en la aplicación inmediata o directa que dependen de situaciones metodológicas o de condiciones necesarias para su adopción.

Una de ellas es que los Tratados o Convenciones que se invoquen estén en vigencia en el ámbito internacional (recuérdese que un Tratado internacional ratificado por un Estado parte puede no estar vigente mientras no consigue reunir un número determinado de adhesiones), cuestión que tiene proyecciones interesantes de las que no vamos a ocuparnos en este trabajo.

Otra proviene de las *reservas* que el Estado realiza al firmar, ratificar, aceptar o aprobar un tratado, o al adherirse a él, con el objeto de excluir o modificar los efectos jurídicos de ciertas disposiciones (cfr. art. 2.1 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados).

Lo misma actitud precautoria tienen las *cláusulas* o *declaraciones interpretativas*, que significa interpretar algunos términos del Pacto o la Convención para armonizar su aplicación en el derecho interno.

6.2 Jerarquía y orden prevalente

A tono con lo expresado en los puntos anteriores se podría reafirmar el criterio de darle al "bloque de constitucionalidad" un orden de atención prevalente sobre las disposiciones constitucionales.

De este encuadre preliminar se derivan posibilidades alternas.

Al tiempo de tomar decisiones los jueces afrontan el problema de escogencia normativa. Ya sabemos que la prioridad está en los tratados y convenciones ratificados por el Congreso, pero ¿siempre es así?

Obsérvese que el bloque de constitucionalidad orienta cuando hay conflictos de esa dimensión y naturaleza, pero nunca deroga expresamente otras normas imperativas, solo las confronta y deja de lado por una cuestión jerárquica.

Por eso, la tarea de elaboración, a veces, es de complemento, o integración, teniendo en cuenta los derechos implícitos antes mencionados como presentes en la Constitución Política.

No obstante, el ejercicio a realizar es el llamado "juicio de comprobación", que supone concretar un cotejo de tratados aplicables, convenciones ratificadas, normas constitucionales y, en definitiva, una verificación de todo el sistema normativo que conduzca a evitar contradicciones insalvables.

El bloque de constitucionalidad tiene prevalencia sobre el derecho interno, esto es cierto; pero también lo es que no deroga disposición constitucional alguna, las que sirven y apuntalan la posibilidad de tener alternanciA.

7. Conclusiones

En síntesis, dice la Corte Constitucional: " [...] resulta posible distinguir dos sentidos del concepto de bloque de constitucionalidad. En un primer sentido de la noción, que podría denominarse bloque de constitucionalidad *strictu sensu*, se ha considerado que se encuentra conformado por aquellos principios y normas de valor constitucional, los que se reducen al texto de la Constitución propiamente dicha y a los tratados internacionales que consagren derechos humanos cuya limitación se encuentre prohibida durante los estados de excepción (C.P., artículo 93).... Más recientemente, la Corte ha adoptado una noción *lato sensu* del bloque de constitucionalidad, según la cual aquel estaría compuesto por todas aquellas normas, de diversa jerarquía, que sirven como parámetro para llevar a cabo el control de constitucionalidad de la legislación. Conforme a esta acepción, el bloque de constitucionalidad estaría conformado no sólo por el articulado de la Constitución sino, entre otros, por los tratados internacionales de que trata el artículo 93 de la Carta, por las leyes orgánicas y, en algunas ocasiones, por las leyes estatutarias." (Sentencia C-191 de 1998, M.P. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz).

En desarrollo de dicha premisa y refiriéndose concretamente a los componentes del bloque, la jurisprudencia constitucional acepta que los tratados internacionales que definen los límites del Estado hacen parte de esta entidad constitucional.

> Así lo estableció la Corte en la Sentencia C-1022 de 1999 al sostener que los "tratados de fronteras que ya estaban perfeccionados al momento de entrar en vigencia la Constitución no pueden ser demandados, puesto que en el fondo son normas que integran el bloque de constitucionalidad, como ya lo había indicado la sentencia C-400 de 1998, cuando precisó que esos acuerdos internacionales, junto con algunos convenios de derechos humanos, tenían un status y jerarquía diferentes a los otros tratados en el ordenamiento colombiano".

Se agrega que " [...], es claro que si los preceptos, principios y valores contenidos en el bloque de constitucionalidad irradian el texto de la normatividad interna y obligan a las autoridades a acondicionarla a sus disposiciones, también las decisiones judiciales tienen que guardar similar obediencia. Así entonces, no sólo el productor del derecho positivo, sino también el ejecutor de la norma y su intérprete autorizado, están compelidos a seguir los lineamientos del bloque de constitucionalidad, ya que en dicha sumisión reside la validez jurídica de sus actuaciones".

> Que los jueces, y en general todos los llamados a aplicar el derecho, habrán de tomar la norma constitucional como una premisa de su decisión, igual que cualquier otra norma, con las consiguientes consecuencias: a) dado que la constitución es norma superior habrán de examinar con ella todas las leyes y cualesquiera normas para comprobar si son o no conformes con la norma constitucional; b) habrán de aplicar la norma constitucional para extraer de ella la solución del litigio o, en general, para configurar de un modo u otro una situación jurídica; c) habrán de interpretar todo el ordenamiento conforme a la Constitución. En otras palabras, si la Constitución tiene eficacia directa no será sólo norma de normas, sino norma aplicable, no será sólo fuente sobre la producción, sino también fuente de derecho sin más" [182].

[182] De Otto, Ignacio, p. 76, *Derecho Constitucional*, Ariel Derecho, Madrid, 1999.

CAPÍTULO X

EL IMPACTO DE LA JURISPRUDENCIA DEL SISTEMA INTERAMERICANO EN EL DERECHO INTERNO,

1. Introducción

1.1 Los instrumentos internacionales, y en particular, el sistema interamericano de promoción y defensa de los derechos humanos, genera un nuevo mecanismo procesal de asistencia a los derechos del hombre. No se trata de una inmiscusión de tribunales supranacionales en el derecho interno de cada Estado, sino de organismos que cada Estado Parte reconoce y admite como entidades autorizadas a revisar el comportamiento habido en la jurisdicción local, respecto al cumplimiento de los derechos humanos consagrados en pactos y convenciones internacionales que se han incorporado, oportunamente, al derecho interno.

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, 1995/11/23, "*Viaña, Roberto*", LL, 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 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, 2003/08/21, "*Videla, Jorge R.",* LL, 2003-F, 87).

1.2 Cuando un Estado es denunciado ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la acción no pretende que se revise la cosa juzgada lograda ante los tribunales soberanos, porque la petición se promueve con la finalidad de poner en evidencia lo que se cree ha sido una conducta contraria a los preceptos de la Convención Americana sobre Derechos Humanos u otra norma similar.

En un procedimiento contencioso, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, debe no sólo interpretar las normas aplicables, establecer la veracidad de los hechos denunciados y decidir si los mismos pueden ser considerados como una violación de la Convención imputable a un Estado Parte, sino también, si fuera del caso, disponer que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. En cambio, en materia consultiva, la Corte no está llamada a resolver cuestiones de hechos para verificar su existencia sino a emitir su opinión sobre la interpretación de

una norma jurídica (CIDH, 1983/09/08, "*Opinión Consultiva 3/83*", LL, 1999-B, 232) ([183]).

Si después del trámite ante la Comisión se resuelve promover una demanda ante la Corte Interamericana, la jurisprudencia que ésta emita deberá ser acatada por el Estado Parte, toda vez que la única limitante sería no haber aceptado la jurisdicción del tribunal supraestatal al tiempo de incorporarse al sistema interamericano ([184]).

1.3 Lo mismo sucede con los informes que realiza la Comisión, cuando concreta observaciones y formula recomendaciones ([185]).

La conclusión llega del principio de progresividad de los derechos humanos que ha modificado el sistema de interpretación del derecho dando lugar a una regla preferente: *pro homine*, que significa que, cada Estado Parte, asume el compromiso de respetar los derechos y deberes habidos por la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y garantizar su pleno ejercicio, acatando en situaciones de conflicto interno, la jurisprudencia interpretativa que emite la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

1.4 Ahora bien ¿cuál es el problema que tiene el sistema? El fenómeno copernicano que ha revolucionado dicha interpretación judicial, encuentra claras resistencias en los tribunales supremos de cada nación. Es cierto que, como ocurre en Argentina, se admite la influencia y aplicación del sistema en el derecho interno, pero también lo es que, cada vez con mayor prevención se tiende a poner trabas a la ejecución de los informes y decisiones transnacionales.

Las resistencias tienen distintas motivaciones. Algunas de ellas argumentan que el sistema interamericano, y en líneas generales todos los mecanismos que provocan jurisprudencia trasfronteras (v.gr.: justicia comunitaria), socavan las libertades de gestión del poder ejecutivo, y resienten la creación legislativa al ponerle a ambos, condiciones establecidas en la interpretación dada para un derecho humano en particular (v.gr.: derecho de rectificación o respuesta; derecho a la vida; resistencia a la opresión, etc.). Otros sostienen que se otorga un poder demasiado lato y muy genérico a un

---

[183] Los Estados no comparecen ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos como sujetos de un proceso penal, pues ésta no impone penas a los culpables de violar los derechos humanos -en el caso, se denunció al Estado peruano por el uso excesivo de fuerza en la represión de un motín carcelario que provocó la muerte de los reclusos-, ya que su función es proteger a las víctimas y determinar la reparación de los daños ocasionados por los estados sujetos a la responsabilidad internacional que se deriva de la violación (CIDH, 16/08/2000, "*Durand y Ugarte*", LL, 2001-F, 977).

[184] Si un Estado se somete a la cláusula facultativa de aceptación de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana- consagrada en el art. 62.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos-, queda vinculado a la integridad de ésta, y comprometido con la garantía de protección internacional de los derechos humanos, pudiendo sustraerse a la competencia de aquélla mediante la denuncia del tratado como un todo (CIDH, 24/09/1999, "*Tribunal Constitucional de Perú*", LL, 2000-B, 72, con nota de redacción - RU, 2000-1-9).

[185] La labor interpretativa que debe cumplir la Corte Interamericana de Derechos Humanos en ejercicio de su competencia consultiva, busca no sólo desentrañar el sentido, propósito y razón de las normas internacionales sobre derechos humanos, sino, sobre todo, asesorar y ayudar a los Estados Miembros y a los órganos de la O.E.A. para que cumplan efectivamente sus obligaciones internacionales en la materia (CIDH, 09/12/1994, "*Opinión Consultiva 14/94*", LL, 1999-C, 272).

tribunal especial (v.gr.: la Corte Interamericana de Derechos Humanos) exacerbando las potestades clásicas de la jurisdicción.

1.5 No obstante, el sistema funciona. Cambia las reglas de la interpretación judicial, o al menos, las amplía. Modifica presupuestos y condiciones procesales que anidan en la teoría general y que sufren el embate del cambio (v.gr.: legitimación procesal, carga de la prueba, alcance y condiciones de la sentencia, cosa juzgada, ejecución de las decisiones, etc.).

2. La interpretación judicial

2.1 La aplicación de los derechos humanos en el derecho interno puede analizarse en la perspectiva del mecanismo local previsto para el control de constitucionalidad ([186]), porque en definitiva el criterio de interpretación depende de quien sea el último intérprete para definir la orientación.

Entre el modelo europeo de control de constitucionalidad, en esencia dominado por Tribunales Constituciones que ejercen jurisdicción concentrada, genérica y en abstracto; y el control americano dividido en el sistema de la *judicial review* y la jurisdicción difusa, hay diferencias que influencian la interpretación judicial.

Cuando el enfoque es normativo, la actuación se explana en el sistema legislativo y en las facultades, deberes y obligaciones que tiene el modelo para sustanciar un conflicto de naturaleza constitucional.

En cambio, en sistemas polifacéticos donde conviven procesos especiales y poderes propios afincados en un órgano particular (Tribunal Supremo que ejerce la fiscalización; Sala de una Corte Suprema; Tribunal de apelación, etc.), la diversidad lleva a ocuparse de los principios y presupuestos que regulan el proceso constitucional.

Es evidente, entonces, que entre la *jurisdicción* o *justicia constitucional europea*, *lato sensu*, y el *derecho procesal constitucional latinoamericano*, agregando en el grupo a la *judicial review* americana, podrán encontrarse modalidades que distingan a cada uno, pero en esencia, el problema es el mismo: controlar la supremacía de las normas fundamentales.

2.2 Obsérvese que no decimos *supremacía de las normas constitucionales* sino de aquéllas que están en un escalón más arriba, es decir, las *normas fundamentales sobre derechos humanos*.

En este espacio actúa la jurisprudencia transnacional. No tiene en cuenta el hecho en sí (aunque lo estudia y sitúa en su circunstancia) sino la dimensión que tiene la violación de los derechos humanos, para considerar si son actuaciones aisladas que

---

[186] Recuérdese, como dice Ayala Corao, que la persona humana como sujeto de derechos fundamentales está hoy en día doblemente protegida por el derecho constitucional democrático y por el derecho internacional (*Cfr*. "*Derecho Procesal Constitucional*", obra colectiva coordinada por Eduardo Ferrer Mac Gregor, Porrúa, México, 2001, ps. 603 y ss.) de modo tal que la interpretación de los mismos juega en la dimensión de influencias para determinar los criterios a seguir.

encuentran un caso particular, o son quebrantamientos sistemáticos que pervierten la aplicación en el Estado de las garantías judiciales y los derechos del hombre ([187]).

El ordenamiento jurídico aplicado es común al sistema (v.gr.: Pactos y Convenciones), y la lectura que del mismo se ha hecho está señalado por los órganos de aplicación y ejecución del régimen mencionado.

Es probable que la actuación del Juez europeo donde radica la llamada "*justicia constitucional*", sea distinta respecto a la realizada por un juez americano, donde confluye una suerte de "*jurisdicción constitucional*", porque cuando se habla de *justicia* se piensa en el valor que tiene la decisión judicial, en cambio cuando se menciona a la *jurisdicción* se imagina inmediatamente al órgano que resuelve.

2.3 Observemos por ejemplo el enfoque asumido en ambos continentes. En uno, se atiende la relación que tiene el Tribunal Constitucional con el medio donde se inserta; es un problema de adecuación, porque pone en el centro de la mirada, la autoridad del Parlamento y la ejecución de las normas. Por eso, la controversia inicial sostuvo la ilegitimidad del organismo, así como el exceso de potestades. Lo mismo sucede con el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Cuando hay varios intérpretes sucede ese juego de lecturas que pueden ser contrapuestas, y en su caso, aparece el dilema de la jerarquía del órgano y la influencia de uno sobre otro (el llamado choque de trenes en el derecho colombiano).

Es cierto que un sector de la doctrina proclamó su necesidad institucional como si la jurisdicción constitucional fuera producto de un reclamo de la sociedad; pero al mismo tiempo, las resistencias –hoy eliminadas- asentaron sus motivos mostrando la declinación de poderes necesarios para legislar y administrar.

En cambio, los americanos fuimos dominados por el movimiento constitucionalista que al modificar la tradición del ejercicio del poder, trajo consigo una impronta de equilibrio y razonabilidad estableciendo una cuota de responsabilidad política en la división del poder estatal.

La supremacía de la Constitución se constituyó en una pauta de orden y respeto a las instituciones, siendo deber del Poder Judicial, de todos los jueces, controlar que ello se cumpliera.

En consecuencia, cuando se trata de interpretar el alcance y vigencia de los derechos humanos, la lectura del órgano interviniente es de suma importancia, cobrando relieve en estas circunstancias, la influencia que ejercen los demás lectores de las normas en cuestión.

---

[187] La Corte Interamericana de Derechos Humanos puede efectivamente examinar, en el contexto de un caso concreto, el contenido y los efectos jurídicos de una ley interna desde el punto de vista de la normatividad internacional de protección de los derechos humanos, para determinar su compatibilidad (CIDH, 03/09/1998, "*Cantoral Benavides, Luís A.*", LL, 1999-E, 111).

No es facultad de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en ejercicio de su función consultiva, interpretar o definir los ámbitos de validez de las leyes internas de los Estados Partes, sino respecto de su compatibilidad con la Convención u otros tratados referentes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos y siempre y cuando medie un requerimiento expreso por parte de alguno de esos Estados (CIDH, 09/12/1994, "*Opinión Consultiva 14/94*", LL, 1999-C, 272).

2.4 Teniendo en cuenta esta división dogmática, habrá de actuar con prudencia la jurisdicción que interviene en un caso singular, en la medida que pueden darse situaciones diversas, a saber:

a) Que la jurisdicción local aplique el sistema del precedente obligatorio, de manera que habiendo emitido pronunciamiento un Tribunal Supremo, los órganos inferiores deberán seguir la inteligencia acordada.

b) Que cada juez sea soberano en la causa y sentencie conforme su leal saber y entender (v.gr.: jurisdicción difusa incontrolada).

c) Que el juez pueda aplicar su propia doctrina condicionado a la subordinación jerárquica (v.gr.: jurisdicción difusa controlada) de la doble instancia.

d) Que la jurisdicción local tenga tribunales constitucionales o similares que impiden la actuación del juez ordinario, asumiendo que los derechos humanos son cuestiones de naturaleza fundamental que obligan su intervención.

Cada una de estas situaciones pone en jaque la influencia de la jurisprudencia transnacional, pero no impide aplicarla conforme veremos a continuación ([188]).

3. El Juez ordinario y el Juez constitucional

3.1 Otra perspectiva para enfocar la evolución se presenta en la conectividad que tiene el rol del Juez ordinario con el Juez o Tribunal Constitucional. Para ello se debe tener en cuenta que los órganos concentrados interpretan de manera genérica y extienden los efectos de sus decisiones "hacia todos". Mientras que el juez ordinario, resuelve el caso concreto y la cosa juzgada es particular.

La distinción se hace a los fines de enfocar la incidencia de la jurisdicción transnacional en las sentencias, porque suelen practicarse diferencias en orden a la misión constitucional que tienen unos y otros: los tribunales constitucionales el control del principio de la supremacía y la defensa de la legalidad; el juez, resolver el caso dando a cada uno lo suyo.

Es cierto, entonces, que la influencia de lo transnacional es más importante en los mecanismos de jurisdicción concentrada, que aíslan el conflicto hacia la magistratura especial evitando que el Juez común actúe allí donde, probablemente, no tenga jurisdicción. Ello no sucede en la jurisdicción difusa que suele trabajar sobre la división de competencias sin que exista un juez constitucional privativo, porque el poder de interpretación esta distribuido en todo el Poder Judicial.

---

[188] Existe una variedad de modelos que permiten advertir lo señalado, por ejemplo: a) *Órganos creados extrapoder* (es decir, sin adscribir a ninguno de los poderes constituidos, de manera que el conflicto que tienen es acerca de la naturaleza jurisdiccional de sus resoluciones): Guatemala (1985); Chile (1980); Ecuador (1998); Perú (1993); b) *Órganos creados dentro del Poder Judicial* (la controversia principal que tienen es articular su relación con el Tribunal Supremo del Estado): Bolivia (1994); Colombia (1991); c) *Salas Constitucionales dentro de las Cortes Superiores* (se debate el problema de la instancia única para debatir las cuestiones constitucionales): El Salvador (1983); Nicaragua (1987/95); Costa Rica (1989); Paraguay (1992); Venezuela (1999); d) *Funciones constitucionales de la Corte Suprema del País* (en este caso hay dos tendencias: una que deja los conflictos abstractos de inconstitucionalidad en la órbita exclusiva y excluyente del superior tribunal de justicia –v.gr.: México-; y otros que permiten que las cuestiones constitucionales se debatan en instancias ordinarias locales y federales, dejando la interpretación final y definitiva en la Corte Suprema de Justicia de la Nación –v.gr.: Argentina y Brasil-).

Vale decir, que si los tribunales constitucionales reciben interpretación previa de un organismo internacional (v.gr.: Tribunal Europeo de Derechos Humanos), podrían cuestionar la injerencia de éste en sus propios objetivos y funciones; mientras el juez ordinario, recibe dicha jurisprudencia como una orientación que puede o no seguir.

3.2 No obstante, autores como Pérez Tremps, sostienen que esta afirmación es relativa; porque, si históricamente a veces querían presentarse los modelos de justicia constitucional concentrado y difuso como modelos que suponían, en el primer caso, el monopolio de aplicación de la constitución por el tribunal constitucional, y en el segundo una equiparación funcional de todos los jueces y tribunales en dicha tarea, esa diferencia, suponiendo que alguna vez haya realmente sido así, hoy ya es inexistente.

"En efecto, también en aquellos sistemas de justicia constitucional en los que existe un órgano *ad hoc* de justicia constitucional, éste actúa como cierre del sistema o, como mucho, como titular en exclusiva de alguna competencia. Pero la idea de que la constitución debe aplicarse en todo tipo de relaciones jurídicas y, por tanto, en todo tipo de juicio, es una idea que se ha ido haciendo realidad y que convierte, al menos potencialmente, a cualquier órgano jurisdiccional en juez constitucional. Y no puede ser de otra manera en la medida en que, como se ha visto, ha ido tomando cuerpo una concepción normativa de la constitución, que no sólo limita al legislador, sino que actúa como cabeza misma del ordenamiento; éste es un sistema de normas que encuentra su cúspide y las reglas formales y materiales que lo estructuran en la constitución; ésta es tanto norma *normarum, como lex legis"* ([189]).

"Y en este punto es, muy probablemente, donde el constitucionalismo latinoamericano alcanza su originalidad mayor puesto que son mayoría los ordenamientos en los que, como el salvadoreño, convive el control concentrado de constitucionalidad de las leyes, de efectos generales, con el control difuso que puede ejercitar cualquier juez o tribunal para el caso concreto ...[...]... se trata de una característica muy singular del constitucionalismo latinoamericano y, por otro lado, que más allá de cuestiones técnicas viene a ser una manifestación de esa cultura de la Constitución como norma jurídica que se proyecta sobre todo tipo de relaciones jurídicas" ([190]).

3.3 E incluso más, existen sistemas normativos que resuelven el problema bajo la consigna de permitir que todos realicen la tarea de fiscalizar la supremacía, originando modelos duales o paralelos, como los denomina García Belaúnde ([191]).

El nexo que se traba necesariamente en la actividad judicial se produce con la aplicación de la Constitución y de las leyes y tratados que se refieren a derechos humanos, donde no puede haber exclusividad para la interpretación, desde que no hay un custodio personal de la Norma Fundamental.

---

[189] Pérez Tremps, Pablo, *La Justicia Constitucional en la actualidad. Especial referencia a América Latina*, Foro Constitucional Iberoamericano nº 2/3, abril/junio 2003.

[190] Perez Tremps, ob. cit., p. 123.

[191] García Belaúnde, Domingo, *La jurisdicción constitucional y el modelo dual o paralelo*, en LL, 1998-F, 1175 y ss.

Con ello queremos observar que éste es un problema de articulación entre el juez ordinario y el constitucional, e inclusive, una simpleza de contenido técnico que debe conducir a aplicar reglas de interpretación diferentes a las técnicas procesales comunes (v.gr.: carga de la prueba, extensión de la cosa juzgada).

3.4 Aragón Reyes dice que, uno de los rasgos más significativos de este sistema será el del doble sometimiento de los jueces: a la Constitución, que han de cumplir y, por lo mismo, no pueden ignorar o inaplicar, y a la ley, a la que están sometidos y de la que no pueden disponer, lo que significa que no pueden inaplicarla por razón de invalidez. La solución de esta aparente contradicción estará en la cuestión de inconstitucionalidad, que permite a los jueces, no pudiendo disponer de la ley, no estén obligados tampoco a aplicarla cuando la consideren inconstitucional. Por medio de esta cuestión se hace posible la supremacía jurídica de la Constitución en todos los ámbitos del ordenamiento sin que se rompa el principio de la sumisión de los jueces a la ley; esto es, se hace posible que los jueces estén sometidos, al mismo tiempo, a la Constitución y a la ley ([192]).

En efecto, la forma como se relacionan los jueces, en cualquier sistema y organización, es variada y polifacética; por eso, cuando en un lugar dado existe un Tribunal Constitucional, es preciso darle una fisonomía a sus poderes con el fin de evitar conflictos con sus pares de competencia general.

La finalidad de todos es la misma: preservar que la Constitución se aplique y haga efectiva. En algunos casos, con el simple poder de decir si la norma es o no ajustada al principio de supremacía, y en otros, con mayor alcance, procurar que la protección sea sobre todos los derechos fundamentales.

En este juego de jerarquías normativas cobra un relieve especial la interpretación jurisdiccional que hace la Corte Interamericana de Derechos Humanos (y también su par, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos) con las normas operativas y programáticas del denominado "Pacto de San José de Costa Rica". La importancia deviene del propio sistema interamericano que convierte al organismo en el intérprete final de las disposiciones que aplica sobre derechos humanos, y como tal, su lectura trasciende el caso concreto donde se aplica, ofreciendo una visión totalizadora que instala jurisprudencia de base.

3.5 Por ello, en la contertulia jurisdiccional, el conflicto entre tribunales constitucionales y jurisdicción ordinaria, si bien es trascendente, tiene poca relevancia cuando se trata de resolver en materia de derechos humanos, porque para ellos, la única jurisprudencia a aplicar es la que proviene de la jurisdicción que el propio Estado ha reconocido al tiempo de incorporarse al sistema.

En todo caso, dice Pérez Tremps al analizar la relación entre jurisdicciones, esa variedad de soluciones técnicas tiende, también, a poner de manifiesto la necesidad de que el sistema venga presidido por una finalidad intrínseca al estado de derecho: garantizar la unidad interpretativa de la constitución ya que siendo ésta una, y siendo el ordenamiento uno, no cabe que existan mecanismos dispares de interpretación

---

[192] Aragón Reyes, Manuel, *El juez ordinario entre legalidad y constitucionalidad*, en la obra colectiva "*Jueces y derecho. Problemas contemporáneos*", compiladores Miguel Carbonell, Héctor Fix Fierro y Rodolfo Vázquez, UNAM-Porrúa, México, 2004.

constitucional independientes. Allá donde no hay órganos de justicia constitucional especializados, esa unidad interpretativa viene garantizada por la propia estructura del poder judicial y por la existencia, como es lógico, de un tribunal o corte suprema. Sin embargo, allá donde sí existe un tribunal constitucional especializado, el riesgo de dualidad interpretativa existe. Y la solución procesal que se dé para evitarlo, por razones lógicas, debe partir de la supremacía funcional del órgano de justicia constitucional. Dicho de otra forma, si se ha creado un órgano especializado de justicia constitucional es precisamente porque se supone que a él le corresponderá fijar la última palabra en materia de interpretación constitucional ([193]).

Sin embargo, cuando se propicia que "todos los jueces" apliquen la Constitución y desarrollen progresivamente una tutela eficaz y continua para los derechos humanos, no importa afirmar con ello que también sean "todos los jueces" quienes digan el sentido y orientación que tiene una norma.

3.6 Vale decir, cuando aparece el conflicto de constitucionalidad (y los derechos humanos suelen estar garantidos en la Norma Fundamental), y hay órganos especiales para actuar en ellos con el fin de definir el problema, va de suyo que mantener la competencia del juez ordinario es contradictorio y hasta peligroso.

Contradictorio, porque si el Estado crea un organismo para resolver las cuestiones constitucionales, éste debe tener la última palabra. Recortar ese poder, es anular el mecanismo. Y es peligroso porque cada Juez tiene consideraciones y subjetividades que torna la apreciación en un juego de riesgo conforme la personalidad de cada individuo.

Un análisis profundo de ésta situación merece un espacio y atención no previsto en este estudio, pero señala un punto de referencia para visualizar de qué manera está evolucionando el derecho procesal constitucional en el mundo.

3.7 Por ejemplo, hoy los derechos valen más que la ley; no estamos abonando el campo de la legalidad sino de la jurisprudencia; tal como con fineza lo dice Aragón Reyes: "para interpretar y aplicar los derechos no sirve la *scientia iuris*, sino que se precisa la *iuris prudentia*, capaz de incorporar la realidad a la norma a través del caso y de utilizar la equidad para buscar la solución normativa a través del principio de proporcionalidad" ([194]).

Agrega el egregio profesor español, que es cierto que el derecho constitucional europeo tiende a ser un derecho por principios (y no por reglas) y que ello puede conducir a la consideración de los jueces como órganos más del derecho que del Estado. Es decir, no sólo desligados de la ley, sino de todas las instituciones políticas estatales. Ello significaría entender que Estado y derecho son entidades separables y que los jueces, más que al derecho emanado del Estado, se deben al elaborado (de manera conceptual) por la propia cultura jurídica.

---

[193] Pérez Tremps, ob. cit., p. 135.

[194] Aragón Reyes, Manuel, *El juez ordinario entre legalidad y constitucionalidad*, en la obra colectiva "Jueces y derecho. Problemas contemporáneos", p. 156; compiladores Miguel Carbonell, Héctor Fix Fierro y Rodolfo Vázquez, UNAM-Porrúa, México, 2004, ps. 87 y ss.

3.8 Parece razonable sostener, en fin, que el actual sistema constitucional europeo fomenta una aproximación al modelo estadounidense de la función del juez, en el que como decía Hamilton en *El Federalista*, se concibe a los tribunales como un "cuerpo intermedio entre la sociedad y el Estado".

Si tenemos por cierta esta presunta verdad, el juez constitucional (de cualquier sistema) comienza a tener una fuerza y poder que supera el límite de la división tripartita tradicional. Es más, los tribunales constitucionales podrían estar fuera del sistema y ser un órgano extra poder con una superioridad incontrastable.

Idéntica reflexión cabe para la Corte Interamericana de Derechos Humanos, pues como lo afirma el propio Zagrebelsky: no hay nadie mejor que los jueces para que los derechos fundamentales se concreten, y hasta sería mejor que solo fueran ellos quienes los realizaran, toda vez que los políticos están deslegitimados y el que gobierna suele no tener mesura ni la prudencia necesaria [(195)].

4. El valor de la jurisprudencia transnacional

4.1 La incorporación del Estado al Sistema Interamericano de Derechos Humanos es determinante para encontrar el valor que se asigna a la jurisdicción transnacional. El reconocimiento sin limitaciones o con ciertas reservas orienta al intérprete y fija, al mismo tiempo, un temperamento para el poder judicial local.

De este modo, el punto de partida es el derecho internacional donde cabe señalar el principio de buena fe consagrado en el art. 31.1 de la Convención de Viena, por el cual si un Estado suscribe y ratifica un tratado internacional, especialmente si se trata de derechos humanos, como es el caso de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, "*tiene la obligación de realizar sus mejores esfuerzos para aplicar las recomendaciones de un órgano de protección como la Comisión Interamericana que es, además, uno de los órganos principales de la Organización de los Estados Americanos, que tiene como función promover la observancia y la defensa de los derechos humanos en el hemisferio* (Carta de la OEA, arts. 52 y 111)" ([196]).

De más está señalar que igual obligación tiene para acatar y seguir los fallos de la Corte Interamericana, que se reafirma con el art. 33 del Pacto de San José previsto para los asuntos donde se trata de observar el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados Partes ([197]).

Tanta es la preocupación por el mecanismo de desmenuzamiento de los Tratados que el art. 32 de la Convención de Viena permite recurrir a medios suplementarios de interpretación, incluyendo los trabajos preparatorios (interpretación histórica) y las circunstancias de su adopción ([198]).

---

[195] Aragón Reyes, ob. cit., p. 158.

[196] Ayala Corao, ob. cit., p. 650.

[197] No obstante, es importante advertir que una cosa es acatar la jurisprudencia interpretativa de la justicia transnacional; y otra muy diferente, cumplir en el derecho interno las sentencias condenatorias que se han dictado contra el Estado. En el primer supuesto, se dan los inconvenientes prácticos al asignarse, muchas veces, valor declamativo o de simple orientación; en el segundo, los privilegios y excepciones que se establecen para el rápido cumplimiento de la sentencia convierten al obstáculo en una cuestión de responsabilidad del Estado.

[198] La Corte Interamericana ha sostenido que "este método de interpretación se acoge al principio de la primacía del texto, es decir, a aplicar criterios objetivos de interpretación. Además, en materia de

4.2. También la opinión consultiva nº 7 despachada a requerimiento del gobierno de Costa Rica (con relación al derecho de rectificación o respuesta), dejó en claro que el art. 2º de la Convención -que manda a los Estados Partes a dictar medidas que garanticen el cumplimiento de los derechos- reviste carácter subsidiario, porque la obligación esencial viene impuesta en el art. 1º, haya o no legislación interna; si ésta falla, la Convención se aplica igualmente mientras ello resulte posible.

4.3 Ahora bien, si fuera tan simple relacionar el mecanismo con la eficacia y practicidad no sería necesario este comentario ni cargar más tintas sobre el tema; el problema aparece con la realidad del principio porqué se advierte que las sentencias, opiniones consultivas, recomendaciones, informes, etc., que emanan del Sistema, muchas veces tienen el valor de lo que declaran, y se toman como simples propuestas de mejoramiento, sin respetar el carácter obligatorio que tienen, especialmente, las sentencias.

Con relación a éstas es evidente el inconveniente procesal que sufren para la ejecución en el derecho interno, al no encontrar un trámite simple y expedito, sino todo lo contrario.

4.4 El punto de partida para ir definiendo el origen del inconveniente suele estar en el reconocimiento constitucional que se asigna a los Tratados, pues suele instalárselos en una categoría inferior a la misma Ley Fundamental, en el mismo rango, o a veces –pocas-, en una escala superior a la propia Norma Fundamental.

Las reservas comunes que las naciones realizan cuando aceptan la vigencia interna de un instrumento como los descriptos anteriormente, tanto como -en su caso- la competencia y jurisdicción de los organismos de tutela, pone de relieve el carácter infraconstitucional de estos convenios sobre derechos humanos.

La cuestión a clarificar estriba en que muchos de los derechos humanos que vienen a incorporarse en el orden jurídico interno, por lo común están en la Constitución y otros, si no lo estuvieran, seguramente estarían considerados como derechos implícitos.

4.5 En principio cabe afirmar que no existen tropiezos entre la Constitución y los derechos humanos incorporados al derecho interno. Estos siguen en el espíritu de la Ley Fundamental y requieren su puesta al día, a veces por analogado, otras por expresa reglamentación.

De uno u otro modo, lo cierto es que los derechos emergentes de las convenciones son declarativos de aptitudes que deben ser reconocidos sin demora a su simple

---

Tratados relativos a la protección de los derechos humanos, resulta todavía más marcada la idoneidad de los criterios objetivos de interpretación, vinculados a los textos mismos, frente a los subjetivos, relativos a la sola intención de las partes, ya que tales tratados, como lo dijo esta Corte, <<no son tratados multilaterales del tipo tradicional, concluidos en función de un intercambio recíproco de derechos, para el beneficio mutuo de los Estados contratantes>>, sino que su objeto y fin son la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos, independientemente de su nacionalidad, tanto frente a su propio Estado como frente a los otros Estados contratantes" (OC/2).

pretensión, por ser principios de un orden que trasciende la voluntad del Estado cuando ésta se ha manifestado positivamente respecto a su reconocimiento.

Con lo cual volvemos a un círculo vicioso, pues si el Estado no los pone en ejercicio, no los interpreta adecuadamente o lo hace con sujeción a principios que no son naturales a su Constitución, podríamos pensar en inconstitucionalidad por omisión, o de incumplimiento con las garantías reportadas a los Estados Partes.

4.6 La interpretación política de los derechos humanos (distinta a la valoración proveniente de la jurisdicción), indica que la obligatoriedad de un derecho reconocido por una convención o tratado, depende del valor jurídico y jerárquico que, internamente, se asigna al valor susodicho.

Por ello es útil distinguir entre derechos *programáticos* y *self executing*, porque se elimina la posibilidad de ambigüedades provenientes de conveniencias políticas.

La discrecionalidad para admitir un derecho determinado como fundamental no es habitual ni común en los instrumentos internacionales. El basamento que los involucra parte de la premisa del consenso generalizado, de manera que las diferencias han de hallarse en la aplicación interna, más que en la práctica institucional.

4.7 Se llega así al problema en estudio ¿Qué deben hacer los jueces cuando deben aplicar y reconocer los fundamentos que pondera un derecho humano cualquiera? ¿Cómo impacta el sistema en los procesos constitucionales?

En primer lugar, el tema obliga a reconocer cierto deber negativo del Estado, que le reporta la obligación de abstenerse de ejecutar o provocar actos que atenten contra las libertades fundamentales.

Seguidamente, los poderes legislativos cumplen la función de adecuar las necesidades del medio y la sociedad brindándoles a través de una norma expresa, los derechos que reclaman para su justo ejercicio.

La jurisdicción, por su parte, tiene el deber de ofrecer un proceso adecuado, que posibilite un acceso sin restricciones, un recurso efectivo, un litigio sustanciado sin sofismas rituales, y un pronunciamiento que tienda a aplicar los derechos superiores que hacen a la conformación humana y a su dignidad.

5. Obligatoriedad de los pronunciamientos ([199])

5.1 El silencio de la Convención Americana al respecto no impide relacionar el tema con el art. 33 de ella, cuando establece que para "*...conocer de los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados Partes en esta Convención*", la Comisión tiene potestades para emitir informes y recomendaciones.

De su lado, la *Corte Interamericana* ha emitido distintos pronunciamientos que se pueden identificar en períodos.

---

[199] Cfr. Loianno, Adelina, *Incidencia de la jurisprudencia de la Corte Interamericana y de las recomendaciones de la Comisión en el derecho interno*, en "Derechos Humanos", Fundación de Derecho Administrativo (5ª ed.), Buenos Aires, 2005, ps. III-17 y ss.

En el primero las "*recomendaciones*" no contaron con obligatoriedad, porque solamente se interpretaban "*conforme su sentido corriente*". Así lo expresó en dos sentencias: "*Caballero Delgado y Santana c/ Colombia"* (24/12/92) y "*Genie Lacayo c/ Nicaragua"* (27/1/97). En ambos casos se aplicó la regla de interpretación contenida en el art. 31.1 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

En el segundo período, asentó como fuente a la Convención de Viena, y aplicó el principio de la *buena fe*, que antes mencionamos, donde expresa que si un Estado suscribe y ratifica un tratado internacional, especialmente si es de derechos humanos, tiene la *obligación* de realizar sus mejores esfuerzos para aplicar las recomendaciones (caso "*Loayza Tamayo c/ Perú"* (17/9/97, considerandos 78 a 82).

5.2 La obligatoriedad de las decisiones tomadas por la que denominamos "justicia transnacional" (Comisión y Corte Interamericana), se ha reconocido en Argentina aun con anterioridad a la reforma constitucional de 1994 que incorporó los Tratados y Convenciones sobre derechos humanos dándoles jerarquía fundamental (art. 75.22).

Ello sucedió en el caso "*Ekmekdjian, Miguel A. c/ Sofovich, Gerardo y otros"* (CS, Julio 7/1992) cuando se dijo que la interpretación del Pacto debe guiarse por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

En "*Giroldi*" ([200]) enunció que: "*A esta Corte le corresponde* [...] *en la medida de su jurisdicción, aplicar los tratados internacionales* [...] *ya que lo contrario podría implicar responsabilidad de la Nación frente a la comunidad internacional*".

Pero fue en la causa "*Bramajo*" ([201]) donde concedió efectos jurídicos concretos a las recomendaciones contenidas en los informes de la Comisión. Aquí sostuvo que "*la opinión de la Comisión...debe servir de guía o jurisprudencia para nuestros tribunales en lo que hace a la interpretación de los preceptos del Pacto de San José de Costa Rica*".

Los términos categóricos del fallo permiten sostener que, se constituye *jurisprudencia* (vinculante) cuando la orientación se adapta plenamente al caso; o en su lugar, es un *precedente* (guía de orientación) de lectura obligatoria que no puede ser anulado con una interpretación contraria, salvo que fuera más favorable al derecho humano particular que el caso tratase (principio *pro homine*).

5.3 Un retroceso –dice Loianno- "se advierte en la causa <<*Acosta*>>" ([202]) cuando ante el pedido de aplicación de las recomendaciones contenidas en el informe 55/97 de la Comisión, la Corte Suprema de Justicia de la Nación estimó que, si bien el Estado argentino debe realizar los mejores esfuerzos para dar respuesta favorable a las recomendaciones de la Comisión, en modo alguno implica "*consagrar como deber de los jueces el de dar cumplimiento a su contenido*". En consecuencia, si el Estado no tiene el *deber* de cumplir una recomendación, sus efectos jurídicos quedarían a criterio del propio Estado, lo cual se contradice con la propia jurisprudencia del Tribunal en la ya mencionado caso <<*Bramajo*>>".

---

[200] *Giroldi Horacio E y otro,* CS, 07/04/1995, considerando 12.

[201] *Bramajo Hernán J*., CS, 12/09/1996, considerando 15.

[202] *Acosta Claudia,* CS, 22/12/1998.

5.4 Uno de los ministros de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, admite que el sistema interamericano ha ejercido una fuerte influencia en el superior tribunal en dos sentidos: uno relacionado con la *interpretación* de los derechos humanos (citando el caso "*Barrios Altos*" donde quedaron establecidas considerables restricciones a las posibilidades de invocar la defensa de la cosa juzgada para obstaculizar la persecución penal –causa *Videla, Jorge Rafael*-); y otra vinculada con la *jurisdiccionalización de valores y principios* que llegan del Sistema Interamericano y que ejercen señalamientos directos en el control de constitucionalidad ([203]).

La incidencia se ha manifestado en varias causas, pero con afán de síntesis pueden mostrarse los casos *Arancibia Clavel, Enrique* (CS, 24/08/2004) que estudia y resuelve la posibilidad de punir delitos de lesa humanidad que se encontrarían despenalizados por el paso del tiempo, argumentándose que "...el principio de imprescriptibilidad –art. I, Convención sobre Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad-, no puede verse supeditado ni, por ende, enervado por el principio de legalidad –art. 18, CN-, pues los tratados internacionales sobre derechos humanos deben interpretarse conforme al derecho internacional, en tanto éste es su ordenamiento jurídico, debiendo tenerse en cuenta que de nada serviría la referencia a los tratados hecha en la Constitución si su aplicación se viera frustrada o modificada por interpretaciones basadas en uno u otro derecho nacional" (del voto del Dr. Boggiano).

En la causa *Simón, Julio H. y otros* (CS, 14/06/2005) se continúa el criterio que adoptó la Corte Interamericana para calificar como delito de lesa humanidad a la desaparición forzada de personas (*Barrios Altos*), diciendo en la oportunidad que "...la inadmisibilidad de las disposiciones de amnistía y prescripción, así como establecimiento de excluyentes de responsabilidad que tiendan a impedir la investigación y sanción de los responsables de violaciones graves de los derechos humanos, configura un aspecto central de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, cuyos alcances –en el caso, con relación a la impugnación constitucional de las leyes 24.392 y 23.521 de obediencia debida y punto final, respectivamente-, no pueden ser soslayados".

En ambas causas, la Corte Interamericana se había pronunciado desde el caso *Barrios Altos* sobre la lectura que tenía el juzgamiento de este tipo de delitos ante situaciones especiales como la prescripción de las acciones o las llamadas "leyes del perdón" como sucedió en Perú y Argentina, entre otros.

5.5 Sin embargo, la doctrina no fue pacífica para recibir sin observaciones ambos fallos. Algunos argumentaron acompañando la disidencia de Fayt en la causa "*Simón*", que la reforma constitucional no podía ser aplica retroactivamente, y en consecuencia, serían las normas que hubieran estado vigentes al tiempo de los hechos las que debieron imperar ([204]).

Es el criterio que tiene la Corte Interamericana: Debe aplicarse el principio de irretroactividad de las normas internacionales -art. 28, Convención de Viena sobre el

---

[203] Petracchi, Enrique S., *Jurisdicción Constitucional y Derechos Humanos*, LL, 2005-E, 907.

[204] Manili, Pablo L., *Primeras reflexiones sobre el fallo "Simón". Una disidencia ajustada a derecho*, en LL, 2005-F, ps. 15 y ss.

Derecho de los Tratados- a los fines de la procedencia de la excepción preliminar opuesta por la Argentina, fundada en los términos en que aceptó la competencia de la Corte Interamericana, toda vez que dicho Estado se hizo parte en la Convención Americana -y aceptó la competencia contenciosa de la Corte- declarando que las obligaciones contraídas sólo tienen efecto con relación a hechos acaecidos con posterioridad a la ratificación del mencionado instrumento (CIDH, 2001/09/07, "*Cantos, José M. c. República Argentina*", LL, 2002-B, 135).

Otros, apuntaron a la posibilidad de limpiar el pasado con normas específicas, aduciendo que "es inadmisible que los llamados delitos de lesa humanidad no puedan ser objeto de indultos, conmutaciones de penas o amnistías. Son potestades intransferibles que la Constitución le otorga al órgano ejecutivo y al Congreso, y cuya prohibición por un tratado internacional estaría vulnerando el art. 27 de la Ley Fundamental (art. 7º, Ley 24.309). Solamente por imperio del art. 36 de la Constitución, es inviable el indulto y la conmutación de penas cuando se trata de delitos, concretados en actos de fuerza, contra el orden institucional y el sistema democrático interrumpiendo la plena vigencia de la Ley Fundamental..." ([205]).

Inclusive, la Academia Nacional de Derecho criticó a la Corte por el caso "*Simón*", reiterando la polémica anunciada al pronunciarse en los casos "*Arancibia Clavel*" y "*Espósito*", expresando que la Constitución no podía quedar sometida a una interpretación que prohijara el principio de la supremacía constitucional, desde que el art. 75.22 era claro al sostener que la recepción de los tratados y convenciones sobre derechos humanos estaba sujeto a tres condiciones: *a)* las condiciones de su vigencia (que alude a las reservas que introdujo el gobierno argentino al aprobar y firmar el tratado); *b)* no derogan ningún artículo de la primera parte de la Constitución, y *c)* sólo pueden tomarse como complemento de los derechos constitucionales, para interpretación de los mismos".

5.6 Las dudas sobre el seguimiento se han acentuado en dos causas. La primera fue el resonado caso "*Cantos, José M.*" (28/11/2002) en la que la Corte Interamericana entendió que el estado argentino había violado los derechos a las garantías judiciales, a la protección judicial y a la propiedad privada, otorgando dos (2) meses para que se produjeran las respectivas reparaciones, y al quedar notificado el Estado, la Corte Suprema resolvió que, de atenderse la petición se infringirían cláusulas de inequívoca raigambre constitucional, lo que implicaría para el Superior Tribunal, una patente y deliberada renuncia a su más alta y trascendente misión, que es la de ser custodio e intérprete final de la Constitución ([206]).

La oposición al acatamiento del fallo mantuvo una interpretación de las consecuencias que importaría tal ejecución, pues consideró que "bajo el ropaje de dar cumplimiento a una obligación emanada del art. 63.1 de la Convención Americana, se llegaría a la inicua cuanto paradójica situación de hacer incurrir al Estado argentino en responsabilidad internacional por afectar derechos tutelados en dicho instrumento internacional" ([207]) ([208].

---

[205] Badeni, Gregorio, *El caso "Simón" y la supremacía constitucional, suplemento de Jurisprudencia Penal y Procesal Penal,* LL del 29 de Julio de 2005, ps. 9 y ss.

[206] Petracchi, ob. cit., p. 908.

[207] Petracchi, ob. cit., p. 908.

La otra causa fue "*Lariz Iriondo, Jesús M.*" (10/10/2005), oportunidad cuando la Corte dice que "...en el derecho internacional no existe un desarrollo progresivo suficiente que permita concluir que todos los actos que son calificados como <<actos de terrorismo>> por los tratados internacionales puedan reputarse, tan solo por esa circunstancia, delitos de lesa humanidad", y en consecuencia rechaza el pedido de extradición efectuado por el Reino de España respecto de un miembro de la organización terrorista E.T.A.

En ambas situaciones se coligen condiciones diferentes. En la primera, se consideraron los efectos que tendría cumplir una sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos donde existían en el derecho interno, realidades que quedarían conmovidas afectando, probablemente, derechos de mayor jerarquía. En la segunda, la Corte no tuvo guías de orientación y eludió seguir el vinculado por analogía. Vale decir, como el terrorismo no se define como delito de lesa humanidad el bien a proteger debió estimarse en los moldes del derecho interno, y en tal caso, la jurisprudencia transnacional no ocupó un espacio demasiado importante.

6. Subsidiariedad o aplicación directa

6.1 La presentación jurisprudencial instala un debate a resolver: ¿la interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y otros textos internacionales vinculado con derechos humanos, que realiza la Corte Interamericana, es obligatoria o solamente aporta un elemento o guía de orientación que actúa en subsidio de la consideración interna?

Las dudas advertidas en el parágrafo precedente testimonian el problema. Cuando el tribunal supranacional resuelve un caso concreto, por ejemplo, sobre prescripción de los delitos de lesa humanidad, tenemos por cierto que esa jurisprudencia es *vinculante* pero *no obligatoria* para situaciones locales similares.

Vinculante porque el Estado argentino ha aceptado la jurisdicción transnacional, pero no es obligatoria porque no se trata de un caso donde nuestro país esté

---

[208] La petición efectuada por el Procurador del Tesoro de la Nación que persigue que la Corte Suprema de Justicia de la Nación dé cumplimiento a una sentencia de la Corte Interamericana -que declaró que el Estado Argentino violó normas de la Convención y que debía abstenerse de perseguir el cobro de la tasa de justicia, una multa impuesta, reducir razonablemente los honorarios regulados y asumir el pago de costas en una causa donde fue parte- debe desestimarse so riesgo de infringir cláusulas de raigambre constitucional cuya titularidad corresponde a diversos profesionales intervinientes.

La reducción del monto de unos honorarios fijados por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, -a los fines de cumplimentar una sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que entendió que el alcance dado a las leyes 23.898, 24.432 y 21.839 con relación al monto del pleito, importaría el pago de sumas exorbitantes, que van mucho más allá de la equitativa remuneración de un trabajo profesional calificado- sin dar a los profesionales involucrados la posibilidad de resistir una eventual petición del interesado en tal sentido, vulnera elementales garantías constitucionales de los así afectados, toda vez que éstos no fueron parte en el proceso desarrollado en instancia internacional, lo que *llevaría a la inicua -y paradójica- situación de hacer incurrir al Estado Argentino en responsabilidad internacional por afectar garantías y derechos reconocidos, precisamente, en el instrumento cuyo acatamiento se invoca* -arts. 8, 21 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos- (CS, 2003/08/21, "*Procurador del Tesoro de la Nación (en autos Cantos, José M., expediente 1307/2003*", LL, 2003-F, 16 - DJ, 2003-3, 251).

directamente afectado. En consecuencia, la orientación del pronunciamiento es una guía o pauta.

La Corte siempre se ha preocupado por aclarar que la "obligatoriedad" de sus fallos es para el Estado Parte que se encuentra denunciado ([209]).

6.2 Diferente es la situación cuando la Corte se define en *jurisdicción consultiva*, precisamente porque es aquí cuando interpreta las normas del Sistema. Esta jurisprudencia es *obligatoria*, y si en el derecho interno existe contraposición, comienza a jugar el deber impuesto por la propia Convención respecto a adaptar las normas locales (y la jurisprudencia estaría alcanzada) para que sea operativa la efectiva defensa de los derechos humanos ([210]).

En estos casos juega el principio general de protección *pro homine*, de manera que si la propia legislación es suficiente para abastecer el derecho de que se trate, la interpretación acordada es subsidiaria ([211]). En caso opuesto, prima la jurisdicción transnacional.

---

[209] La sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que ordena al Estado peruano dar cumplimiento al hábeas corpus concedido por un tribunal de garantías en favor de un individuo sometido a proceso en el fuero militar, así como la anulación de ese juicio y sus consecuencias por ser incompatible con la Convención Americana, tiene carácter obligatorio y, por lo tanto, su cumplimiento debe ser inmediato sin perjuicio de que las autoridades competentes se pronuncien acerca de la responsabilidad penal de dicho individuo con respecto a los hechos ilícitos que se le atribuyen (CIDH, 29/01/2000, "*Cesti Hurtado*", LL, 2000-F, 200).

A partir de la reforma constitucional de 1994 el art. 75 inc. 22 de LL fundamental otorga jerarquía constitucional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, razón por la cual la jurisprudencia de Corte Interamericana pronunciada en causas en las que son partes otros estados miembros de la Convención constituyen una insoslayable pauta de interpretación para los poderes constituidos argentinos en el ámbito de su competencia y, en consecuencia, también para la Corte Suprema de Justicia de la Nación, a los efectos de resguardar las obligaciones asumidas por el Estado argentino en el sistema interamericano de protección a los derechos humanos (voto del doctor Maqueda) (CS, 21/08/2003, "*Videla, Jorge R.*", LL, 2003-F, 87).

[210] El ejemplo suele distorsionarse cuando se lo interpreta como un ataque a la soberanía del Estado. Es el caso de la sentencia 1942 del Tribuna Superior de Justicia – Sala Constitucional – de Venezuela que luego de recibir "recomendaciones" de la Comisión Interamericana resolvió que ...[...] *la Sala observa que los fallos o decisiones de organismos internacionales, supranacionales o transnacionales, que violen el derecho de defensa y otras garantías de naturaleza constitucional, como el debido proceso, son inaplicables en el país, a pesar de emanar de tales organismos internacionales reconocidos en la República*...[Por ello]...*si lo recomendado debe adaptarse a la Constitución y a las leyes de los Estados, es porque ello no tiene naturaleza obligatoria, ya que las leyes internas o la Constitución podrían colidir con las recomendaciones. Por ello el articulado de la Convención nada dice sobre el carácter obligatorio de la recomendación...* (el fallo in extenso se puede consultar en www.tsj.gov.ve, para ampliar ver: Ayala Corao, Carlos, *La sentencia 1942 vs. La protección internacional de la libertad de expresión*, en "El derecho procesal constitucional peruano", libro homenaje a Domingo García Belaúnde, Grijley, Lima, 2005, ps. 1145 y ss.

El Estado u órgano que solicita una opinión consultiva ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos no es el único titular de un interés legítimo en el resultado del procedimiento, razón por la cual su desistimiento a tal pedido no reviste carácter vinculante para aquel tribunal, que puede continuar con la tramitación del asunto (CIDH, 14/11/1997, "*Opinión consultiva 15/97*", LL, 1998-E, 496, con nota de María Fernanda Pérez Solla).

[211] Sostiene García Ramírez que, la jurisdicción internacional no excluye o subordina a la nacional; es subsidiaria de ésta: opera solamente cuando no ha sido posible satisfacer la pretensión a través de los medios nacionales dispuestos para este efecto. La propia Convención dispone la existencia de estos

Además, cabe recordar lo dispuesto por el art. 64.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que establece la posibilidad de la Corte Interamericana para emitir opiniones acerca de la compatibilidad entre cualquiera de sus leyes internas y los instrumentos internacionales del sistema. Con esta potestad, los Estados Partes no han hecho más que establecer una suerte de lectura privilegiada que impide obstruirla con interpretaciones locales ([212]).

Sin embargo, la conclusión se contrapone con el sentido jurídico que tiene una "consulta", toda vez que ella, *per se*, no podría tener más extensión que el consejo aportado ([213]).

Una consulta no suele portar consecuencias jurisprudenciales porque no es esa la finalidad. El objeto es aportar un criterio, una guía que orienta al que requiere, un consejo que se ofrece al consultante.

Es muy cierto la afirmación de Ruiz Miguel cuando sostiene que una consulta no resuelve como se hace en los procesos contenciosos que alcanzan la "cosa juzgada", aunque se admite alguna matización cuando la opinión no es afirmativa sino negativa (es decir cuando el dictamen dice que algo viola el derecho internacional) o cuando es "interpretativa", es decir, cuando de entre varias posibilidades interpreta que sólo una es conforme con el derecho internacional. "En estos asuntos, al no haber en principio <<cosa juzgada>> es perfectamente posible desviarse de la opinión de la Corte...[...]" ([214]).

6.3 Veamos qué sucede con las decisiones ([215]) que llegan de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

A diferencia de la Corte, la Comisión tiene una naturaleza jurídica distinta. No posee "jurisdicción" en el sentido técnico que significa, ni son jueces sus integrantes, solamente son "miembros" (art. 34 del Pacto).

No obstante, el Sistema actúa interdependiente y coligado, de algún modo, ordenado con la regla del art. 29 del Pacto de San José que no se puede soslayar.

En consecuencia, la jurisdicción interna no puede desvincularse de la interpretación hecha por la justicia supraestatal. Lo cual supone tener un criterio ampliado, una búsqueda de la efectividad y eficacia que se nutre de los principios,

---

medios jurisdiccionales (*Los derechos humanos y la jurisdicción interamericana*, UNAM, México, 2002, p. 82).

[212] La Sala Constitucional de la Corte de Costa Rica consideró obligatorio para su gobierno el criterio adoptado en la Opinión Consultiva 5 de 1985 (OC 5/85).

[213] Dice Carlos Ruiz Miguel que, en la consulta el juicio emitido no tiene carácter obligatorio, carácter que sí está presente en el juicio emanado de la jurisdicción (lo que implica el efecto de la cosa juzgada)...La consulta tiene un carácter preeminentemente técnico y abstracto, mientras que la jurisdicción en principio se lleva a cabo para resolver litigios concretos...(cfr. *La función consultiva en el sistema interamericano de derechos humanos ¿crisálida de una jurisdicción supra constitucional?*, en Liber amicorum Héctor Fix Zamudio, tomo II, Secretaría de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1998, p. 1347).

[214] Ob. cit., p. 1352.

[215] Para ampliar ver nuestro trabajo "*Las decisiones en los conflictos transnacionales"*, en Revista Ars Juris nº 12, Universidad Panamericana, México, 1994, ps. 347 y ss.

valores, guías, etc. que han especificado los órganos corrientes que interpretan la Convención ([216]).

6.4 Otra contingencia se produce con el efecto que produce la sentencia transnacional (sea en jurisdicción contenciosa o consultiva) sobre situaciones jurídicas consolidadas, vale decir, cuando la decisión afecta hechos pasados o ya juzgados.

En tal caso es preciso que el Estado confronte con precisión la competencia *ratione temporis* que aceptó al incorporarse al Sistema Interamericano.

El art. 28 de la Convención de Viena (sobre Derecho de los Tratados) dispone al respecto que *"las disposiciones de un tratado no obligarán a una parte respecto de ningún acto o hecho que haya tenido lugar con anterioridad a la fecha de entrada en vigor del tratado para esa parte ni de ninguna situación que en esa fecha haya dejado de existir, salvo que una intención diferente se desprenda del tratado o conste de otro modo"*.

Claro está que en los delitos continuos o sistemáticos que produce un Estado alterando la práctica efectiva de tutela de los derechos del hombre, el principio anotado se restringe; lo mismo que ocurre cuando una norma particular sustituye la regla general, como es el caso de la Convención sobre Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad.

7. Conclusiones

7.1 Se puede afirmar, *prima facie*, que la función de las decisiones transnacionales, y en particular, la jurisprudencia de la Corte Interamericana no tiene otro destino que promover la tutela efectiva de los derechos humanos.

Para este fin cuenta el sistema con dos vías sucesivas. Una primera etapa ante la Comisión Interamericana donde se estudian las denuncias llegadas contra cada Estado Parte y se formulan recomendaciones e informes que cada afectado puede acatar.

La segunda tiene dos posibilidades. La jurisdicción se emplaza en la Corte Interamericana cuando se promueve ante ella un caso contencioso; o se suscita a requerimiento de un Estado Parte o de la misma Comisión, solicitando se interprete una cláusula o norma de la Convención.

---

[216] Gozaíni, Osvaldo Alfredo, *Los efectos de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el derecho interno* en Liber amicorum Héctor Fix Zamudio, tomo II, Secretaría de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1998, p. 828.

Nuestra Corte Nacional dice: La resolución del superior tribunal local, en cuanto rechazó el recurso de inconstitucionalidad deducido contra la sentencia de condena -en el caso, por el delito de injurias-, desatiende la recomendación de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos para la salvaguarda del acceso a la revisión de las condenas penales, la cual se satisface siempre y cuando el recurso no se regule, interprete o aplique con rigor formalista, sino que permita con relativa sencillez al tribunal, 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 (del dictamen del Procurador Fiscal que la Corte hace suyo) (CS, 2002/05/28, "*Caric Petrovic, Pedro y otros c. Báez, Juan C. y otro*", LL, 2002-E, 262 - LL, 2003-C, 363 - Con nota de Catucci, Silvina G).

7.2 En consecuencia, las recomendaciones que hace la Comisión promueve en los Estados alcanzados un deber moral que se expresa en poner todos los esfuerzos necesarios para que se cumpla con el señalamiento notificado en el informe o la decisión.

La Corte Interamericana, preocupada por el valor de los consejos de la Comisión ha manifestado que, al disponer el art. 33 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que la Comisión Interamericana es un órgano competente junto con la Corte para conocer de los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados Partes, implica que al ratificar dicha Convención, tales Estados se comprometen a atender las recomendaciones que la Comisión aprueba en sus informes (caso "*Loayza Tamayo, María*", 17/09/1997, LL, 1999-F, 663).

Esta conclusión se basa en el principio de la buena fe consagrado en el art. 31.1 de la Convención de Viena, argumentando que, si un estado suscribe y ratifica un tratado internacional, especialmente si trata de derechos humanos, tiene la obligación de realizar sus mejores esfuerzos para aplicar las recomendaciones de un órgano de protección como la Comisión Interamericana que es, además, uno de los órganos principales de la Organización de los Estados Americanos, que tiene como función promover la observancia y la defensa de los derechos humanos en el hemisferio (caso recién citado).

7.3 No obstante, las recomendaciones no son de cumplimiento obligatorio, es una potestad del Estado advertido, a sabiendas que de mantener la situación podrá ser denunciado ante la Corte Interamericana.

El respeto que el derecho interno a la jurisdicción supranacional, y el valor que asigne a sus compromisos internacionales, son la clave del dilema.

En el orden interno, la Corte Suprema de Justicia de la Nación dice que, el cumplimiento de los compromisos internacionales del país, si bien determina que éste realice sus mejores esfuerzos para dar respuesta favorable a las recomendaciones efectuadas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, no lleva a consagrar como deber para los jueces el dar cumplimiento a su contenido pues no se trata de decisiones vinculantes para el poder judicial; además la jurisprudencia internacional no puede afectar la estabilidad de las decisiones jurisdiccionales constituyéndose en un motivo de revisión de las mismas (del voto de la mayoría) (CS, 22/12/1998, "*A., C. B. y otros*", ED, 185-340) ([217]).

Este criterio lo sigue, entre otros, la Cámara Nacional de Casación Penal, al sostener que, la obligación que tiene el Estado argentino de realizar sus mejores esfuerzos para dar respuesta favorable a las recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos -en el caso, el informe 55/97, caso 11/137, tendiente a que se efectivizara en lo sucesivo el derecho de apelación de las personas procesadas con fundamento en la Ley 23.077-, no equivale a consagrar como deber para los jueces el cumplimiento de su contenido, pues tales decisiones no revisten carácter

---

[217] La minoría sostuvo que, el deber del Estado Argentino de tomar en consideración las recomendaciones adoptadas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos se extiende a todos los jueces de cualquier jerarquía y fuero quienes, aún ante la inexistencia de reglamentación legislativa indicativa del curso judicial a seguir, están obligados a atender a su contenido con el fin de procurar la protección de los derechos humanos involucrados (del voto de los Dres. Antonio Boggiano y Gustavo A. Bossert) (CS, 22/12/1998, *"A., C. B. y otros*", ED, 185-340.

vinculante para el Poder Judicial de los Estados Partes (CN Casación Penal, Sala II, 23/11/2000, "*Felicetti, Roberto y otros*", LL, 2001-B, 145, con nota de Germán J. Bidart Campos).

7.4 Con relación a las sentencias de la jurisdicción supranacional, ellas son de cumplimiento obligatorio para el Estado afectado.

Las condenas impuestas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos no pueden obstaculizarse por decisiones internas del Estado demandado -en el caso, se desestimó la defensa fundada en que estarían prescripta la acción penal tendiente a investigar los hechos denunciados como violaciones a los derechos humanos-, pues de lo contrario se restaría eficacia a los mecanismos de protección internacional de los derechos humanos que los Estados Partes en la Convención Americana sobre Derechos Humanos se han obligado a respetar (del voto razonado del juez Gil Lavedra) (CIDH, 18/09/2003, "*Bulacio c. Argentina*", Sup. Penal, 2003 (diciembre), 3 - Con nota de García, Luis M., publicado en LL, 2004-A, 682).

La reparación de las violaciones a derechos humanos dispuesta por la Corte Interamericana de Derechos Humanos -en el caso, debido a la muerte de un menor por los golpes que le propinaron agentes policiales durante una detención ilegal, sin que la Justicia haya esclarecido los hechos ni identificado a sus autores- tiene la doble finalidad de proveer a la satisfacción de la víctima y sus familiares y restablecer el orden jurídico quebrantado por la violación en cuestión, lo que requiere la garantía de no repetición de los hechos lesivos (del voto razonado del juez Cançado Trindade). (CIDH, 18/09/2003, "*Bulacio c. Argentina*", citado).

No lo son, en cambio, cuando el Estado solo accede al caso como miembro del Sistema, pero sin estar directamente alcanzado por la resolución. Vale decir, la jurisprudencia ilustra el problema y lo resuelve, siendo esa decisión una guía o pauta de orientación que se puede aplicar en el derecho interno.

7.5 Para finalizar quedan las Opiniones Consultivas.

En efecto, es preciso advertir que en un procedimiento contencioso, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, debe no sólo interpretar las normas aplicables, establecer la veracidad de los hechos denunciados y decidir si los mismos pueden ser considerados como una violación de la Convención imputable a un Estado Parte, sino también, si fuera del caso, podrá disponer que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados.

En cambio, en materia consultiva, la Corte no está llamada a resolver cuestiones de hechos para verificar su existencia sino a emitir su opinión sobre la interpretación de una norma jurídica (cfr. OC-3/83, 09/08/1983, LL, 1999-B, 232).

Nosotros creemos que esta interpretación es de seguimiento obligatorio, pues es una forma de jurisdicción aunque técnicamente no lo parezca.

Se ha dicho al respecto, que todo tribunal internacional y órgano poseedor de competencias jurisdiccionales tiene el poder inherente de determinar el alcance de su competencia. Así, toda vez que la Corte Interamericana decide responder o no una solicitud de opinión consultiva está ejerciendo el poder de determinar su competencia

(del voto concurrente del juez Cançado Trindade), 14/11/1997, "*Opinión consultiva 15/97*", en LL, 1998-E, 496, con nota de María Fernanda Pérez Solla).

Por eso, el tribunal sólo debe abstenerse de responder a una solicitud de opinión consultiva si encuentra que la consulta excede el alcance de esa competencia, sea porque busca debilitar el mecanismo de protección de la Convención Americana sobre Derechos Humanos menoscabando los derechos protegidos, o desvirtuar o perjudicar la jurisdicción contenciosa de aquel tribunal (del voto concurrente del juez Cançado Trindade) (OC-15/97).

CAPÍTULO XI

LA EFICACIA VINCULANTE DE LOS FALLOS DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN ARGENTINA

1. Antecedentes

1.1 Argentina es un país federal estructurado sobre la autonomía de sus provincias. Ellas son veintitrés (23) y una Capital Federal donde reside el gobierno central. Aquí se ha creado la ciudad autónoma de Buenos Aires.

El art. 5 de la Constitución Nacional establece: "*Cada provincia dictará para sí una Constitución bajo el sistema representativo republicano, de acuerdo con los principios, declaraciones y garantías de la Constitución Nacional; y que asegure su administración de justicia, su régimen municipal y la educación primaria. Bajo estas condiciones, el gobierno federal garante a cada provincia el goce y ejercicio de sus instituciones".*

De este modo, la función de los jueces se desenvuelve en actividades simultáneas destinadas a resolver conflictos intersubjetivos, controlar el principio de legalidad administrativa y fiscalizar el control constitucional en un doble contexto: *a)* el previsto para la supremacía de la Constitución Nacional (art. 31); y *b)* el que desarrollan los tribunales superiores de cada provincia respecto de sus propias constituciones.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina desde sus orígenes se arroga la potestad de ser el intérprete final y definitivo del derecho federal (Fallos, 1:340; 348); pero como el sistema de fiscalización trabaja sobre el caso concreto, las sentencias que emite solo resuelven dicha causa sin poder extender la eficacia de la cosa juzgada a otros expedientes o situaciones similares.

1.2 El modelo se ha tomado de Estados Unidos de Norteamérica, siendo entonces el control difuso de constitucionalidad el que implementa la tarea de todos los jueces para dar cumplimento al principio de supremacía de la Norma Fundamental; pero a diferencia del antecedente, Argentina nunca adoptó el vinculo del precedente (stare decisis) que el país del norte resolvió en 1958 (*Cooper vs. Aaron*).

Solo se tiene algo parecido en algunas jurisdicciones donde los tribunales de apelación ordinaria se reúnen para unificar jurisprudencia en los denominados "fallos plenarios", que se tornan obligatorios para los jueces inferiores subordinados a la doctrina legal del superior jerárquico.

No obstante la doctrina ha sostenido que esta modalidad es inconstitucional ([218])

---

[218] Gozaíni, Osvaldo Alfredo, *Tratado de Derecho Procesal Civil*, Tomo V, La Ley, Buenos Aires, 2009, ps. 663 y ss.

2. Inconstitucionalidad de los fallos plenarios

2.1 La doctrina plenaria que se establece es obligatoria para los jueces de primera instancia del mismo fuero que pronuncia el acuerdo, aunque pueden dejar a salvo su opinión en contrario. El art. 303 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (federal) ([219]), declara que la interpretación de la ley establecida en una sentencia plenaria será obligatoria para la misma Cámara y para los jueces de primera instancia respecto de los cuales aquélla sea tribunal de alzada, y sólo es susceptible de modificarse por medio de otro plenario. El mecanismo está vigente desde su creación por el art. 27 del decreto/ley 1285/58; y se integra con el art. 288 que reglamenta el recurso se inaplicabilidad.

Sin embargo, el desenvolvimiento natural de estas disposiciones encuentra numerosos condicionantes que limitan su función unificadora. La crítica principal que se levanta contra la obligatoriedad de los fallos plenarios proviene del sistema de control de constitucionalidad que rige en nuestro país, habiéndose dicho que no puede ser llevada al extremo de negar la libertad creativa del juez en la interpretación de la norma; ya que si se entiende que "el juez crea derecho", su tarea hermenéutica no puede variar en su esencia cuando debe aplicar una norma, surja esta norma de la tarea legislativa o de un tribunal reunido en pleno. Limitar la libre tarea del juez, llevaría a una situación que, puede significar el producto de una dañina penetración de la burocracia en el ámbito judicial ([220]).

2.2 Pero no son únicamente cuestiones constitucionales las que afectan este precepto del código y la eficacia que se pretende; también la exposición de motivos de la ley 17.454 (que reforma el código procesal) dijo que "*no ha cumplido plenamente los fines que se tuvieron en vista al establecerlo*", y a pesar de procurarle una estructura más flexible, no ha conseguido esos objetivos pues resultan de una exagerada formalidad los requisitos que se establecen para la admisión del recurso. Inclusive, no escapa al análisis de la doctrina que, si el objetivo es unificar la jurisprudencia, el remedio se puede reemplazar con la casación, sea resuelto en un recurso propio o por medio de un tribunal especial.

Son varias las resistencias que presentan los fallos plenarios. La primera es de orden constitucional. En efecto, decía Sartorio que la obligatoriedad de la jurisprudencia plenaria configura una expresa delegación de facultades legislativas en el Poder Judicial que, por lo tanto, constituyen una transgresión al principio constitucional de la división de poderes ([221]). Soler, por su parte, refería como francamente contrarias al art. 31 de la Constitución Nacional la prelación de normas que se derivaba del acuerdo respecto de las leyes que en contrario regulasen la situación ([222]).

Nosotros, oportunamente, sostuvimos que la problemática constitucional es un aspecto superado, aunque no resuelto, porque la jurisprudencia repetidamente no se

---

[219]. Art. 303. *La interpretación de la ley establecida en una sentencia plenaria será obligatoria para la misma cámara y para los jueces de primera instancia respecto de los cuales sea aquélla, tribunal de alzada, sin perjuicio de que los jueces dejen a salvo su opinión personal. Sólo podrá modificarse dicha doctrina por medio de una nueva sentencia plenaria*.

[220]. CNCiv., Sala B, 1985/12/06, "*Ancarola, Héctor F. c. Tutundjián, Simón*", La Ley, 1986-D, 245.

[221]. Sartorio, José, *La obligatoriedad de los fallos plenarios. Su constitucionalidad,* La Ley, 96-799.

[222]. Soler, Sebastián, *Derecho Penal Argentino,* 4ª edición Tea, tomo I, Buenos Aires, 1976, p. 124.

detiene en esta vista porque prefiere armonizar la lectura con las facultades de interpretar la ley.

2.3 Por eso, esa peculiaridad deductiva que permite nuestra Constitución según quien sea el intérprete o ideólogo que la explique, aunque no nos convence, ha logrado solapar un problema de trascendencia ([223]).

Los jueces no crean la ley, solo la interpretan ha dicho la Corte Suprema de Justicia de la Nación, agregando que la reunión plenaria de las cámaras nacionales de apelaciones, sólo se justifica cuando el caso a decidir requiera la interpretación legal cuestionada o haga posible la unificación de jurisprudencia. De manera que si las juntas plenarias son admisibles para restaurar la unidad del tribunal de apelación, superando la división en Salas que impone el cúmulo de la labor judicial, no lo serían fuera de los límites del proceso, porque entonces sus decisiones serían abstractas e invadirían facultades propias del Poder Legislativo, como es la de aclarar sus propias leyes (art. 4º, Código Civil), vulnerando en consecuencia, el principio de la división de poderes ([224]).

2.4 Otra resistencia proviene por la afectación al principio que establece la cosa juzgada. Este desfasaje pervive en dos situaciones: una respecto de los límites objetivos y subjetivos que cabe otorgar a la *res judicata*, y la otra atiende a la temporalidad del efecto y a la eventual revocabilidad que derivaría del acuerdo jurisprudencial.

Fue Guasp quien advirtió en la existencia de efectos procesales de la decisión judicial la posibilidad de alterar la cosa juzgada en dos secuencias: una de carácter declarativo (influencia del fallo en ulteriores actividades de declaración de orden jurisdiccional) y otra de carácter ejecutivo (influencia del fallo en ulteriores actividades de ejecución) ([225]).

Esta clasificación nos interesa en el primer aspecto. La cosa juzgada cuenta con una eficacia especial, de tipo indefinido, que parcializa sus alcances en tres dimensiones distintas. El primero comprende a las personas, porque solo abarca a quienes hubieran sido parte en el juicio; la segunda se ocupa del objeto procesal, es decir que evita la repetición de decisiones ya adoptadas; y el tercero se entiende como la prolongación den el tiempo de la eficacia de la sentencia.

Si observamos cómo opera la obligatoriedad del fallo plenario, con relación a los sujetos, ocurre un hecho donde no se verifica que la interpretación dada para una situación legal suscitada entre partes, ocurra con el acuerdo plenario que, en principio no trabaja sobre el precepto *res judicata pro veritate habetur*. En realidad no hay cosa juzgada alguna.

Lo mismo sucede con el ámbito objetivo, donde es muy difícil encontrar una paridad tal de pretensiones que determinen la simetría del supuesto, para que con toda libertad se pueda aplicar analógicamente la doctrina del precedente jurisprudencial obligatorio.

---

[223]. Gozaíni, Osvaldo Alfredo, *Alcance y vigencia de los fallos plenarios,* en "Respuestas Procesales", primera parte, Ediar, 1991, Buenos Aires, p. 283.

[224]. Fallos, 249:22.

[225] Guasp, Jaime, *Límites temporales de la cosa juzgada*, Anuario de Derecho Civil, Madrid, 1963, p 437.

En todo caso el acuerdo plenario puede indicar una orientación a seguir, pero nunca podrá resolver en el tema como si estuviese diciendo en concreto. La opinión sugerida tiene valor interpretativo pero no puede ser obligatoria, porque extenderá el efecto de la cosa juzgada a otro proceso, y hacia terceros que no se vinculan.

2.5 En los hechos, el acuerdo plenario no se concilia con el instituto de la cosa juzgada; tampoco se emparenta, pero sus enfrentamientos son permanentes por el roce que causa el peligro de la retroactividad de la ley.

Por eso había dicho Podetti que la modificación de un fallo plenario no debe afectar a las consecuencias de las relaciones y actuaciones jurídicas existentes, porque tal modificación no puede incidir sobre los negocios jurídicos celebrados teniendo en cuenta la primitiva doctrina plenaria, aunque su juzgamiento por los tribunales se realice estando vigente el nuevo plenario ([226]).

En consecuencia, un nuevo obstáculo para aceptar la obligatoriedad del fallo plenario se encuentra en el conflicto que suscita esta al retrotraer su acción al tiempo en que entró a regir la ley que interpreta, con lo cual se pueden hallar posibilidades retroactivas que comprendan situaciones jurídicas consumadas.

3. Jurisprudencia y doctrina legal

3.1 En orden a lo expuesto la jurisprudencia de Argentina no se colige como tal por varias razones. La primera cuestión asienta en que solo se resuelven casos concretos, conflictos entre partes conocidas y sujetas al principio dispositivo donde la cosa juzgada solo alcanza a quienes han sido partes.

El antecedente no suele influir en procesos iguales salvo en lo que podríamos denominar como "doctrina legal" que es la interpretación consistente y reiterada sobre la orientación que deben seguir algunas disposiciones de fondo o de orden procesal.

El segundo tema está con las llamadas "cuestiones federales", que se toman de las "*federal question*" de Estados Unidos, y como allí, ordenan que el máximo tribunal del país se convierta en el fiel y último intérprete de las normas constitucionales.

3.2 El funcionamiento de la jurisprudencia no es simétrica ni tiene iguales expansiones cuando se trata de actividad dispuesta en procesos constitucionales, que en Argentina, tienen una comprensión más amplia respecto a aquellos que definen como tales solo a los procesos desarrollados ante el Tribunal Constitucional.

Entre nosotros, los procesos constitucionales son todos aquellos donde están en juego derechos constitucionales, de modo tal que la función jurisdiccional tiene o adopta un rol social comprometido con la fiscalización de la supremacía y a tono con el principio "*pro homine*".

En procesos comunes las sentencias definitivas no suelen recibir revisión de la Corte Suprema de Justicia de la Nación; básicamente porque el esquema funcional de los recursos es excepcional y condicionada, y en materias de derecho común y/o

---

[226] Podetti, J. Ramiro, *Tratado de los recursos*, Ediar, Buenos Aires, 2009 (2ª edición actualizada por Víctor Guerrero Leconte), p. 308.

procesal solo tienen cabida cuando el vicio de la sentencia es de arbitrariedad manifiesta, que se considera una cuestión constitucional.

3.3 Se recibe la influencia de la la sentencia pronunciada por la Corte Suprema de EEUU en el famoso caso "*Marbury vs. Madison"* (1803) cuando se afirmó que si una ley resulta contraría a la Constitución, o se encuentra en conflicto con la constitucional, al punto de tener que desestimar una u otra, era deber de ese cuerpo superior de justicia determinar el derecho aplicable, por ser una función esencial del poder de la jurisdicción. De este modo, sin crear ninguna justicia especializada, permitió a todos los jueces concretar en cada proceso la fiscalización de la supremacía de la norma fundamental. La característica común de ellos es que activan un control "*a posteriori*", a diferencia del control *a priori* o preventivo que permiten otros modelos.

La función del juez en este mecanismo depende de sus decisiones, porque puede ser prudente y precavido eludiendo el compromiso de interpretar la ley con argumentos posibles como la ausencia de petición expresa, las cuestiones políticas, o directamente aplicar la política de la autorrestricción. O, en su caso, propiciar el activismo responsable y tomar entre sus funciones esenciales el desarrollo de la interpretación constitucional.

Aquí poco se puede agregar, porque como advierte Peter Häberle, […] "hay fases y sentencias particulares en las que un tribunal constitucional nacional o europeo interviene ampliamente en el espacio político (se hallan ejemplos tanto en los EE.UU. como en Alemania); hay fases en las que uno de ellos, por ejemplo el Tribunal Constitucional alemán, quizás también bajo la presión de la ciencia, se retracta algo (por ejemplo, respecto de la libertad de reunión) o debería hacerlo (por ejemplo, la relación de la libertad de opinión respecto de la protección del honor). Mucho hay que agradecer aquí al tacto y delicadeza, a la sensibilidad política del juez constitucional, pero también a las necesidades del bien común y a los postulados de la justicia (lo último, por ejemplo, justifica las grandes decisiones fiscales del Tribunal Constitucional alemán: porque el Parlamento ha fallado a lo largo de décadas)" ([227]).

3.4 Vincular esta forma de actuación con las sentencias pronunciadas, muestra actividades con origen diverso, en la medida que la petición de control se puede plantear en un proceso directamente por el interesado (*control directo, o por vía de acción*); o bien plantearse la inconstitucionalidad dentro de una instancia abierta cual si fuera una excepción o defensa; o bien introducir el problema constitucional como un deber del oficio, sin que las partes lo pidan, permitiendo una declaración de inaplicabilidad (efecto individual válido sólo entre partes litigantes), o de inconstitucionalidad *(*efecto *erga omnes),* esto es, aplicable a todos a quienes la norma va dirigida.

Ahora bien, el sistema difuso amplía las potestades de intervención e interpretación hacia todos los jueces, pero hay que tener mucho cuidado para entenderlo como "sistema americano", en la medida que Latinoamérica no tiene el esquema procesal de Estados Unidos.

---

[227]. Häberle, Peter, *La jurisdicción constitucional en la fase actual de desarrollo del Estado Constitucional*, en "Estudios sobre la jurisdicción constitucional (con especial referencia al Tribunal Constitucional alemán)", por Konrad Hesse y Peter Häberle, Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional nº 3, Porrúa, México, 2005, ps. 145/6.

Es cierto que en toda América priva la doctrina de la *confianza en los jueces* con lo que ello implica y trasciende al sentido de poder controlar la constitucionalidad de las leyes; pero en el "*common law*" se presta suma atención a la confiabilidad y honorabilidad de sus jueces, y por eso es tan importante la primera instancia, en lugar de los tribunales de apelaciones del "*civil law"* que se distinguen por la formación de la jurisprudencia o doctrina judicial.

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

3.5 Ahora bien, si nuestra idea latinoamericana tiene origen o pretende asentarse sobre el modelo anglosajón, habrá que señalar que no es el sistema procesal dispuesto en nuestros códigos. Es cierto, Latinoamérica ha confundido el esquema y por tanto los serpenteos son recurrentes. Utilizó el espacio de la "confianza en los jueces" para sostener que el sistema americano era difuso, cuando en los hechos la práctica siguió a la Ley de Enjuiciamiento Civil española, que es uno de los modelos más claros de la obligación judicial de aplicar la ley sin poder interpretarla. Dicho en forma contundente: la misión del juez solo fue aplicar la ley, jamás interpretarla, sencillamente porque allí se desconfiaba de ellos.

Pero como no fue ésta la idea americana, mucho tiempo llevó darnos cuenta que el pretendido sistema, con insistencia preocupante, declinaba sus objetivos: *confiamos en los jueces, sí; pero la herramienta (procedimiento) fue un obstáculo permanente para hacer realidad la esperanza dispuesta para creer que la justicia sea un Poder, y no un simple ejercicio de administración.*

De ahí la perplejidad que muestra con claridad que no existe un sistema americano, o al menos, latinoamericano.

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

Con ello queremos anticipar que los requisitos comunes que se encuentran para requerir el control de constitucionalidad, o en su caso, para actuarlo de oficio, pueden ser absolutamente desiguales. Valga como ejemplo el valor del precedente, que en el *common law* es jurisprudencia vinculante; mientras que en el *civil law* heredado de Europa admite una revisión constante que actúa jerárquicamente hasta llegar al más alto tribunal de justicia, el que en definitiva, se convierte en el último bastión del control de constitucionalidad.

4. El peso de la jurisprudencia

4.1 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 la independencia funcional de los jueces?

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.

En Argentina, se reitera, no hay jurisprudencia vinculante.

4.2 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" ([228]). Es el tiempo de la "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*" ([229]).

4.3 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

---

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

[229]. López Medina, ob. cit., p. 10.

valores diversos o divergentes, sino como aspectos complementarios e integrados de la misma función ([230]).

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

4.4 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 Argentina, como no existe un Tribunal Constitucional, el valor de la jurisprudencia radica en los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Por ello, 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.

4.5 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 ([231]).

---

[230]. 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 costitutionis*, 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 nº 2, colección dirigida por Juan Monroy Gálvez y Juan José Monroy Palacios, Palestra, Lima, 2005, ps. 156/157).

[231]. 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.

5. Obligatoriedad de los pronunciamientos de la jurisprudencia transnacional

5.1 La curiosidad más grande de nuestro país es que, sin tener efecto vinculante las sentencias que pronuncia la Corte Nacional, tiene en cambio el deber de seguir y acatar las opiniones y pronunciamientos de la Corte y de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

En el caso de las recomendaciones de la Comisión Interamericana, sostiene Loianno ([232]) que el silencio de la Convención Americana al respecto no impide relacionar el tema con el art. 33 de ella, cuando establece que para "*...conocer de los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados Partes en esta Convención*", la Comisión tiene potestades para emitir informes y recomendaciones.

5.2 De su lado, la *Corte Interamericana* ha emitido distintos pronunciamientos que se pueden identificar en períodos.

En el primero las "*recomendaciones*" no contaron con obligatoriedad, porque solamente se interpretaban "*conforme su sentido corriente*". Así lo expresó en dos sentencias: "*Caballero Delgado y Santana c/ Colombia"* (24/12/92) y "*Genie Lacayo c/*

Si obligamos a los jueces a 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 un 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.).

[232]. Cfr. Loianno, Adelina, *Incidencia de la jurisprudencia de la Corte Interamericana y de las recomendaciones de la Comisión en el derecho interno*, en "Derechos Humanos", Fundación de Derecho Administrativo (5ª ed.), Buenos Aires, 2005, ps. III-17 y ss.

Nicaragua" (27/1/97). En ambos casos se aplicó la regla de interpretación contenida en el art. 31.1 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

En el segundo período, asentó como fuente a la Convención de Viena, y aplicó el principio de la *buena fe*, que antes mencionamos, donde expresa que si un Estado suscribe y ratifica un tratado internacional, especialmente si es de derechos humanos, tiene la *obligación* de realizar sus mejores esfuerzos para aplicar las recomendaciones (caso "*Loayza Tamayo c/ Perú"* (17/9/97, considerandos 78 a 82).

5.3 La obligatoriedad de las decisiones tomadas por la que denominamos "justicia transnacional" (Comisión y Corte Interamericana), se ha reconocido en Argentina aun con anterioridad a la reforma constitucional de 1994 que incorporó los Tratados y Convenciones sobre derechos humanos dándoles jerarquía fundamental (art. 75.22).

Ello sucedió en el caso "*Ekmekdjian, Miguel A. c/ Sofovich, Gerardo y otros"* (CS, Julio 7/1992) cuando se dijo que la interpretación del Pacto debe guiarse por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

5.4 En "*Giroldi*" ([233]) enunció que: "*A esta Corte le corresponde* [...] *en la medida de su jurisdicción, aplicar los tratados internacionales* [...] *ya que lo contrario podría implicar responsabilidad de la Nación frente a la comunidad internacional*". Pero fue en la causa "*Bramajo*" ([234]) donde concedió efectos jurídicos concretos a las recomendaciones contenidas en los informes de la Comisión. Aquí sostuvo que "*la opinión de la Comisión...debe servir de guía o jurisprudencia para nuestros tribunales en lo que hace a la interpretación de los preceptos del Pacto de San José de Costa Rica*".

Los términos categóricos del fallo permiten sostener que, se constituye *jurisprudencia* (vinculante) cuando la orientación se adapta plenamente al caso; o en su lugar, es un *precedente* (guía de orientación) de lectura obligatoria que no puede ser anulado con una interpretación contraria, salvo que fuera más favorable al derecho humano particular que el caso tratase (principio *pro homine*).

5.5 Un retroceso –dice Loianno- "se advierte en la causa <<*Acosta*>>" ([235]) cuando ante el pedido de aplicación de las recomendaciones contenidas en el informe 55/97 de la Comisión, la Corte Suprema de Justicia de la Nación estimó que, si bien el Estado argentino debe realizar los mejores esfuerzos para dar respuesta favorable a las recomendaciones de la Comisión, en modo alguno implica "*consagrar como deber de los jueces el de dar cumplimiento a su contenido*". En consecuencia, si el Estado no tiene el *deber* de cumplir una recomendación, sus efectos jurídicos quedarían a criterio del propio Estado, lo cual se contradice con la propia jurisprudencia del Tribunal en la ya mencionado caso <<*Bramajo*>>".

---

[233]. *Giroldi Horacio E y otro,* CS, 1995/04/07, considerando 12.

[234]. *Bramajo Hernán J.*, CS, 1996/09/12, considerando 15.

[235]. *Acosta Claudia,* CS, 1998/12/22.

Uno de los ministros de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, admite que el sistema interamericano ha ejercido una fuerte influencia en el superior tribunal en dos sentidos: uno relacionado con la *interpretación* de los derechos humanos (citando el caso "*Barrios Altos*" donde quedaron establecidas considerables restricciones a las posibilidades de invocar la defensa de la cosa juzgada para obstaculizar la persecución penal –causa *Videla, Jorge Rafael*-); y otra vinculada con la *jurisdiccionalización de valores y principios* que llegan del Sistema Interamericano y que ejercen señalamientos directos en el control de constitucionalidad ([236]).

5.6 La incidencia se ha manifestado en varias causas, pero con afán de síntesis pueden mostrarse los casos *Arancibia Clavel, Enrique* (CS, 24/08/2004) que estudia y resuelve la posibilidad de punir delitos de lesa humanidad que se encontrarían despenalizados por el paso del tiempo, argumentándose que "...el principio de imprescriptibilidad –art. I, Convención sobre Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad-, no puede verse supeditado ni, por ende, enervado por el principio de legalidad –art. 18, CN-, pues los tratados internacionales sobre derechos humanos deben interpretarse conforme al derecho internacional, en tanto éste es su ordenamiento jurídico, debiendo tenerse en cuenta que de nada serviría la referencia a los tratados hecha en la Constitución si su aplicación se viera frustrada o modificada por interpretaciones basadas en uno u otro derecho nacional" (del voto del Dr. Boggiano).

5.7 En la causa *Simón, Julio H. y otros* (CS, 14/06/2005) se continúa el criterio que adoptó la Corte Interamericana para calificar como delito de lesa humanidad a la desaparición forzada de personas (*Barrios Altos*), diciendo en la oportunidad que "...la inadmisibilidad de las disposiciones de amnistía y prescripción, así como establecimiento de excluyentes de responsabilidad que tiendan a impedir la investigación y sanción de los responsables de violaciones graves de los derechos humanos, configura un aspecto central de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, cuyos alcances –en el caso, con relación a la impugnación constitucional de las leyes 24.392 y 23.521 de obediencia debida y punto final, respectivamente-, no pueden ser soslayados".

En ambas causas, la Corte Interamericana se había pronunciado desde el caso *Barrios Altos* sobre la lectura que tenía el juzgamiento de este tipo de delitos ante situaciones especiales como la prescripción de las acciones o las llamadas "leyes del perdón" como sucedió en Perú y Argentina, entre otros.

5.8 Sin embargo, la doctrina no fue pacífica para recibir sin observaciones ambos fallos. Algunos argumentaron acompañando la disidencia de Fayt en la causa "*Simón*", que la reforma constitucional no podía ser aplica retroactivamente, y en consecuencia, serían las normas que hubieran estado vigentes al tiempo de los hechos las que debieron imperar ([237]).

---

[236]. Petracchi, Enrique S., *Jurisdicción Constitucional y Derechos Humanos*, La Ley, 2005-E, 907.

[237]. Manili, Pablo L., *Primeras reflexiones sobre el fallo "Simón". Una disidencia ajustada a derecho*, La Ley, 2005-F, 15 y ss.

Es el criterio que tiene la Corte Interamericana: Debe aplicarse el principio de irretroactividad de las normas internacionales -art. 28, Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados- a los fines de la procedencia de la excepción preliminar opuesta por la Argentina, fundada en los términos en que aceptó la competencia de la Corte Interamericana, toda vez que dicho Estado se hizo parte en la Convención Americana -y aceptó la competencia contenciosa de la Corte- declarando que las obligaciones contraídas sólo tienen efecto con relación a hechos acaecidos con posterioridad a la ratificación del mencionado instrumento (CIDH, 2001/09/07, "*Cantos, José M. c. República Argentina*", LL, 2002-B, 135).

5.9 Otros, apuntaron a la posibilidad de limpiar el pasado con normas específicas, aduciendo que "es inadmisible que los llamados delitos de lesa humanidad no puedan ser objeto de indultos, conmutaciones de penas o amnistías. Son potestades intransferibles que la Constitución le otorga al órgano ejecutivo y al Congreso, y cuya prohibición por un tratado internacional estaría vulnerando el art. 27 de la Ley Fundamental (art. 7º, Ley 24.309). Solamente por imperio del art. 36 de la Constitución, es inviable el indulto y la conmutación de penas cuando se trata de delitos, concretados en actos de fuerza, contra el orden institucional y el sistema democrático interrumpiendo la plena vigencia de la Ley Fundamental..." ([238]).

Inclusive, la Academia Nacional de Derecho criticó a la Corte por el caso "*Simón*", reiterando la polémica anunciada al pronunciarse en los casos "*Arancibia Clavel*" y "*Espósito*", expresando que la Constitución no podía quedar sometida a una interpretación que prohijara el principio de la supremacía constitucional, desde que el art. 75.22 era claro al sostener que la recepción de los tratados y convenciones sobre derechos humanos estaba sujeto a tres condiciones: *a)* las condiciones de su vigencia (que alude a las reservas que introdujo el gobierno argentino al aprobar y firmar el tratado); *b)* no derogan ningún artículo de la primera parte de la Constitución, y *c)* sólo pueden tomarse como complemento de los derechos constitucionales, para interpretación de los mismos".

5.10 Las dudas sobre el seguimiento se han acentuado en dos causas. La primera fue el resonado caso "*Cantos, José M.*" (28/11/2002) en la que la Corte Interamericana entendió que el estado argentino había violado los derechos a las garantías judiciales, a la protección judicial y a la propiedad privada, otorgando dos (2) meses para que se produjeran las respectivas reparaciones, y al quedar notificado el Estado, la Corte Suprema resolvió que, de atenderse la petición se infringirían cláusulas de inequívoca raigambre constitucional, lo que implicaría para el Superior Tribunal, una patente y deliberada renuncia a su más alta y trascendente misión, que es la de ser custodio e intérprete final de la Constitución ([239]).

La oposición al acatamiento del fallo mantuvo una interpretación de las consecuencias que importaría tal ejecución, pues consideró que "bajo el ropaje de dar cumplimiento a una obligación emanada del art. 63.1 de la Convención Americana, se llegaría a la inicua cuanto paradójica situación de hacer incurrir al Estado argentino en

---

[238]. Badeni, Gregorio, *El caso "Simón" y la supremacía constitucional, suplemento de Jurisprudencia Penal y Procesal Penal*, La Ley del 29 de Julio de 2005, ps. 9 y ss.

[239]. Petracchi, ob. cit., p. 908.

responsabilidad internacional por afectar derechos tutelados en dicho instrumento internacional" ([240]).

5.11 La otra causa fue "*Lariz Iriondo, Jesús M.*" (10/10/2005), cuando la Corte dice que "...en el derecho internacional no existe un desarrollo progresivo suficiente que permita concluir que todos los actos que son calificados como <<actos de terrorismo>> por los tratados internacionales puedan reputarse, tan solo por esa circunstancia, delitos de lesa humanidad", y en consecuencia rechaza el pedido de extradición efectuado por el Reino de España respecto de un miembro de la organización terrorista E.T.A.

En ambas situaciones se coligen condiciones diferentes. En la primera, se consideraron los efectos que tendría cumplir una sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos donde existían en el derecho interno, realidades que quedarían conmovidas afectando, probablemente, derechos de mayor jerarquía. En la segunda, la Corte no tuvo guías de orientación y eludió seguir el vinculado por analogía. Vale decir, como el terrorismo no se define como delito de lesa humanidad el bien a proteger debió estimarse en los moldes del derecho interno, y en tal caso, la jurisprudencia transnacional no ocupó un espacio demasiado importante.

5.12 La presentación jurisprudencial instala un debate a resolver: ¿la interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y otros textos internacionales vinculado con derechos humanos, que realiza la Corte Interamericana, es obligatoria o solamente aporta un elemento o guía de orientación que actúa en subsidio de la consideración interna?

Las dudas advertidas en el parágrafo precedente testimonian el problema. Cuando el tribunal supranacional resuelve un caso concreto, por ejemplo, sobre prescripción de los delitos de lesa humanidad, tenemos por cierto que esa jurisprudencia es *vinculante* pero *no obligatoria* para situaciones locales similares. Vinculante porque el Estado argentino ha aceptado la jurisdicción transnacional, pero no es obligatoria porque no se trata de un caso donde nuestro país esté directamente afectado. En consecuencia, la orientación del pronunciamiento es una guía o pauta.

---

[240]. La petición efectuada por el Procurador del Tesoro de la Nación que persigue que la Corte Suprema de Justicia de la Nación dé cumplimiento a una sentencia de la Corte Interamericana -que declaró que el Estado Argentino violó normas de la Convención y que debía abstenerse de perseguir el cobro de la tasa de justicia, una multa impuesta, reducir razonablemente los honorarios regulados y asumir el pago de costas en una causa donde fue parte- debe desestimarse so riesgo de infringir cláusulas de raigambre constitucional cuya titularidad corresponde a diversos profesionales intervinientes.

La reducción del monto de unos honorarios fijados por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, -a los fines de cumplimentar una sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que entendió que el alcance dado a las leyes 23.898, 24.432 y 21.839 con relación al monto del pleito, importaría el pago de sumas exorbitantes, que van mucho más allá de la equitativa remuneración de un trabajo profesional calificado- sin dar a los profesionales involucrados la posibilidad de resistir una eventual petición del interesado en tal sentido, vulnera elementales garantías constitucionales de los así afectados, toda vez que éstos no fueron parte en el proceso desarrollado en instancia internacional, lo que *llevaría a la inicua -y paradójica- situación de hacer incurrir al Estado Argentino en responsabilidad internacional por afectar garantías y derechos reconocidos, precisamente, en el instrumento cuyo acatamiento se invoca* -arts. 8, 21 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos- (CS, 2003/08/21, "*Procurador del Tesoro de la Nación (en autos Cantos, José M., expediente 1307/2003*", La Ley, 2003-F, 16 - DJ, 2003-3-251).

La Corte siempre se ha preocupado por aclarar que la "obligatoriedad" de sus fallos es para el Estado Parte que se encuentra denunciado ([241]).

5.13 Diferente es la situación cuando la Corte se define en *jurisdicción consultiva*, precisamente porque es aquí cuando interpreta las normas del Sistema. Esta jurisprudencia es *obligatoria*, y si en el derecho interno existe contraposición, comienza a jugar el deber impuesto por la propia Convención respecto a adaptar las normas locales (y la jurisprudencia estaría alcanzada) para que sea operativa la efectiva defensa de los derechos humanos ([242]).

En estos casos juega el principio general de protección *pro homine*, de manera que si la propia legislación es suficiente para abastecer el derecho de que se trate, la interpretación acordada es subsidiaria ([243]). En caso opuesto, prima la jurisdicción transnacional.

---

[241]. La sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que ordena al Estado peruano dar cumplimiento al hábeas corpus concedido por un tribunal de garantías en favor de un individuo sometido a proceso en el fuero militar, así como la anulación de ese juicio y sus consecuencias por ser incompatible con la Convención Americana, tiene carácter obligatorio y, por lo tanto, su cumplimiento debe ser inmediato sin perjuicio de que las autoridades competentes se pronuncien acerca de la responsabilidad penal de dicho individuo con respecto a los hechos ilícitos que se le atribuyen (CIDH, 29/01/2000, "*Cesti Hurtado*", LL, 2000-F, 200).

A partir de la reforma constitucional de 1994 el art. 75 inc. 22 de LL fundamental otorga jerarquía constitucional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, razón por la cual la jurisprudencia de Corte Interamericana pronunciada en causas en las que son partes otros estados miembros de la Convención constituyen una insoslayable pauta de interpretación para los poderes constituidos argentinos en el ámbito de su competencia y, en consecuencia, también para la Corte Suprema de Justicia de la Nación, a los efectos de resguardar las obligaciones asumidas por el Estado argentino en el sistema interamericano de protección a los derechos humanos (voto del doctor Maqueda) (CS, 21/08/2003, "*Videla, Jorge R.*", LL, 2003-F, 87).

[242]. El ejemplo suele distorsionarse cuando se lo interpreta como un ataque a la soberanía del Estado. Es el caso de la sentencia 1942 del Tribuna Superior de Justicia – Sala Constitucional – de Venezuela que luego de recibir "recomendaciones" de la Comisión Interamericana resolvió que ...[...] *la Sala observa que los fallos o decisiones de organismos internacionales, supranacionales o transnacionales, que violen el derecho de defensa y otras garantías de naturaleza constitucional, como el debido proceso, son inaplicables en el país, a pesar de emanar de tales organismos internacionales reconocidos en la República...*[Por ello]*...si lo recomendado debe adaptarse a la Constitución y a las leyes de los Estados, es porque ello no tiene naturaleza obligatoria, ya que las leyes internas o la Constitución podrían colidir con las recomendaciones. Por ello el articulado de la Convención nada dice sobre el carácter obligatorio de la recomendación...* (el fallo in extenso se puede consultar en www.tsj.gov.ve, para ampliar ver: Ayala Corao, Carlos, *La sentencia 1942 vs. La protección internacional de la libertad de expresión*, en "El derecho procesal constitucional peruano", libro homenaje a Domingo García Belaúnde, Grijley, Lima, 2005, ps. 1145 y ss.

El Estado u órgano que solicita una opinión consultiva ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos no es el único titular de un interés legítimo en el resultado del procedimiento, razón por la cual su desistimiento a tal pedido no reviste carácter vinculante para aquel tribunal, que puede continuar con la tramitación del asunto (CIDH, 14/11/1997, "*Opinión consultiva 15/97*", LL, 1998-E, 496, con nota de María Fernanda Pérez Solla).

[243]. Sostiene García Ramírez que, la jurisdicción internacional no excluye o subordina a la nacional; es subsidiaria de ésta: opera solamente cuando no ha sido posible satisfacer la pretensión a través de los medios nacionales dispuestos para este efecto. La propia Convención dispone la existencia de estos medios jurisdiccionales (*Los derechos humanos y la jurisdicción interamericana*, UNAM, México, 2002, p. 82).

Además, cabe recordar lo dispuesto por el art. 64.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que establece la posibilidad de la Corte Interamericana para emitir opiniones acerca de la compatibilidad entre cualquiera de sus leyes internas y los instrumentos internacionales del sistema. Con esta potestad, los Estados Partes no han hecho más que establecer una suerte de lectura privilegiada que impide obstruirla con interpretaciones locales ([244]).

Sin embargo, la conclusión se contrapone con el sentido jurídico que tiene una "consulta", toda vez que ella, *per se*, no podría tener más extensión que el consejo aportado ([245]).

5.14 Una consulta no suele portar consecuencias jurisprudenciales porque no es esa la finalidad. El objeto es aportar un criterio, una guía que orienta al que requiere, un consejo que se ofrece al consultante.

Es muy cierto la afirmación de Ruiz Miguel cuando sostiene que una consulta no resuelve como se hace en los procesos contenciosos que alcanzan la "cosa juzgada", aunque se admite alguna matización cuando la opinión no es afirmativa sino negativa (es decir cuando el dictamen dice que algo viola el derecho internacional) o cuando es "interpretativa", es decir, cuando de entre varias posibilidades interpreta que sólo una es conforme con el derecho internacional. "En estos asuntos, al no haber en principio <<cosa juzgada>> es perfectamente posible desviarse de la opinión de la Corte...[...]" ([246]).

5.15 Veamos qué sucede con las decisiones ([247]) que llegan de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. A diferencia de la Corte, la Comisión tiene una naturaleza jurídica distinta. No posee "jurisdicción" en el sentido técnico que significa, ni son jueces sus integrantes, solamente son "miembros" (art. 34 del Pacto).

No obstante, el Sistema actúa interdependiente y coligado, de algún modo, ordenado con la regla del art. 29 del Pacto de San José que no se puede soslayar. En consecuencia, la jurisdicción interna no puede desvincularse de la interpretación hecha por la justicia supraestatal. Lo cual supone tener un criterio ampliado, una búsqueda de la efectividad y eficacia que se nutre de los principios, valores, guías, etc. que han especificado los órganos corrientes que interpretan la Convención ([248]).

---

[244]. La Sala Constitucional de la Corte de Costa Rica consideró obligatorio para su gobierno el criterio adoptado en la Opinión Consultiva 5 de 1985 (OC 5/85).

[245]. Dice Carlos Ruiz Miguel que, en la consulta el juicio emitido no tiene carácter obligatorio, carácter que sí está presente en el juicio emanado de la jurisdicción (lo que implica el efecto de la cosa juzgada)...La consulta tiene un carácter preeminentemente técnico y abstracto, mientras que la jurisdicción en principio se lleva a cabo para resolver litigios concretos...(cfr. *La función consultiva en el sistema interamericano de derechos humanos ¿crisálida de una jurisdicción supra constitucional?*, en Liber amicorum Héctor Fix Zamudio, tomo II, Secretaría de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1998, p. 1347).

[246]. Ob. cit., p. 1352.

[247]. Para ampliar ver nuestro trabajo "*Las decisiones en los conflictos transnacionales"*, en Revista Ars Juris nº 12, Universidad Panamericana, México, 1994, ps. 347 y ss.

[248]. Gozaíni, Osvaldo Alfredo, *Los efectos de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el derecho interno* en Liber amicorum Héctor Fix Zamudio, tomo II, Secretaría de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1998, p. 828.

5.16 Otra contingencia se produce con el efecto que produce la sentencia transnacional (sea en jurisdicción contenciosa o consultiva) sobre situaciones jurídicas consolidadas, vale decir, cuando la decisión afecta hechos pasados o ya juzgados. En tal caso es preciso que el Estado confronte con precisión la competencia *ratione temporis* que aceptó al incorporarse al Sistema Interamericano.

El art. 28 de la Convención de Viena (sobre Derecho de los Tratados) dispone al respecto que *"las disposiciones de un tratado no obligarán a una parte respecto de ningún acto o hecho que haya tenido lugar con anterioridad a la fecha de entrada en vigor del tratado para esa parte ni de ninguna situación que en esa fecha haya dejado de existir, salvo que una intención diferente se desprenda del tratado o conste de otro modo"*.

Claro está que en los delitos continuos o sistemáticos que produce un Estado alterando la práctica efectiva de tutela de los derechos del hombre, el principio anotado se restringe; lo mismo que ocurre cuando una norma particular sustituye la regla general, como es el caso de la Convención sobre Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad.

5.17 En suma, se puede afirmar, *prima facie*, que la función de las decisiones transnacionales, y en particular, la jurisprudencia de la Corte Interamericana no tiene otro destino que promover la tutela efectiva de los derechos humanos. Para este fin cuenta el sistema con dos vías sucesivas. Una primera etapa ante la Comisión Interamericana donde se estudian las denuncias llegadas contra cada Estado Parte y se formulan recomendaciones e informes que cada afectado puede acatar.

La segunda tiene dos posibilidades. La jurisdicción se emplaza en la Corte Interamericana cuando se promueve ante ella un caso contencioso; o se suscita a requerimiento de un Estado Parte o de la misma Comisión, solicitando se interprete una cláusula o norma de la Convención.

En consecuencia, las recomendaciones que hace la Comisión promueve en los Estados alcanzados un deber moral que se expresa en poner todos los esfuerzos necesarios para que se cumpla con el señalamiento notificado en el informe o la decisión.

5.18 La Corte Interamericana, preocupada por el valor de los consejos de la Comisión ha manifestado que, al disponer el art. 33 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que la Comisión Interamericana es un órgano competente junto con la Corte para conocer de los asuntos relacionados con el cumplimiento de los

---

Nuestra Corte Nacional dice: La resolución del superior tribunal local, en cuanto rechazó el recurso de inconstitucionalidad deducido contra la sentencia de condena -en el caso, por el delito de injurias-, desatiende la recomendación de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos para la salvaguarda del acceso a la revisión de las condenas penales, la cual se satisface siempre y cuando el recurso no se regule, interprete o aplique con rigor formalista, sino que permita con relativa sencillez al tribunal, 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 (del dictamen del Procurador Fiscal que la Corte hace suyo) (CS, 2002/05/28, "*Caric Petrovic, Pedro y otros c. Báez, Juan C. y otro*", La Ley, 2002-E, 262 – La Ley, 2003-C, 363 - Con nota de Catucci, Silvina G.).

compromisos contraídos por los Estados Partes, implica que al ratificar dicha Convención, tales Estados se comprometen a atender las recomendaciones que la Comisión aprueba en sus informes (caso "*Loayza Tamayo, María*", 17/09/1997, LL, 1999-F, 663).

Esta conclusión se basa en el principio de la buena fe consagrado en el art. 31.1 de la Convención de Viena, argumentando que, si un estado suscribe y ratifica un tratado internacional, especialmente si trata de derechos humanos, tiene la obligación de realizar sus mejores esfuerzos para aplicar las recomendaciones de un órgano de protección como la Comisión Interamericana que es, además, uno de los órganos principales de la Organización de los Estados Americanos, que tiene como función promover la observancia y la defensa de los derechos humanos en el hemisferio (caso recién citado).

No obstante, las recomendaciones no son de cumplimiento obligatorio, es una potestad del Estado advertido, a sabiendas que de mantener la situación podrá ser denunciado ante la Corte Interamericana.

El respeto que el derecho interno a la jurisdicción supranacional, y el valor que asigne a sus compromisos internacionales, son la clave del dilema.

5.19 En el orden interno, la Corte Suprema de Justicia de la Nación dice que, el cumplimiento de los compromisos internacionales del país, si bien determina que éste realice sus mejores esfuerzos para dar respuesta favorable a las recomendaciones efectuadas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, no lleva a consagrar como deber para los jueces el dar cumplimiento a su contenido pues no se trata de decisiones vinculantes para el poder judicial; además la jurisprudencia internacional no puede afectar la estabilidad de las decisiones jurisdiccionales constituyéndose en un motivo de revisión de las mismas ([249]).

Este criterio lo sigue, entre otros, la Cámara Nacional de Casación Penal, al sostener que, la obligación que tiene el Estado argentino de realizar sus mejores esfuerzos para dar respuesta favorable a las recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos -en el caso, el informe 55/97, caso 11/137, tendiente a que se efectivizara en lo sucesivo el derecho de apelación de las personas procesadas con fundamento en la Ley 23.077-, no equivale a consagrar como deber para los jueces el cumplimiento de su contenido, pues tales decisiones no revisten carácter vinculante para el Poder Judicial de los Estados Partes ([250]).

Con relación a las sentencias de la jurisdicción supranacional, ellas son de cumplimiento obligatorio para el Estado afectado.

---

[249]. Del voto de la mayoría) (CS, 22/12/1998, "*A., C. B. y otros*", ED, 185-340). La minoría sostuvo que, el deber del Estado Argentino de tomar en consideración las recomendaciones adoptadas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos se extiende a todos los jueces de cualquier jerarquía y fuero quienes, aún ante la inexistencia de reglamentación legislativa indicativa del curso judicial a seguir, están obligados a atender a su contenido con el fin de procurar la protección de los derechos humanos involucrados (del voto de los Dres. Antonio Boggiano y Gustavo A. Bossert) (CS, 22/12/1998, *"A., C. B. y otros*", ED, 185-340.

[250]. CN Casación Penal, Sala II, 23/11/2000, "*Felicetti, Roberto y otros*", LL, 2001-B, 145, con nota de Germán J. Bidart Campos.

5.19 Para finalizar quedan las *Opiniones Consultivas*. En estas, es preciso advertir que en un procedimiento contencioso, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, debe no sólo interpretar las normas aplicables, establecer la veracidad de los hechos denunciados y decidir si los mismos pueden ser considerados como una violación de la Convención imputable a un Estado Parte, sino también, si fuera del caso, podrá disponer que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados.

En cambio, en materia consultiva, la Corte no está llamada a resolver cuestiones de hechos para verificar su existencia sino a emitir su opinión sobre la interpretación de una norma jurídica. Nosotros creemos que esta interpretación es de seguimiento obligatorio, pues es una forma de jurisdicción aunque técnicamente no lo parezca ([251]).

Por eso, el tribunal sólo debe abstenerse de responder a una solicitud de opinión consultiva si encuentra que la consulta excede el alcance de esa competencia, sea porque busca debilitar el mecanismo de protección de la Convención Americana sobre Derechos Humanos menoscabando los derechos protegidos, o desvirtuar o perjudicar la jurisdicción contenciosa de aquel tribunal (del voto concurrente del juez Cançado Trindade) (OC-15/97).

6. La jurisprudencia de la Corte Suprema

6.1 En el derecho argentino, no hay ninguna norma en la Constitución Nacional que establezca la obligatoriedad de la jurisprudencia de la Corte Suprema para los tribunales inferiores. Pero no siempre fue así. La Constitución de 1949 prescribía en su artículo 95 que "la interpretación que la Corte Suprema de Justicia haga de los artículos de la Constitución por recurso extraordinario, y de los códigos y leyes por recurso de casación, será aplicada obligatoriamente por los jueces y tribunales nacionales y provinciales".

Esta Constitución fue derogada por la llamada revolución libertadora de 1955 que la dejó sin vigencia. Después de aquel intento de efímera vigencia, nunca más se incluyó en la Constitución Nacional una cláusula semejante.

6.2 En 1987 el Consejo para la Consolidación de la Democracia propuso algo parecido a aquello de 1949. En su segundo dictamen, el Consejo, coordinado por Carlos Santiago Nino, sostuvo que el sentido de justicia demandaba que todos los hombres fueran tratados en igualdad de condiciones y que, por ello, era conveniente que los principios sentados por la Corte, a través de una decisión deliberada y reflexiva sobre un punto de la Constitución planteado en un caso, fueran aplicados en igualdad de condiciones, para lo cual era suficiente el sistema del recurso extraordinario federal.

Se dijo a continuación: "El stare decisis le da valor de fuente normativa general a las sentencias de la Corte Suprema, en la medida que requiere que los jueces y

---

[251]. Se ha dicho al respecto, que todo tribunal internacional y órgano poseedor de competencias jurisdiccionales tiene el poder inherente de determinar el alcance de su competencia. Así, toda vez que la Corte Interamericana decide responder o no una solicitud de opinión consultiva está ejerciendo el poder de determinar su competencia (del voto concurrente del juez Cançado Trindade), 14/11/1997, "*Opinión consultiva 15/97*", en LL, 1998-E, 496, con nota de María Fernanda Pérez Solla).

tribunales inferiores acudan a ella cuando se le presenten casos que ofrezcan similitud" ([252]).

En función de ello, el Consejo para la Consolidación de la Democracia propuso un nuevo artículo para la Constitución, que llevaría el número 101 bis: "Las decisiones de la Corte Suprema en materia federal serán obligatorias, en cuanto a los principios sentados para decidir casos concretos, para todos los tribunales inferiores de la Nación...".

6.3 En el orden interno la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina en contadas ocasiones aplica obligatoriamente sus precedentes. Siempre trabajando en casos concretos, puede una ley resolver que las decisiones adoptadas sean obligatorias en orden a la interpretación acordada.

Recuérdese que el control de constitucionalidad tiene en el recurso extraordinario federal la única vía de llegada a la Corte Suprema, pero ésta se ocupa de restringir repetidamente el acceso. Por ejemplo, se tiene dicho que el recurso extraordinario no procede para la unificación de jurisprudencia que se estima contradictoria en materia de derecho común y procesal ([253]).

6.4 Uno de los casos de asignación expresa fue el art. 19, segunda parte de la ley 24.463, que después de regular el recurso ordinario con relación a los pronunciamientos definitivos de la Cámara Federal de la Seguridad Social, establece que los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, serán de obligatorio seguimiento para los jueces inferiores en causas análogas.

Por eso se descalifican las sentencias que, a pesar de lo indicado, hacen caso omiso de lo resuelto en los antecedentes y no proporcionan argumentos que justifiquen el apartamiento de la doctrina sentada en ellos, más allá de que incumplen también el deber que tienen las instancias ordinarias de conformar sus decisiones a las sentencias de la Corte que resuelven casos similares.

En este aspecto se afirma que corresponde declarar desierto el recurso ordinario de apelación si el recurrente no se hace cargo del precedente de la Corte Suprema que estableció que la procedencia de la vía ordinaria se limita a los supuestos en que se impugnan actos administrativos de la ANSeS, ni realiza crítica alguna a lo sostenido en dicho antecedente, pese a ser de seguimiento obligatorio conforme a lo establecido en el art. 19 de la ley 24.463 ([254]).

Sin embargo, este único resabio de jurisprudencia obligatoria, fue derogado por la ley 26.025.

---

[252] Cfr. *Reforma Constitucional: Segundo Dictamen del Consejo para la Consolidación de la Democracia, Consejo para la Consolidación de la Democracia*, Buenos Aires, Eudeba, 1987, p. 52. En Legarre, Santiago – Rivera (h.), Julio César, "*La obligatoriedad atenuada de los fallos de la Corte Suprema y el stare decisis vertical*", La Ley, 2009-E, 820.

[253] CS, 2008/12/02, "*Dragoevich, Héctor Ramón c/Mº J y DD.HH s/art.3 ley 24.043 (Rresol.612/01)"*, Fallos, 331:2663.

[254] CS, 2005/11/29, "*Barahona, Walter Marcelo c/ Caja de Retiros y Pensiones Policía Fed. - Ministerio del Int. s/ personal militar y civil de las FF.AA. y de seg*.", Fallos, 328:4229.

6.5 En consecuencia, la jurisprudencia del Superior Tribunal de la Nación tiene valor doctrinario y aunque decida en los procesos concretos que le son sometidos sin generar sus fallos obligatoriedad para casos análogos, no se puede desconocer que por su implicancia, los jueces inferiores tienen el deber de conformar sus decisiones a dichos pronunciamientos.

Cuando el caso supone resolver una línea de aplicación legal, la interpretación es vinculante, pues consiste en afinar un criterio constitucional como último intérprete, y por ser órgano de cierre.

En tal sentido, se sostiene que cuando la jurisprudencia de la Corte incorporó el principio de real malicia y no el test de la verdad como adecuada protección de la libertad de expresión, conlleva a que el juez deba aplicar este criterio ([255]).

6.6 La definición en temas constitucionales convierte a la Corte Suprema en una suerte de Tribunal Constitucional del caso concreto, y sirve para ordenar un diseño de interpretación que obliga, moral o jurídicamente, a los tribunales inferiores; quienes en su caso, deben fundamentar cuando se apartan de los precedentes de la Corte; es decir, que tienen el deber de aportar nuevos argumentos que justifiquen modificar la posición sentada por el Tribunal, en su carácter de intérprete supremo de la Constitución Nacional y de las leyes dictadas en su consecuencia.

Es cierto que la misma Corte dice que [...] "la aplicación en el tiempo de los nuevos criterios ha de ser presidida por una especial prudencia con el objeto de que los avances propuestos no se vean malogrados en ese trance, en mérito de ello, es necesario trazar la línea divisoria para el obrar de la nueva jurisprudencia, apoyándola en razones de conveniencia, utilidad y en los más hondos sentimientos de justicia, necesidad que entraña, a su vez, la de fijar el preciso momento en que dicho cambio comience a operar" ([256]).

Por tanto, a veces esa línea o tendencia se morigera diciendo que [...]: "La Cámara Nacional de Casación Penal no se encuentra obligada de conformidad con la doctrina del precedente "*Casal*" (Fallos: 328: 3399) en cuanto a la interpretación del art. 456 del Código Procesal Penal de la Nación conforme a la teoría del máximo de rendimiento, ante el tratamiento de agravios introducidos tardíamente por las partes, ya que es la misma jurisprudencia de la Corte que, al limitar el alcance de los términos contenidos en sus decisiones y valorar como acto de suma gravedad la declaración de inconstitucionalidad de una norma, impide hacer aplicación extensiva de un precedente a un supuesto cuyas diferencias resultan sustanciales del que motivó la decisión, máxime cuando ello causaría un efecto semejante a la declaración de inconstitucionalidad de normas procesales vigentes que no fueron siquiera objeto de examen ([257]).

6.7 En cambio, como antes advertimos, la jurisprudencia se vuelve señera y obligatoria, cuando se trata de interpretación sobre derechos supranacionales, donde los

---

[255] CS, 2008/06/24, "*Patitó, José Ángel y otro c/Diario La Nación y otros*", Fallos, 331:1530.

[256] CS, 2007/05/23, "*Rosza, Carlos Alberto y otro s/recurso de casación*", Fallos, 330:2361.

[257] CS, 2009/12/09, "*Martínez Caballero, Osvaldo s/recurso extraordinario*", Fallos, 332:2705.

tribunales están obligados a atender primordialmente otros intereses, como los del interés superior del niño.

En estos casos, garantizar implica el deber de tomar todas las medidas necesarias para remover los obstáculos que pudiesen existir para que los individuos puedan disfrutar de los derechos reconocidos en la Convención, debiendo los jueces, en cada caso, velar por el respeto de los derechos de los que son titulares cada niña, niño o adolescente bajo su jurisdicción, que implica escucharlos con todas las garantías a fin de hacer efectivos sus derechos (conf. arts. 12.2 y 40.2.b de la Convención sobre los Derechos del Niño) ([258]).

Aparece así una expresión habitual en los fallos, donde la Corte remite al valor moral de sus decisiones. Por ejemplo, ella sostiene que, no obstante que los fallos de la Corte se circunscriben a los procesos concretos que le son sometidos a su conocimiento, no cabe desentenderse de la fuerza moral que emana de su carácter supremo, sin verter argumentaciones que la contradigan, pues dada la autoridad institucional de los fallos del Alto Tribunal en su carácter de supremo intérprete de la Constitución Nacional y las leyes, de ello se deriva el consecuente deber de someterse a sus precedentes ([259]).

6.8 El principio de igualdad que está instalado como telón de fondo, no significa para la jurisprudencia un obstáculo, porque para la propia ley se advierte e interpreta que, el art. 16 de la Ley Fundamental no impone una rígida igualdad, por lo que tal garantía no obsta a que el legislador contemple en forma distinta situaciones que considere diferentes, atribuyéndose a su prudencia una amplia latitud para ordenar y agrupar, distinguiendo y clasificando los objetos de la reglamentación, aunque ello es así en la medida en que las distinciones o exclusiones se basen en motivos razonables y no en un propósito de hostilidad contra determinada persona o grupo de personas o indebido privilegio personal o de un grupo ([260]).

Con este piso y siempre actuando en un caso individual y concreto, la Corte ha recordado en sus fallos una diferencia importante: la función judicial no es tarea de legislar.

Y si bien hay un deber moral para los jueces inferiores en conformar sus decisiones como la misma Corte lo tiene decidido en casos análogos, a los fallos de aquel alto Tribunal, él se funda, principalmente, en la presunción de verdad y justicia que a sus doctrinas da la sabiduría e integridad que caracteriza a los magistrados que la componen, y tiene por objeto evitar recursos inútiles, sin que esto quite a los jueces la facultad de apreciar con su criterio propio esas resoluciones y apartarse de ellas cuando a su juicio no sean conformes a los preceptos claros del derecho, porque ningún tribunal es infalible y no faltan precedentes de que aquellos han vuelto contra resoluciones anteriores en casos análogos.

De este criterio jurisprudencial surge que si un tribunal inferior se aparta de un precedente de la Corte no recibirá la sanción que implica la revocación de su sentencia

---

[258] CS, 2007/12/02, "*García Méndez, Emilio y Musa, María Laura s/causa Nº 7537*", Fallos, 331:2691.

[259] CS, 2009/06/23, "R*omero, Carlos Ernesto c/Andrés Fabián Lema s/desalojo - recurso de casación e inconstitucionalidad*", Fallos, 332:1488.

[260] CS, 2009/05/12, "*Coronel, Jorge Fernando c/Estado Nacional y otros s/amparo e inconstitucionalidad*", Fallos, 332:1060.

por esa sola circunstancia. La decisión del tribunal apelado podrá ser dejada sin efecto si fuera infundada, pero la falta de fundamento no surgirá del mero apartamiento aludido, sino que debe producirse por otras razones ([261]).

6.10 La división entre cuestiones de derecho común (donde se acepta que la jurisdicción no federal pueda tener interpretación propia) y cuestiones constitucionales (que la Corte resuelve como órgano de cierre), permite deducir una fuerza especial de los fallos cuando la Corte se expide sobre asuntos federales. Por eso, los tribunales inferiores, para contribuir al desarrollo del derecho en la materia y con el propósito de afianzar la seguridad jurídica, deben aplicarlos a pie juntillas.

En materia penal la Corte se preocupa con mayor énfasis para señalar el camino.

6.11 Cuando se trata de cuestiones trascendentes como la tenencia de estupefacientes para consumo personal, la utilización del cuerpo como prueba de cargo, el valor de la intimidad como derecho constitucional antes que como una faceta del derecho privado, entre muchas más, la clásica división entre precedentes aplicados *horizontalmente* (es decir, continuar la jurisprudencia imperante) y *verticalmente* (*stare decisis*, propiamente dicho), la Corte ha mostrado que no tiene problemas en cambiar el rumbo del primero y aplicar con rigor el estándar creado como derecho judicial.

6.12 Sagüés explica que [...]: “Históricamente ha sido la propia Corte la que algunas veces ha dicho que sus fallos cuentan con *valor moral*, o que los jueces tienen el *deber moral* de aplicar la doctrina judicial por ella fijada [...]. La expresión "valor moral" o "deber moral" es algo engañosa y poco clara. Si se parte del supuesto que derecho y moral son dos conceptos distintos, aunque con frecuencia conectados, un "deber moral" no implica necesariamente un "deber jurídico", salvo que el derecho lo adoptase (por ejemplo, los deberes de asistencia familiar, de padres a hijos y viceversa). Una significativa muestra de "constitucionalización" de lo moral es el art. 19 de la Constitución Nacional, que habla de la "moral pública" como factor de regulación de la conducta de los habitantes. Pero en el caso de la cotización de la doctrina judicial de la Corte, ¿debido a que ella empleó la expresión "deber moral" o "valor moral", en lugar de, directamente, hablar de "deber jurídico"? Veamos tres posibles respuestas:

“(i) que los jueces tienen que moralmente seguir su doctrina, pero sin que ello significase en sentido estricto un deber jurídico exigible (de hecho, operaría como un consejo o invitación). Esta tesis parte de la distinción entre derecho y moral; y además, considera que si la Corte hubiese querido decir "deber jurídico", lo habría dicho francamente, sin recurrir a expresiones sibilinas.

“(ii) que el deber moral significaba, en resumen, un deber jurídico, pero algo atenuado (menos exigente, pero ¿cuánto?). Esta conclusión puede fundarse en que, en el lenguaje coloquial, los deberes "morales" imperantes también demandan obediencia y cumplimiento, y que hay sanciones si se los infringe, algunas de ellas con ciertas repercusiones jurídicas.

“(iii) que el deber moral importa también deber jurídico. Aquí se puede sostener que como la Corte no es una academia de ciencias morales, ni hace a su oficio

---

[261] Legarre – Rivera (h.), ob. cit., p. 821.

pronunciar homilías o sermones, cuando dice de manera terminante que existe un "deber moral" para los jueces inferiores, es porque ellos deben –en derecho- acatarlo. Si ese deber moral no engendrara obligaciones jurídicas, carecería de sentido que el Tribunal lo hubiese enunciado enfáticamente.

"Es de lamentar, por cierto, que para estos enigmas Argentina no haya tenido una solución tan práctica y eficaz como el método griego de recurrir al oráculo de Delfos. A falta de él, ha sido la propia Corte la que después recategorizó el valor de sus fallos y el deber de seguirlos, dándoles el rango de valor y *deber "institucional*", derivados de la "autoridad institucional" del Tribunal" ([262]).

7. Conclusiones

7.1 En Argentina el control difuso de la constitucionalidad torna impracticable la prédica por el valor obligatorio de los fallos emitidos por la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

7.2 Puede computarse como excepción, el caso de resolución de cuestiones federales donde la decisión, sin tener efectos vinculantes, orienta con valor moral o institucional, las sentencias de los tribunales inferiores.

7.3 El efecto *erga omnes* de algunos pronunciamientos, son una línea de avanzada que han puesto en su lugar a las sentencias constitucionales de la Corte Suprema, lo que no lleva a concluir que ese efecto o extensión de la sentencia, sea aplicado como precedente o jurisprudencia, sino apenas, como doctrina legal.

---

[262] Sagüés, Néstor Pedro, "*La vinculatoriedad de la doctrina judicial de la Corte Suprema*", La Ley, 2008-E, 837-Derecho Constitucional - Doctrinas Esenciales Tomo I, 1161.

Capítulo XII

EL EFECTO ERGA OMNES

1. Definiciones

¿Qué es una sentencia constitucional? Acaso ¿no serían todas las sentencias el producto de una decisión constitucional? ¿Porqué individualizar una sentencia constitucional como diferente de los demás pronunciamientos judiciales? ¿Es, entonces, una sentencia distinta?.

Estos y otros interrogantes más que veremos en el correr de este trabajo, son algunos de los planteos sobre lo que significa una sentencia constitucional.

Uno puede partir del simple concepto que relaciona el órgano con la decisión, y así, sostener que es sentencia constitucional la que proviene del Tribunal Constitucional. De este modo, dejaríamos de lado las resoluciones que adopte un juez del sistema difuso de control de constitucionalidad.

También se puede vincular al proceso con la sentencia que en él se dicta y afirmar que son sentencias constitucionales las que se vierten en los procesos constitucionales (v.gr.: amparo, hábeas data, hábeas corpus). Siguiendo esta línea, un juicio entre particulares tramitado como amparo podría lograr una sentencia constitucional.

Mejorando la perspectiva, una sentencia será constitucional cuando el conflicto resuelto verse sobre "cuestiones fundamentales", siempre y cuando sean controversias normativas, antes que dilemas de hechos o actos lesivos específicos. De este modo, sería sentencia constitucional la que declara inconstitucional a una ley, mientras que no lo sería aquella que resuelve justificar el accionar de la autoridad pública cuestionada ante un supuesto acto ilegítimo.

Como se ve, el gran problema a resolver está en el contenido y efectos de la sentencia, si se tiene en cuenta para ello que, al ser el resultado que se obtiene de un conflicto normativo, antes que intersubjetivo, el decisorio termina el proceso interpretando o integrando el derecho constitucional que fuera puesto en análisis como consecuencia del "caso constitucional".

La sentencia de un Tribunal Constitucional, expone Nogueira Alcalá, más que un acto procesal que pone término a un conflicto jurídico, como ocurre con las sentencias de los tribunales ordinarios de justicia, es además una decisión con trascendencia política, ya que realiza una labor de interpretación de valores y principios y una actividad integradora del derecho ([263]).

---

[263]. Nogueira Alcalá, Humberto, *Consideraciones sobre las sentencias de los Tribunales Constitucionales y sus efectos en América del Sur*, ponencia presentada en las II Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal Constitucional, San José, Costa Rica, julio/2004. En esta línea explicita correctamente Bocanegra que "…el papel atribuido al Tribunal Constitucional sobre la norma fundamental y las cuestiones sobre las que tiene que pronunciarse, sin perder en absoluto su carácter jurídico, tiene inevitablemente una proyección y una trascendencia políticas, muchas veces de importancia decisiva, lo que sitúa al Tribunal Constitucional, aún cuando sus sentencias continúan siendo pronunciamientos estrictamente jurídicos, en una posición principalmente distinta a la de los tribunales ordinarios" (Bocanegra Sierra, Raúl, *El valor de las sentencias del Tribunal Constitucional*, Instituto de Estudios de la Administración Local, Madrid, 1982).

De todos modos, para comprender cuando hay sentencias constitucionales y en qué momento ellas no lo son, pese al órgano especializado que las dicta (Tribunales Constitucionales); o bien, evitar deducir que si el proceso es constitucional también lo será la sentencia; o, en su caso, sostener que si el conflicto interesa a cuestiones constitucionales (por ejemplo, las del art. 14 de la ley 48) allí la decisión será constitucional, para todo ello es menester diferenciar el sistema de control de constitucionalidad y la misión que tienen los jueces al realizar esa actividad.

2. Sistemas del control de constitucionalidad

Muchas veces, antes de ahora, nos hemos referido a las particularidades que tienen los sistemas jurídicos previstos para el control de constitucionalidad y los efectos que cada uno importa para un determinado contexto ([264]).

En esta oportunidad los modelos se muestran en la dimensión de los procedimientos implementados y desde las proyecciones que tienen sus decisiones.

Recordemos, entonces, que la fiscalización de la supremacía constitucional tiene dos variantes:

Un sistema *político,* donde no hay jueces sino organismos especiales que trabajan antes de la sanción de las leyes, ejerciendo un control "a priori", de alcance general y sin otra relación que el análisis de la legalidad constitucional.

Y un sistema *Jurisdiccional* que reconoce opciones de suma importancia en el tema que abordamos. Por un lado está el esquema (americano) de la *judicial review,* por el cual se deja en manos de los jueces del Poder Judicial la tarea de interpretar y aplicar la ley en el caso concreto, respetando en sus sentencias el principio de la supremacía constitucional. Y por otra senda transita el modelo *Kelseniano* (europeo) que concentra la actividad de control de constitucionalidad en un órgano extraño al Poder Judicial (fuera de su estructura normativa) que se denomina Tribunal Constitucional.

Pero también aparece en América un tercer modelo, que instala dentro del Poder Judicial a jueces especializados que actuando, como Sala dentro del Tribunal Supremo, cómo Corte independiente, o aun situando en el máximo órgano de justicia nacional la función de controlar la constitucionalidad, decide que sea un único organismo la palabra final sobre la interpretación constitucional, aun permitiendo el control difuso de los jueces comunes.

A grandes rasgos se dice que unos aplican la ley y otros la Constitución. Que uno trabaja sobre el caso concreto y el otro sobre la generalidad del conflicto. El tercer modelo genera una situación híbrida.

No obstante, entre jueces constitucionales y Tribunales Constitucionales no hay diferencias importantes. La función es la misma pero el sentido de *actividad jurisdiccional* puede ser puesto en duda, si nos detenemos en la naturaleza estricta de lo que significa tener jurisdicción.

.

[264]. Cfr. Gozaíni, Osvaldo A., *La Justicia Constitucional*, Depalma, Buenos Aires, 1994; *Derecho Procesal Civil,* tomo I volumen 1, Ediar, Buenos Aires, 1992; *Introducción al Derecho Procesal Constitucional*, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2006.

Quienes observan conservadoramente el poder de la jurisdicción, sostienen que los jueces resuelven conflictos intersubjetivos, condición que no está en las cuestiones de constitucionalidad porque en éstas se trata, solamente, de interpretar lo que dice la Norma Fundamental frente a un acto que se muestra impreciso para ajustarse en ese molde ([265]). Para esta posición, si ambos resuelven controversias (comunes o constitucionales), la actuación es jurisdiccional.

En cambio, quienes apuntan hacia el "poder" que significa la función jurisdiccional, se oponen a darle tal carácter al desempeño de los tribunales constitucionales. La oposición se da en dos sentidos.

En el plano teórico, porque decir el derecho supone también señorío para ejecutar lo resuelto, y la sentencia constitucional, por vía de principio, declara pero no ejecuta.

En el plano político porque si el tribunal no forma parte de ninguno de los tres poderes constituidos su naturaleza jurídica es incierta y hasta contradictoria con el principio de la división de funciones en el Poder.

Además, se corre el riesgo de que, a través de la interpretación, el poder convierta al Tribunal Constitucional en un órgano sustitutivo de la producción legislativa, convirtiendo al sistema en un legislador negativo, como lo había dicho Kelsen, pero en otro sentido.

3. Similitudes y diferencias

Pese a las diferencias, la doctrina encuentra una aproximación entre ambos sistemas jurisdiccionales, advirtiendo cómo algunos de los principios particulares de uno se trasladan o aplican en el otro sin mayores dificultades. Por ejemplo, la generalidad y abstracción del Tribunal Constitucional se abandona en Italia, donde la intervención deviene incidental y para resolver un caso concreto.

En España ([266]), inclusive, la posibilidad del amparo constitucional trae cierta ordinarización a la función de controlar la constitucionalidad de las leyes, al punto de

---

[265]. 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 (Cfr. cita de Gozaíni, *Introducción al Derecho Procesal Constitucional*, cit., p. 85).

[266]. Sostiene Aragón Reyes que, a grandes rasgos, el modelo europeo de justicia constitucional actual esta muy alejado de la originaria construcción kelseniana de las dos jurisdicciones separadas. Advierte así, que la interpretación de la Constitución, y, su inevitable correlato, la interpretación constitucional de la ley, la realizan todos los órganos jurisdiccionales. Por ello, el Tribunal Constitucional (órgano que en el modelo europeo, ejerce la jurisdicción constitucional) no es, en cumplimiento de aquella tarea, el único intérprete, aunque sí el supremo. El sistema español de justicia constitucional pertenece a ese modelo, y en él se dan, en consecuencia, las características antes señaladas, acentuadas, además, por el hecho, muy relevante, de que el Tribunal Constitucional (como el alemán y, en cierta medida, el austriaco) también tiene atribuido el recurso de amparo. El carácter subsidiario de amparo, exigido por el sistema, pues la Constitución encomienda primariamente a la jurisdicción ordinaria (arts. 24.1, 53.1 y 53.2 CE) la tutela de los derechos fundamentales, origina, necesariamente, que en esa función de

provocar ciertas fricciones entre las potestades del Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional.

Por su parte, el llamado "modelo Americano" queda circunscrito al sistema constitucional de Estados Unidos de América y Argentina, porque el resto de América, cada vez con más fuerza y decisión, se ha volcado a un esquema dual o paralelo, como dice García Belaúnde ([267]), en los cuales aparecen Tribunales Constitucionales de "última instancia", interrelacionados con el actuar difuso de la justicia común.

Vale decir, las distancias de otrora no son tan reales, y la aproximación entre los modelos ha traído ciertos bretes cuando desde los casos concretos se envían decisiones generales; o cuando a partir de una sentencia "erga omnes" se desconoce su eficacia por jurisprudencia contradictoria del Tribunal Supremo, entre otras desavenencias.

Inclusive, algunos países como Costa Rica, vieron más allá el problema y plantearon ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos la consulta para saber si los fallos de la Sala Constitucional, que tienen eficacia "erga omnes" podían afectar el sistema de jurisprudencia vinculante que tiene el Sistema Interamericano ([268]).

---

amparo el Tribunal Constitucional no sólo disfrute de la supremacía interpretativa que le es propia, sino, además, de una auténtica supremacía orgánica, en cuanto que puede anular decisiones de los jueces y tribunales ordinarios.

Es claro, pues, que en España la jurisdicción ordinaria participa en el ejercicio de la justicia constitucional. De un lado, en cuanto al control de constitucionalidad de la ley (y de las normas con fuerza de ley, incluyendo aquí también a los tratados), los jueces y tribunales pueden constatar la derogación por la Constitución de leyes anteriores (según ha reconocido, desde el principio, la jurisprudencia constitucional), y asimismo controlar, no la inconstitucionalidad de la ley, pero sí su constitucionalidad, atribuyéndole a aquélla una interpretación constitucionalmente adecuada (art. 5.3 LOPJ); lo único que les está vedado es anular o inaplicar la ley por razón de su inconstitucionalidad, puesto que ello le está reservado en exclusiva al Tribunal Constitucional. En nuestro sistema, los jueces y tribunales están sometidos al imperio de la ley (art. 117.1 CE), por lo que no pueden inaplicar (y menos aún anular) la ley contraria a la Constitución, pero también están sometidos a la Constitución (art. 9.1 CE), por lo que no deben aplicar una ley que la vulnere, de donde se deriva que, en tales casos, precisamente por esa doble vinculación, deban proceder a plantear la cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional (art. 163 CE); de suerte que si un órgano judicial inaplica la ley, por considerarla inconstitucional, sin plantear la cuestión, no sólo estará incumpliendo el deber que le impone el art. 117.1 CE e invadiendo la competencia del Tribunal Constitucional establecida por los arts. 161.1. a) y 163 CE, sino también vulnerando el derecho a la tutela judicial efectiva garantizado por el art. 24.1 CE (SSTC 173/2002 y 58/2004) (Aragón Reyes, Manuel, *Relaciones Tribunal Constitucional – Tribunal Supremo*, Madrid, ps. 7/8).

[267]. García Belaúnde, Domingo, *La jurisdicción constitucional y el modelo dual o paralelo*, en Revista La Ley, 1998-F, 1175 y ss.

[268]. El art. 13 de la Ley de Jurisdicción Constitucional establece el efecto "erga omnes" de los precedentes de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, extensión aplicable a toda la justicia local salvo para ella misma. La Corte Interamericana (10 de mayo de 2005) manifestó: […] 13. Que el Estado somete la solicitud de consulta con el propósito de conocer el criterio de esta Corte acerca de decisiones y normas internas, antes de aplicarlas en los asuntos que se encuentran pendientes ante el órgano administrativo superior de la Asamblea Legislativa. Si bien dichos asuntos no han sido sometidos ante el sistema interamericano dentro del mecanismo de peticiones individuales, la Corte entiende que una respuesta a las preguntas de Costa Rica podría resultar en un pronunciamiento indirecto, por la vía de opinión consultiva, de asuntos litigiosos aún no resueltos a nivel interno ni sometidos a consideración de la Comisión o de la Corte. En este sentido, el propio Estado señala dentro de los motivos para presentar esta solicitud que subsiste una duda "por parte de los afectados con la aplicación de [la norma bajo consulta], en relación a la posible contradicción de ésta con los instrumentos de derechos humanos". Así, la solicitud de consulta *sub examine* presenta una de aquellas situaciones en las cuales podría desvirtuarse la jurisdicción contenciosa y verse los procesos internos *pendente lite* desprovistos de sus efectos *vis-à-vis* el mecanismo interamericano de

Asimismo, como muchas veces se relaciona el tratamiento de los derechos humanos con las sentencias constitucionales, quienes tienen jurisdicción especializada han sostenido que el Tribunal Constitucional no es el último intérprete y por tanto instalan en sus normas Fundamentales una línea de revisión supranacional ([269]).

En consecuencia, las características tradicionales que tienen ambos mecanismos hoy provocan cierta desconfianza que se muestra, especialmente, en la eficacia que de las sentencias constitucionales se espera, y en los resultados que con ellas se obtiene.

3.1 El Poder constituyente del Tribunal Constitucional

El poder del Tribunal Constitucional, que de alguna manera es superior al de la propia estructura democrática de la toma de decisiones, se ha tratado de justificar desde sus comienzos, cuando Kelsen advirtió que la democracia era un compromiso de todos, de manera que el Tribunal Constitucional no cumplía una función anti-mayoritaria. Fue Habermas quien resolvió el quid como una cuestión de democracia deliberativa y procedimental, destacando así el papel del Tribunal Constitucional como un órgano que permitía el diálogo directo con el legislador.

Implícitamente, la mencionada "desconfianza" se proyecta también al tipo de sentencias constitucionales, sobretodo las anotadas como "aditivas" o "manipulativas" que, aun sin quererlo (¿o sí?) convierten al Tribunal Constitucional en un legislador con más fuerza y poder que el propio Parlamento, al que no solo condiciona con el fallo, sino que lo inhibe hacia el futuro; como asimismo lo consigue respecto al poder administrador que debe seguir la línea impuesta; y al mismo Poder Judicial que se encuentra vinculado por la eficacia y extensión de la sentencia ([270]).

---

protección de derechos humanos. En el supuesto de que estos procesos internos no produzcan los resultados esperados por esos "posibles afectados", uno de los mecanismos que tendrían a su disposición sería el procedimiento contencioso y no el proceso consultivo. El procedimiento contencioso es, por definición, una oportunidad en la que los asuntos son discutidos y confrontados de una manera mucho más directa que en el proceso consultivo. De adoptarse la opinión solicitada, se desvirtuaría el propósito y contenido de la función consultiva con que ha sido investido este Tribunal por el artículo 64.2 de la Convención.

[269]. La Constitución Peruana de 1993, contempla dicha situación, en su artículo 205: Agotada la jurisdicción interna, quién se considere lesionado en los derechos que la Constitución reconoce puede recurrir a los tribunales u organismos internacionales constituidos según tratados o convenios en que Perú es parte.

[270]. Afirma Tania Groppi que la difícil legitimación de la justicia constitucional es evidente también en la experiencia italiana. No obstante la general aceptación y aprecio del funcionamiento de la Corte Constitucional, no son infrecuentes las críticas a veces bastante ásperas sobre sus sentencias, emitidas en nombre de la democracia mayoritaria. Más allá de las palabras, un síntoma de estas dificultades está constituido por los varios proyectos de reforma constitucional dirigidos a incidir en las funciones y la composición de la corte. Entre ellos, uno ha llegado a buen fin: la ley constitucional número 2 de 1967 ha reducido la duración en el cargo de los componentes de la corte de 12 a 9 años y ha introducido la prohibición expresa de *prorrogatio* de sus miembros, tumbando así la orientación asumida por la corte, que había por el contrario reconocido, en su propio reglamento, aplicable la institución a los jueces constitucionales. Otros proyectos de reforma, por el contrario, no han completado su iter, pero son de todas formas significativos: por ejemplo el elaborado en el 2001 por el ministro para las reformas constitucionales Bossi, dirigido a atribuir a sujetos políticos (Parlamento y regiones), por mayoría, el nombramiento de nueve de los quince jueces de la corte (en lugar de los cinco electos actualmente por el Parlamento, por mayoría calificada), o bien el presentado en 1998 como consecuencia de una intervención aditiva de la corte en materia de pruebas penales (sentencia número 361 de 1998), dirigido a impedir a la Corte Constitucional la adopción, en el futuro, de sentencias con carácter manipulativo. Además, como síntoma de la misma dificultad podría aducirse

En nuestro país la situación no se ha planteado en términos tan severos, pues la eficacia "erga omnes" de la sentencia constitucional no ha tenido recepción jurisprudencial ante la claridad del art. 116 de la Constitución Nacional que exige que la "*causa verse sobre puntos regidos…"* por ella; de manera que la controversia siempre termina siendo resuelta como un conflicto entre partes.

No obstante, después de la reforma constitucional de 1994 y la aplicación concreta del art. 43 constitucional en distintas situaciones, han llevado a una ampliación en los efectos de la sentencia, que si bien no podríamos ubicarlos en la categoría de fallos "erga omnes", sí tienen suficiente expansión para alcanzar a un sector, clase o grupo idéntico de afectados.

Inclusive, aun cuando el art. 33 *in fine* de la ley general del ambiente sostiene que: […] "*La sentencia hará cosa juzgada y tendrá efecto erga omnes, a excepción de que la acción sea rechazada, aunque sea parcialmente, por cuestiones probatorias*"; ponemos en duda que se trate de un efecto generalizado con las características que tiene la eficacia "erga omnes" de la sentencia constitucional, conforme veremos más adelante ([271]).

3.2 El Juez legislador

La siguiente duda que plantea la eficacia "erga omnes" de las sentencias constitucionales es la supuesta conversión del Juez en legislador; tema ampliamente controvertido en la conocida polémica entre Kelsen y Carl Schmitt, que sigue sin resolver.

La expresión "gobierno de los jueces" fue introducida en Francia por Eduardo Lambert, quien la hace figurar en el título mismo de su obra (1921). Él califica de ese modo el papel de la Corte Suprema de los Estados Unidos. La fórmula se utiliza en nuestros días, generalmente, con una connotación peyorativa, cada vez que se desea criticar el poder excesivo de los jueces, particularmente, aunque no de manera exclusiva, tratándose de las cortes constitucionales.

Existe en Estados Unidos una expresión equivalente: *Government by the Judiciary*, pero su uso es mucho menos extendido; lo que se explica porque en el contexto del *common law* no es sorprendente que los jueces creen derecho y, por ello, constituyan una parte del gobierno, mientras que en Europa, la función del Juez no

---

el hecho de que en 1999, por primera vez, el Parlamento italiano ha desatendido una sentencia de la Corte Constitucional, aunque fuera recurriendo a un instrumento normativo apropiado, como lo es la reforma constitucional. La ley constitucional número 2 de 1999 constituye un ejemplo de la utilización, por parte del Parlamento, de ese "derecho a la última palabra" que representa en verdad el último recurso de la política: en otros términos, de una reforma constitucional hecha "contra" la Corte Constitucional (Groppi, Tania, *¿Hacia una justicia constitucional "ductil"? Tendencias recientes de las relaciones entre Corte Constitucional y Jueces comunes en la experiencia italiana,* Boletín Mexicano de Derecho Comparado, 107, Instituto de Investigaciones Jurídicas – UNAM, México, passim).

[271]. Afirma Sagüés que en resguardo de las reglas del debido proceso constitucional, debe tenerse en cuenta que la sentencia no podrá oponerse a quien no fue citado al proceso. Motivo por el cual su promotor deberá, con sumo cuidado, dar intervención a todos los que corresponda, para otorgarle consecuencia útil y completa al veredicto admisorio del amparo. No se trata aquí de proceder a tontas ni a locas, negligente o desaprensivamente. Es probable que este amparo no sea para neófitos ni desprolijos. Exige también calidad y pulcritud profesional que no siempre se satisfacen (Sagüés, Néstor Pedro, *El amparo ambiental. Ley 25.675*, Revista La Ley, 2004-D, 1198).

constituye un poder, porque consiste en obtener la conclusión de un silogismo, del cual la ley es la premisa mayor y el hecho la menor.

Por eso, suele preguntarse ¿realmente la distinción entre control sobre disposiciones y control sobre normas es realmente lo más importante de todo? ¿O más bien la circunstancia de que el control opere sobre un texto normativo antes que sobre la disposición aplicada (la norma) influye más que la extensión y la fuerza (o valor o "rango") de las normas objeto (o parámetro) del control? ¿Tal diferenciación es, sobre todo, más importante a efectos clasificatorios del hecho que se controlen competencias de entes y de órganos, o más bien (o también) lesiones de situaciones jurídicas de los ciudadanos? La respuesta podría ser afirmativa –sostiene Pegoraro ([272])-, pero asumir tales elementos como criterio único y exclusivo de diferenciación parece limitativo, y útil tan sólo para esbozar en sus grandes líneas la tipología (siempre más rica) del control de constitucionalidad.

En realidad la coincidencia de los modelos encuentra una sutil pero trascendente distancia cuando se observa el rol del Juez en la actividad del control constitucional. Es cierto que ni en Europa ni en Estados Unidos hay una jurisdicción que divida el campo de los casos donde la cuestión versa sobre el principio de legalidad (fiscalización sobre las leyes) y aquél que corresponde, estrictamente, al juicio de constitucionalidad; en los hechos, es el Juez o el Tribunal Constitucional quien practica ambas actividades.

De este modo, la división teórica que elaboró Kelsen se ha difuminado, permitiendo que desde los procesos de amparo, o a partir de los planteos incidentales, se pierda la resolución "*in abstracto*" que debía pronunciarse hacia la generalidad; para solucionar desde el caso particular con alcances "erga omnes".

En suma, el Tribunal Constitucional se aproxima al Juez del sistema americano, hasta con la eficacia de la cosa juzgada que en ambos casos les permiten anular decisiones de jueces y tribunales ordinarios.

4. Efectos expansivos de la cosa juzgada

Argentina tiene particularidades propias del federalismo que inciden notoriamente en la armonía legislativa. En materia procesal hay tantos códigos como provincias; se suman las regulaciones locales de la ciudad autónoma de Buenos Aires, y los códigos procesales constitucionales allí donde han logrado situarse (Tucumán).

La justicia federal no admite una acción directa de inconstitucionalidad, como lo tienen las legislaciones provinciales, de manera que sólo el recurso extraordinario de inconstitucionalidad (actuando sobre la base del art. 14 de ley 48) puede conseguir una decisión expresa y positiva de la Corte Suprema de Justicia de la Nación ([273]). También

---

[272]. Pegoraro, Lucio, *Clasificaciones y modelos de justicia constitucional en la dinámica de los ordenamientos*, en Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional –Proceso y Constitución-, nº 2, julio/diciembre 2004, Porrúa, México, ps. 131 y ss.

[273]. Con este sistema, la intervención apelada de la Corte Suprema de Justicia de la Nación la convierte en el fiel y último intérprete de la Constitución, actuando, en consecuencia, como si fuera un Tribunal Constitucional. Vale decir, la noción de Superior Tribunal de la causa en los conflictos que tramiten en jurisdicciones provinciales no impiden a la Corte Nacional su actuación si existen en el caso cuestiones federales que pueda ella resolver por la vía del recurso extraordinario.

el proceso constitucional de amparo puede ampliar el reducto del acto lesivo que sufre o perturba al afectado para actuar en la dimensión de la constitucionalidad normativa.

La cuestión fue, que en uno u otro, siempre la exigencia del caso (art. 2, ley 27) acotaba a las partes el alcance de la cosa juzgada; condición que varía con el amparo colectivo implícito en el art. 43 de la Constitución Nacional que impacta, en esencia, con la ampliación de la legitimación procesal activa que trasciende la esfera del simple afectado.

De todos modos la cosa juzgada en los procesos constitucionales se relaciona con el objeto tutelado dejando subsistentes las vías concurrentes o paralelas de mayor conocimiento que pudieran corresponder a cualquiera de las partes o demás interesados.

Por eso, cuando una sentencia versa sobre "cuestiones constitucionales", el alcance de la cosa juzgada puede abarcar a terceros, pero ello no se trata como un "efecto erga omnes", sino como una expansión de la *res judicata.*

Nuestro sistema de control de constitucionalidad impide darle a la sentencia efectos a terceros que no hayan tenido oportunidad de ser oídos, lo que significa que no se puede condenar a quien no fue parte o tuvo suficiente oportunidad para serlo.

Ello no dificulta a que la expansión se resuelva desde los presupuestos de la legitimación procesal, en la medida que el concepto de "derechos de incidencia colectiva" que está contemplado en el mencionado art. 43, permita ampliar la sentencia hacia todo beneficiado ("*pro homine*"). En caso contrario, si la sentencia desestima la pretensión, ella no comprenderá a los sujetos extraños al proceso ([274]).

La cuestión es más compleja cuando el caso no se refiere a conflictos de naturaleza constitucional, pero el universo de sujetos es de significativa importancia como para resolverlos individualmente. Hablamos de los llamados "procesos colectivos", donde también la expansión de la sentencia se proyecta sin definir precisamente a los sujetos, aunque pueda indicar el grupo, sector o clase que se beneficia ([275]).

---

[274]. Señala Sagüés que la reforma constitucional de 1994 posibilitó que la sentencia admisoria dictada en un proceso de amparo promovido por alguien habilitado (el afectado, una asociación, el Defensor del Pueblo) en tutela de un derecho de incidencia colectiva, del consumidor, del usuario, de la competencia, etc., abarque a sujetos que no han tenido participación en ese proceso, ya sea beneficiándolos, ya perjudicándolos […]. También es del caso prevenir que si la sentencia es desestimatoria del amparo, ella no va a comprender a los sujetos extraños al expediente. Esto fue observado en el recinto de la Convención Constituyente por el convencional Juan Carlos Hitters, quien aseguró que si en un amparo interpuesto, por ejemplo, por un vecino contra actos contaminantes de un río, mediaba una sentencia de rechazo, ello no impedía que otro vecino promoviese otra acción similar. Contra el último, no tenía efectos de cosa juzgada la resolución pronunciada en el primero (Cfr. Sagüés, Néstor Pedro, *Los efectos expansivos de la cosa juzgada en la acción de amparo*, en "El amparo constitucional. Perspectivas y modalidades (art. 43 de la Constitución Nacional), AA. VV., Depalma, Buenos Aires, 1999, ps. 27/8).

[275]. La directiva central de la sentencia que se dicta en las acciones colectivas es dar una solución a todo el grupo o sector afectado. Cuando la decisión es declarativa, el beneficio es inmediato y no exige de procedimientos adicionales para lograr que se aplique con plenitud, porque la cosa juzgada se extiende hacia todos. Si el pronunciamiento es condenatorio, en cambio, cada uno de los afectados podrá resolver a través del procedimiento de ejecución de sentencia la extensión particular de la sentencia. El quid a desentrañar está con las demandas rechazadas o desestimatorias, donde ha sido común utilizar el criterio de la cosa juzgada formal (es decir que permite reiterar la demanda) frente a sentencias denegatorias; y de cosa juzgada material (que impide repetir el proceso) cuando hay sentencia que recibe y acoge la pretensión.

Ahora bien ¿porqué es un efecto expansivo de la cosa juzgada y no un efecto erga omnes?

4.1 Diferencias entre el efecto expansivo y el alcance **erga omnes.** *Tribunales Constitucionales*

Las sentencias constitucionales, propiamente dichas, asignan las características siguientes al pronunciamiento de efectos "erga omnes":

a) *Son retroactivas* (*ex tunc*).

Es decir, que actúan hacia el pasado permitiéndose suprimir las situaciones creadas al amparo de la norma que se declara inconstitucional, con algunas pocas excepciones. Esta característica, algunos autores pretenden desvincularlo del efecto propio de la cosa juzgada, donde es más relevante atender el resultado de los recursos que se articulen contra la sentencia constitucional. Por eso, se tiene al efecto "erga omnes" como un valor, un criterio axiológico que obliga a la revisión de las situaciones pasadas como una manifestación de justicia intrínseca del fallo.

No obstante la retroactividad que caracteriza el modelo, no puede afirmarse que es general y aceptado sin dobleces. En los hechos, las legislaciones de quienes deciden la opción por Tribunales Constitucionales suelen establecer prevenciones ante el riesgo de socavar el principio de la seguridad jurídica y el derecho de defensa en juicio.

Por eso, los efectos *ex tunc* o *ex nunc* de los fallos no tienen solo una posición sino varias, como lo muestran las leyes orgánicas de Austria, Croacia, Eslovenia, Grecia, Polonia, Rumania, entre otros, donde los efectos de las sentencias son, por regla general, *ex nunc*, mientras en Alemania, Bélgica, España, Portugal, se consideran los efectos *ex tunc* como criterio genérico.

La influencia de Kelsen en esta cuestión ha sido muy clara. Sostenía el mentor de estos tribunales constitucionales que la decisión de la autoridad constitucional significa la casación del acto, y la decisión opera con efecto retroactivo al tiempo en que el mismo fue realizado. "Esta interpretación se impone porque la decisión es el

---

Esta es una solución clásica que en Latinoamérica tiene precedentes en la Ley de Acción Popular Constitucional de Brasil (1965), que tiende a evitar una eventual colusión entre las partes de un proceso colectivo, por el cual se lograría formar un precedente en contra de toda la comunidad. Esta regla se conoce con el nombre de *secundum eventus litis*, que indica el alcance de la *res judicata* de acuerdo con el resultado obtenido en el proceso. A ella se agrega otra particularidad que es el efecto *in utilibus* que significa beneficiar al afectado que litiga individualmente, suspendiendo el curso del proceso personal hasta que tenga sentencia la acción colectiva.

En consecuencia, el modelo muestra tres alternativas posibles: *a)* Si la acción colectiva obtiene sentencia favorable, la eficacia del pronunciamiento es para todos los miembros del grupo colectivo; *b)* Cuando la demanda se rechaza por falta de fundamentación suficiente, el Juez deberá indicar en los fundamentos del fallo las razones que lo llevan a tomar esa determinación. Los efectos son también generales, aunque se puede replantear con nuevos hechos. *c)* Si la acción colectiva se deniega por falta de producción probatoria, la sentencia solamente tiene validez para las partes, y la cosa juzgada las somete solamente a ellas. Por ello, cualquier otra persona, grupo o entidad representativa, puede repetir la demanda aun cuando se acepta que para evitar reiteraciones abusivas, haya un plazo de caducidad para estos ejercicios (cfr. Gozaíni, Osvaldo Alfredo, *Conflictos comunes en los procesos colectivos. El problema de la pretensión y la cosa juzgada*. Ponencia presentada al XXIII Congreso Nacional de Derecho Procesal [Mendoza, 2005]).

resultado de un pronunciamiento que tiene por objeto la nulidad del acto –que es en principio, simplemente afirmada por el interesado- y que, por tanto, la nulidad no puede ser considerada, de ninguna manera, como adquirida antes de la terminación del procedimiento, pudiendo éste conducir a una decisión en que se niegue; porque la decisión debe necesariamente tener un carácter constitutivo, incluso si, conforme su texto, se enuncia que el acto era nulo. Desde el punto de vista del derecho positivo, esto es, de la autoridad que decide el susodicho acto nulo, no existe más que anulabilidad, y en este sentido es que puede presentarse la nulidad como un caso límite de la anulación con efecto retroactivo" ([276]).

Igual dilema se ha planteado en Latinoamérica al observar las legislaciones locales. Bolivia, en la Ley 1836 (1998) se preocupa por indicar los contenidos de la sentencia, reglamentando los efectos temporales y las afectaciones individuales que pueda tener.

Colombia, determina que las sentencias que profiera la Corte Constitucional sobre los actos sujetos a su control "tienen efectos hacia el futuro a menos que la Corte resuelva lo contrario" ([277]).

Ecuador, directamente priva de efectos retroactivos al fallo, que por sí mismo es irrecurrible. Pero desde la fecha de publicación en adelante, tiene efectos derogatorios.

Perú dispone en el art. 40 de la Ley *Nº 26.435 Orgánica del Tribunal Constitucional* una consecuencia similar, es decir, no afectar las situaciones juzgadas ni revivir normas derogadas o que se hubieran declarado inconstitucionales.

Venezuela, por su parte, regula la eficacia definitiva de los fallos de la Sala Constitucional imponiendo que sea ésta quien determine los efectos de la decisión en el tiempo.

b) *Afectan derechos consolidados*.

---

[276]. Kelsen, Hans, *La garantía jurisdiccional de la Constitución (La Justicia Constitucional)*, tomado del Anuario del Instituto de Derecho Público, París. Publicado también en Revue de Droit Public et de la Science Politique en France e´`al Etranger. París. Cfr. *Teoría General del Estado*, trad. Legaz y Lacambra, Labor, Barcelona, 1934.

[277]. La sentencia C-037/96 de la Corte Constitucional colombiana fijó algunos criterios de modulación de los fallos en el tiempo, precisando que: "Los efectos concretos de la sentencia de inexequibilidad dependerán entonces de una ponderación, frente al caso concreto, del alcance de dos principios encontrados: la supremacía de la Constitución –que aconseja atribuir a la decisión efectos ex tunc, esto es, retroactivos- y el respeto a la seguridad jurídica –que, por el contrario, sugiere conferirle efectos ex nunc, esto es únicamente hacia el futuro-." En la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana hay diversas sentencias que han determinado efectos ex tunc, así ocurrió con el fallo C-149 de 1993, en que la ley 6 de 1992, había establecido un impuesto retroactivo, el que fue declarado inconstitucional, pero como muchos contribuyentes ya habían cancelado el gravamen, se ordenó la devolución inmediata de las sumas canceladas. En otros casos, la Corte Constitucional ha declarado la inexequibilidad del decreto con fuerza de ley desde el momento mismo en que se había declarado la inexequibilidad del decreto que había establecido el respectivo Estado de Excepción de Emergencia, como es el caso de la Sentencia C-187 de 1997. Asimismo, en fallo C-619 de 2003, se determinó que el efecto del fallo que resolvió la inconstitucionalidad del Decreto Legislativo 900 de 2003, que había sido dictado por el gobierno en virtud de un Estado de Excepción Constitucional prorrogado declarado inconstitucional por el propio Tribunal en sentencia C-327 de 29 de abril de 2003, tenía el carácter de determinar la pérdida de vigencia del mismo desde el momento de su expedición (Cfr. Nogueira Alcalá, ob. cit., passim).

La norma que se declara inconstitucional deja de tener vigencia, y como la decisión es retroactiva, alcanza a todas las relaciones jurídicas nacidas en orden al problema que se resuelve. En Italia, donde la actuación del Tribunal Constitucional es incidental (es decir, que se origina la cuestión constitucional por un planteo entre partes) la inconstitucionalidad afecta no solo al proceso donde se proclama, sino también a todas los derechos que la norma derogada alcance.

Ello significa que la ley se expulsa inmediatamente del ordenamiento jurídico, sin darle posibilidad al legislador de revisar el texto cuestionado; o de sancionar otra en su lugar; menos aun se puede circunscribir el tema al caso resuelto. Por tanto, la propia sentencia adquiere un valor normativo, o "fuerza de ley" como dice el Tribunal Constitucional alemán.

En España, se ha hecho la advertencia que el efecto expansivo no puede comprender a las resoluciones firmes adoptadas en expedientes administrativos, por exigencia del principio de seguridad jurídica. El Tribunal Constitucional español, con cierta prudencia, maneja para sí los efectos temporales, pero ha declarado que sus sentencias aun siendo "erga omnes" no alteran las situaciones consolidadas que se han producido al amparo de la ley que ahora se entiende que es inconstitucional. La única excepción que persiste es el caso previsto en el art. 40.1 de la Ley Orgánica para los supuestos de normas de carácter sancionador, donde altera un acto administrativo firme si de ello resulta un beneficio para quien ha sido previamente sancionado.

c) *Tienen efectos derogatorios o anulatorios*.

Las sentencias derogan la ley, norma o reglamento interpretado. Esta anulación inmediata marca una diferencia muy importante a la hora de trazar distancias con otros modelos y con las implicancias que ello significa.

En primer lugar aparece el problema del efecto temporal, porque la abrogación es consecuencia directa, de manera que produce una laguna legislativa que no es de fácil resolución ([278]).

En Europa, señalados los inconvenientes de esta eficacia inmediata del fallo constitucional, llevaron a reglamentar puntualmente el problema. Alemania, en el art. 78 de la ley que regula al Tribunal Constitucional estableció la doble eficacia de las sentencias, en el sentido de declarar la incompatibilidad con la Norma Fundamental y la nulidad subsiguiente; sin embargo, cuando la decisión genera "situaciones jurídicas insoportables", muestra cierto nivel de discreción y solo declara la inconstitucionalidad aplicable en el caso, sin resolver la nulidad normativa.

---

[278]. Afirma Tania Groppi que en Italia las consecuencias temporales de las decisiones estimatorias no surgen de la sentencia, sino del artículo 136 de la Constitución y son indisponibles por la corte. Combinándose con el carácter *erga omnes* de los pronunciamientos, tal indisponibilidad genera cuestiones de no fácil solución, como se comprende cuando se considera que toda decisión de anulamiento, eliminando las normas inconstitucionales, crea un vacío, una laguna que puede proyectarse en el tiempo. Esto en numerosos casos (cuando el respeto de la Constitución no exige la eliminación de la norma legislativa sino la sustitución con otra que tenga un contenido conforme con la Constitución misma) no cierra el problema de constitucionalidad, sino que lo abre, arrancando un proceso interpretativo-creativo para reparar la constitucionalidad violada. Es solamente a través de la acción del circuito corte-jueces-Parlamento, del resultado de su acción conjunta, como se supera la inconstitucionalidad. Y no por medio de la acción solitaria de la corte (ob. cit., en nota 8).

En Austria, no se quieren correr riesgos, y las sentencias tienen efectos "ex nunc" (hacia el futuro), aunque obliga al Canciller Federal o al Gobernador Regional competente a publicar sin demora la derogación. El artículo 140.7 reglamentario determina: "*Anulada una ley como inconstitucional o pronunciada sentencia por el Tribunal constitucional, quedarán vinculados a dicho fallo cualesquiera tribunales y órganos administrativos. Sin embargo, se seguirá aplicando la ley en cuestión a las situaciones de hecho consumadas antes de la anulación, excepto aquella que haya dado origen al fallo, si el Tribunal Constitucional no hubiere dispuesto otra cosa en su fallo derogatorio. Si el Tribunal Constitucional hubiese fijado en dicho fallo un plazo conforme a lo previsto en el párrafo 5, la ley se aplicará a todos los hechos que se consumen antes a que expire el plazo, con excepción precisamente del caso que dio origen a la sentencia*".

El segundo orden de planteos se suscita con el tipo de sentencia emitida. Puede exhortar al Parlamento para que considere los fundamentos del fallo y adopte el temperamento correspondiente; podrá fijar una fecha o tiempo para que se cubra el vacío normativo; hasta puede actuar como legislador y crear el derecho desde la fundamentación de la sentencia ([279]), entre otras de las tantas actitudes que puede adoptar conforme se clasifiquen los tipos de sentencias constitucionales.

d) La sentencia cobra fuerza normativa (propiamente, es casi una ley).

La duda constitucional puede ser resuelta, a grandes rasgos, con dos tipos de sentencias: las denominadas *estimatorias*, que declaran la inconstitucionalidad; y las *desestimatorias* que rechazan, total o parcialmente, la cuestión constitucional. Las primeras tienen varios tipos, y son las que adquieren carácter vinculante y fuerza legal propia.

Las sentencias constitucionales trascienden la doctrina legal, que es la característica de las sentencias pronunciadas por jueces del sistema difuso.

La llamada legislación negativa propia del pronunciamiento anulatorio de la ley, en los hechos ha cambiado con el tiempo y la evolución de los Tribunales Constitucionales. Hoy, podría decirse, que son creadores de normas jurídicas. El poder de la interpretación (propio y funcional en el sistema difuso de control de constitucionalidad) se expande no solo a la tarea de adecuar el precepto, la regla o la norma de que se trate al principio de la supremacía, sino que convierte al órgano en un

---

[279]. Jiménez Campo habla de la suplencia jurisdiccional del legislador, evidenciando que la suplencia de éste se plantea en aquellos ámbitos en los que la Constitución, por sus innovaciones materiales, no puede considerarse integrada, a través de la legalidad preconstitucional. En este ámbito de lo radicalmente nuevo se sitúan los tres supuestos reales en los que, por el momento, el Tribunal Constitucional (español) ha realizado el reconocimiento y amparo del derecho fundamental pendiente de regulación legislativa y, por ello mismo, mediatizado en su eficacia plena: derecho a la objeción de conciencia del art. 30.2 (STC 15/982), derecho a la libertad de expresión e información (art. 20.1) por determinada modalidad televisiva (STC 31/994, seguida por otras resoluciones análogas) y, en fin, "derecho" al cumplimiento de la limitación en el empleo de la informática que establece, para la protección del honor y la intimidad, el art. 18.4 (STC 254/993). En todas estas resoluciones constató el Tribunal, con unas palabras u otras, el incumplimiento o la omisión del legislador llamado por la Constitución para la regulación del derecho en cada caso comprometido…[…] (Jiménez Campo, Javier, *Derechos Fundamentales. Concepto y garantías*, Trotta, Madrid, 1999, p. 59).

instructor del Parlamento o Legislatura, a quienes, en definitiva, aconseja u ordena como realizar la norma constitucional ([280]).

e) *La sentencia constitucional hace cosa juzgada en la parte dispositiva y en los fundamentos acordados*.

La cosa juzgada constitucional difiere de la *res judicata* ordinaria (procesos comunes). Mientras la primera tiene efectos materiales y permanentes solamente cuando la sentencia es estimatoria (en caso contrario, la cosa juzgada es formal y admite cuantos replanteos se formulen); la segunda se extiende y proyecta a todas las cuestiones de hecho y de derecho que hubieran sido debatidas.

Además, la construcción de la cosa juzgada constitucional involucra los fundamentos de la sentencia, mientras que los fallos del sistema difuso la *res judicata* únicamente está en la parte dispositiva.

De todos modos, esta es una característica genérica que no goza de plena aceptación. En Colombia, el art. 243 de la Constitución, establece en la parte pertinente que hay cosa juzgada implícita cuando los conceptos de la parte motiva guardan una unidad de sentido con el dispositivo de la sentencia, de tal forma que no se pueda entender éste sin la alusión a aquéllos.

De no quedar bien definida esa relación, el fundamento hasta puede ser considerado "obiter dicta" ([281]).

---

[280]. Para López Guerra los Tribunales Constitucionales han dejado de ser exclusivamente (si alguna vez lo fueron) "legisladores negativos", para convertirse en gran manera en creadores de normas jurídicas, por la vía de la interpretación. Ello supone que, aparte de la (escasamente ejercida, en términos relativos) función de revisión de decisiones del poder legislativo, cumplen una función complementaria respecto de ese poder, en mayor medida aún que otros Tribunales. Desde el punto de vista clásico (expresado, por ejemplo, en el preámbulo de la Constitución española de 1978, que considera a la Ley como "expresión de la voluntad popular") ello representaría una separación del principio democrático, ya que los Tribunales Constitucionales no se limitan, como los Tribunales ordinarios, a interpretar la ley, sometidos a los cambios que en esta quiera introducir el legislador, sino que, además, pueden dar instrucciones al legislador sobre cómo debe llevar a cabo su función legislativa, si no quiere incurrir en inconstitucionalidad (López Guerra, Luís, *Democracia y Tribunales Constitucionales*, passim. Cfr. *Estudio preliminar a Las Sentencias Básicas del Tribunal Constitucional*, Madrid, 2000 (2ª ed.) ps. 13 a 35).

[281]. La Sala Constitucional, en la sentencia C 37/96 sostuvo como doctrina constitucional: Las normas de la Constitución política, y ésta no es una característica privativa de ellas, tienen una vocación irrevocable hacia la individualización, tal como lo ha subrayado Kelsen al tratar del ordenamiento jurídico. De ordinario pasan por una fase previa consistente en su desarrollo legal. Pero no todas alcanzan dicho desarrollo, bien porque no lo requieren, bien porque, requiriéndolo, el legislador lo omite. Pero tal omisión no desvirtúa su carácter normativo, si ya lo tienen. Pueden, entonces, ser aplicadas a situaciones específicas subsumibles en ellas, que no están explícitamente contempladas en la ley.

Pero si la individualización de las normas legales, dada su generalidad (que a menudo deviene en ambigüedad), aparece problemática y generadora de inseguridad jurídica, más problemática e incierta resulta aún la actuación directa de las normas constitucionales a los casos particulares, por concurrir en ellas, superlativamente, las mismas notas distintivas advertidas en la ley.

Parece razonable, entonces, que al señalar a las normas constitucionales como fundamento de los fallos, a falta de ley, se agregue una cualificación adicional, consistente en que el sentido de dichas normas, su alcance y pertinencia, hayan sido fijados por quien haga las veces de intérprete autorizado de la Constitución. Que, de ese modo, la aplicación de las normas superiores esté tamizada por la elaboración doctrinaria que de ellas haya hecho su intérprete supremo. (art. 241 C.P.)

Por otra parte, la cosa juzgada constitucional no es jurisprudencia, propiamente dicha, sino doctrina constitucional que expone desde la decisión y sus fundamentos la más pura y genuina interpretación de la Norma Fundamental del Estado.

En el sistema americano, la revisión judicial de la legislación adquiere desde la doctrina del precedente obligatorio (stare decisis) y el efecto "erga omnes", un alcance aproximado, que no tiene nuestro país al tener únicamente los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación un valor ejemplificativo.

f) Actúa como una casación constitucional.

Finalmente, las sentencias de los Tribunales constitucionales actúan como una verdadera casación. Llevan la impronta de la naturaleza jurídica de estas actuaciones, sea como depuración y uniformidad en los criterios de interpretación, o como reaseguro del principio de igualdad y seguridad jurídica.

Este es el sentido de la eficacia "erga omnes", y al mismo tiempo, refleja la creación del derecho desde la interpretación constitucional.

Quizás esta singularidad sea el meollo principal de las actividades que concretan los Tribunales Constitucionales. Las reservas de otrora que afincaban en observar su actuación como un "legislador negativo", han cambiado para advertir la tarea de recreación y armonía que celebran permitiendo la aplicación efectiva y concreta de las disposiciones constitucionales.

Por eso es preciso reconocer en los modelos de sentencias la dinámica que llevan sus decisiones (interpretativas, aditivas, manipulativas, sustitutivas, constructivas, apelativas, etc.) que los configuran como legislador positivo, porque la sentencia constitucional no se limita a suprimir el precepto legal contrario a la Constitución, sino que incorpora una norma nueva al ordenamiento. Con esta lectura, hasta las propia fuentes del derecho se trastrocan.

4.2 Diferencias entre el efecto expansivo y el alcance erga omnes. *Sistema difuso*

Por su parte, la sentencia que se dicta en un proceso constitucional del sistema difuso alcanza efectos de cosa juzgada que se aplican solo al caso analizado, y se caracteriza por:

a) No tener efectos retroactivos (ex nunc).

La eficacia "inter partes" de la sentencia significa que el Juez no anula la ley que interpreta, sino que declara la inaplicación de ella por encontrar una nulidad o vicio que la invalida. El fallo, en consecuencia, "declara" la ilegalidad o denuncia la inconstitucionalidad, resolviendo hacia atrás únicamente en el caso concreto que analiza. El peso de la jurisprudencia seguramente podrá ser una pauta de seguimiento para otros casos similares, pero ningún tribunal está obligado a renunciar al poder de interpretación que tiene.

El Juez Argentino, arquetipo del sistema difuso, puede declarar la inconstitucionalidad de las leyes, pero el alcance de su pronunciamiento siempre es hacia el futuro, con mínimas excepciones.

Es cierto que esta característica es propia de la eficacia de la cosa juzgada y que se distingue del alcance "erga omnes" en función de la atención singular o genérica que tienen respectivamente. Pero también lo es que el efecto *ex-nunc* es normal en la sentencia constitutiva pero no pertenece a su esencia, en palabras de Chiovenda.

Cuando se habla de sentencias constitucionales en el sistema argentino, hay que tener mucho cuidado de ver la jurisdicción que interviene, pues en el orden federal no hay otra posibilidad que el pronunciamiento dictado en un caso concreto; mientras que en otras, por ejemplo, en la ciudad autónoma de Buenos Aires (art. 113 inciso 2º de la Constitución local, reglamentado por la Ley 402) por tomar solo un caso, puede plantearse la cuestión constitucional abstracta lo que incide en las repercusiones del fallo ([282]).

De ambas cuestiones surge una nítida separación entre un fallo dictado con alcances "erga omnes" con implicancias retroactivas, de aquél que se pronuncia en el caso concreto donde es válido solo para las partes y sin otro efecto que el proyectado desde la cosa juzgada.

b) *No afectar derechos adquiridos*.

En nuestro ordenamiento jurídico la irretroactividad de las leyes está consagrada en el art. 3º del Código Civil. La Constitución Nacional no se refiere al problema, por lo cual si se diera a una sentencia éste carácter, su inconstitucionalidad sería posible por la

---

[282]. Sostiene Alejandro Verdaguer que la posición asumida por el Superior Tribunal en el caso "Defensoría de Pueblo", permitía descartar la posibilidad de que esta acción fuera abstracta, es decir prescindente de un "caso". Sostuvo tal criterio en razón de que frente a la acción planteada por la Defensora del Pueblo, que tuvo una importancia institucional y política nada desdeñable (recuerde el lector la discusión que se planteó en los medios de comunicación respecto a la

problemática de la prostitución y su oferta en la vía pública, lo que motivó la modificación del art. 718 del Código Contravencional y su impugnación por parte de esta última funcionaria, quien entendió que la nueva redacción de ese artículo era contraria a las normas contenidas en la Constitución nacional, y demás los instrumentos internacionales sobre derechos humanos y la Constitución local), el Superior Tribunal resolvió, por mayoría, desconocer la legitimación de la Defensora del Pueblo. A tal conclusión, que era de por sí suficiente para rechazar la acción de inconstitucionalidad planteada, se le sumó otra que entendimos relevante para desentrañar el *quid* de la acción en estudio. El voto de la mayoría, al finalizar el párr. 18 señaló lo siguiente: "Hasta tanto el legislador no reglamente los presupuestos procesales de esta acción resulta aplicable la más que centenaria exigencia establecida por la Corte Suprema de Justicia de la Nación de que los tribunales deben limitar su intervención a las causas en que exista un interés jurídicamente reconocido para accionar (CSJN, *Fallos*, 156:318, y 242:353, *LL*, 94-165; 243:176, *LL*, 96-370; 245:553, *LL*, 103-296; 256:104, *LL*, 112-558 y 110; 303:393; 304:1088; 306:1125; 307:2384; 308:1489, *LL*, 1987-A-496; 310:2342; 311:2589; entre otros)". Esta explícita referencia a la centenaria jurisprudencia de la Corte Suprema, como a la existencia de un "interés jurídicamente reconocido para accionar" sólo permite una interpretación posible: la existencia de un caso como presupuesto de la acción. Es interesante destacar que si bien el término "interés" tiene más de una acepción, en el terreno de la acción meramente declarativo (art. 322, Cód. Proc. Civil y Com. de la Nación) –que como sabemos es el sustento de la acción de inconstitucionalidad en el orden nacional (a falta de una regulación expresa)– usualmente fue utilizado por nuestro máximo tribunal como contraposición a la cuestión "abstracta". Para la Corte Suprema, quien plantea una acción de inconstitucionalidad (nos estamos refiriendo a la nacional) debe demostrar un "interés", es decir acreditar que la declaración que se persigue no importe una indagación meramente especulativa y responda a una causa en los términos de los arts. 108, 116 y 117 de la Constitución nacional (Verdaguer, Alejandro, *La acción de inconstitucionalidad en la Ciudad de Buenos Aires*, Astrea, 2001, documentado rescatado de la página web de la editorial).

incompatibilidad que tenga con otras garantías fundamentales, como el derecho de propiedad o el derecho de defensa en juicio.

En México, en cambio, que tiene una estructura federal muy similar a la nuestra, el art. 14 de la Constitución Política dispone que: "*A ninguna ley se dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna*".

Siguiendo estas líneas podría pensarse que si la ley no afecta derechos adquiridos podría ser retroactiva, de manera que en igual sentido una sentencia podría alcanzar situaciones consolidadas bajo el amparo de una norma que se declare inconstitucional. Sin embargo, esto solo es factible al distinguir entre situaciones jurídicas abstractas y concretas, según el acto afecte o no el *status quo* precedente. Y aun así, en Argentina, la irretroactividad es absoluta ya sea porque "*la retroactividad establecida por la ley en ningún caso podrá afectar derechos amparados por garantías constitucionales"*, y porque […] "*a los contratos en curso de ejecución no son aplicables las nuevas leyes supletorias*" (art. 3º del Código Civil).

En consecuencia, la distancia con el modelo europeo es muy clara, sobre todo cuando se observa que la inconstitucionalidad declarada por un Tribunal Constitucional importa, asimismo, la nulidad de los actos que fueran consecuencia de aplicar la norma viciada. Mientras que en el sistema difuso local no se da esa relación entre inconstitucionalidad y nulidad pues no hay una ni otra. Se declara la inaplicación de la norma en el caso, y la sentencia tiene efectos hacia el futuro ([283]).

c) *La sentencia hace cosa juzgada solo en la parte dispositiva.*

Es doctrina tradicional repetir a Chiovenda para sostener que "la autoridad de la cosa juzgada se dice que sólo recae en la parte dispositiva de la sentencia, pues los motivos o razones que ha formulado el Juez para llegar a tal conclusión no tienen valor…[…] La sentencia vale como expresión de la voluntad del Estado y no por sus premisas lógicas: éstas deben desenvolverse por el Juez en los motivos del fallo y como una garantía para los ciudadanos; pero no adquieren valor de cosa juzgada…" ([284]).

Conocida es también la polémica que desde Savigny se ha planteado para saber si únicamente la parte dispositiva de la sentencia y no el contenido es lo que deviene firme e inmutable, y que tanto impacta en la formación de las sentencias constitucionales donde los criterios no han sido uniformes ([285]).

---

[283]. Inclusive en países donde se cuentan Tribunales Constitucionales del que hemos denominado modelo "híbrido", por la confusión entre los modelos que interactúan (v.gr.: Perú), la doctrina ha señalado: "La capacidad que tiene el Tribunal Constitucional de modular en sus sentencias el alcance de la nulidad se traduce en la progresiva limitación de los efectos retroactivos de la misma, dando lugar a sentencias prospectivas que establecen los efectos de la nulidad exclusivamente hacia el futuro, sin que se retrotraigan en ningún caso al comienzo de la vigencia de la norma declarada inconstitucional cuyos efectos jurídicos ya consolidados no se cuestionan. Esto ha dado lugar a que tanto la doctrina como el mismo Tribunal Constitucional hayan establecido una cierta asimilación entre la nulidad derivada de las sentencias de inconstitucionalidad y la derogación, toda vez que en definitiva en ambos supuestos se produce el cese de la vigencia de la norma legal *pro futuro,* sin efectos retroactivos…" (Cfr. García Martínez, María Asunción, *El control de constitucionalidad y sus acciones procesales,* en "Derecho Procesal Constitucional", tomo I, obra coordinada por Susana Ynés Castañeda Otsu, Jurista, Lima [Peru], 2004 (2ª ed.), p. 355).

[284]. Chiovenda, Giusseppe, *Principios de Derecho Procesal Civil*, tomo 2, Reus, Madrid, 1925, p. 424.

[285]. En Colombia, por el caso, la Sala Constitucional se interroga: "¿Que parte de las sentencias de constitucionalidad tiene la fuerza de la cosa juzgada?: La respuesta es doble: poseen tal carácter

De este encuadre aparece una consecuencia ineludible a los fines de evaluar el impacto de la sentencia constitucional en uno u otro mecanismo. Los Tribunales Constitucionales al resolver un caso (concreto o abstracto) definen para el futuro y definitivamente, porque la sentencia fija un criterio que es de seguimiento obligatorio para los tribunales inferiores; casi como sucede con el control de constitucionalidad del modelo americano con el *stare decisis.* Mientras que en Argentina, solo la parte dispositiva es la que pasa en autoridad de cosa juzgada, y el resto de los fundamentos solo adquiere valor ejemplificativo.

En suma, uno anula el problema y fija un temperamento general de carácter obligatorio que fundamenta en las consideraciones e interpretaciones de la sentencia. Los otros (control difuso sin precedente obligatorio) mantienen el problema al resolver una por una las situaciones de crisis planteada.

d) *No provoca la nulidad de la ley* ([286]).

En tren de establecer más diferencias adviértase que los fallos del control difuso de la constitucionalidad son declarativos, por vía de principio, y no derogan la ley porque tan solo dejan de aplicarla en el caso concreto. Para la abrogación se necesita un acto político o la intervención del legislador.

---

algunos apartes de las sentencias en forma explícita y otros en forma implícita: Primero, goza de cosa juzgada explícita la parte resolutiva de las sentencias, por expresa disposición del artículo 243 de la Constitución. Segundo, goza de cosa juzgada implícita los conceptos de la parte motiva que guarden una unidad de sentido con el dispositivo de la sentencia, de tal forma que no se pueda entender éste sin la alusión a aquéllos. En efecto, la parte motiva de una sentencia de constitucionalidad tiene en principio el valor que la Constitución le asigna a la doctrina en el inciso segundo del artículo 230: criterio auxiliar -no obligatorio-, esto es, ella se considera *obiter dicta*. Distinta suerte corren los fundamentos contenidos en las sentencias de la Corte Constitucional que guarden relación directa con la parte resolutiva, así como los que la Corporación misma indique, pues tales argumentos, en la medida en que tengan un nexo causal con la parte resolutiva, son también obligatorios y, en esas condiciones, deben ser observados por las autoridades y corrigen la jurisprudencia (Febrero 5/996 Corte Constitucional, Sentencia C-037/96).

[286]. En los ordenamientos provinciales esta característica no es uniforme. En Río Negro cuando el tribunal en un juicio contencioso declara por unanimidad y por tercera vez la inconstitucionalidad de un precepto en materia de litigio de una norma local o municipal, puede en resolución expresa dictada por separado, declarar abrogada la vigencia de la norma inconstitucional que deja de ser obligatoria a partir de su publicación oficial.

En Tierra del Fuego dispone el art. 159: Cuando el Superior Tribunal de Justicia declare por unanimidad y por tercera vez la inconstitucionalidad de una norma jurídica materia de litigio, podrá resolver la suspensión de su vigencia en pronunciamiento expreso dictado por separado, el que será notificado en forma fehaciente a la autoridad que la dictara y dado a conocer en el diario de publicaciones legales dentro de los cinco días de emitido.

En San Luis el artículo 10 (*Declaración de inconstitucionalidad*) dice: “Toda ley, decreto, ordenanza o disposición contraria a la ley suprema de la Nación o a esta Constitución, carece de valor y los jueces deben declarar su inconstitucionalidad en juicio, aún cuando no hubiere sido requerido por las partes. La inconstitucionalidad declarada por el Superior Tribunal de Justicia de la Provincia debe ser comunicada formal y fehacientemente a los poderes públicos correspondientes, a los fines de sus modificaciones y adaptaciones al orden jurídico y vigente.

En La Rioja se establece que la interpretación que efectúe el Tribunal Superior en sus pronunciamientos sobre el texto constitucional, leyes, decretos, ordenanzas, reglamentos y resoluciones, es de aplicación obligatoria para los tribunales inferiores. La ley establecerá la forma y el procedimiento para obtener la revisión de la jurisprudencia.

Coincide con el art. 209 de la Constitución de San Juan.

En cambio el control concentrado anula la ley al declarar la inconstitucionalidad, y por eso el debate actual sobre el peso institucional de los Tribunales Constitucionales.

4.3 Conclusiones

Las distinciones trazadas, en grandes líneas, resultan de confrontar las sentencias que dictan los Tribunales Constitucionales (europeos y americanos) respecto del Juez argentino que, actuando el principio de la supremacía constitucional, resuelve en sus pronunciamientos una situación de hecho.

Cabe recordar que la relación entre jueces constitucionales y justicia ordinaria no es un vínculo de subordinación; por eso, en la búsqueda de armonía entre los tribunales, suceden múltiples cuestiones que provocan tensiones ante situaciones muy puntuales, como el tema de la ejecución por parte de la justicia ordinaria de las sentencias dictadas por la jurisdicción constitucional.

Esta influencia de los tribunales constitucionales sobre el Poder Judicial no deja de generar sobresaltos ([287]). Uno de los debates principales gira en torno al efecto "erga omnes" de las sentencias. Por ello fue preciso establecer las diferencias.

La generalización del pronunciamiento que beneficia "a todos" suele encontrar resistencias cuando se opone al valor de la cosa jugada. Por eso, la regla de los efectos "ex tunc" compromete instituciones del debido proceso ([288]) al vulnerar derechos que se encuentran consolidados.

---

[287]. Entre muchas situaciones, Nogueira Alcalá recuerda un caso sucedido en Colombia donde se debatía entre una sentencia de la Sala Constitucional y el valor de la cosa juzgada. En efecto, la Corte debió analizar la constitucionalidad del Decreto 663 de 1993, Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, que contenía normas que configuraban el sistema de financiamiento de viviendas a largo plazo. Esta fue encontrada inconstitucional, pero surgió en el Pleno la objeción acerca de la posible cosa juzgada que existía en la materia, ya que la Corte Constitucional, desde 1994, había dictado una sentencia donde sostuvo que todo el Decreto 663, del cual hacían parte las disposiciones actualmente impugnadas, era constitucional. La Corte Constitucional examinó minuciosamente la sentencia del año 1994, en la que constató que el tratamiento sobre la norma no había sido completo y que la referencia a la inconstitucionalidad del Decreto 663 solo aparecía en la parte resolutiva del fallo, no teniendo la parte motiva o los considerandos del mismo la mas mínima referencia al contenido de dicho Decreto y a su confrontación con la Constitución. Así, la sentencia de la Corte Constitucional C-700 de 1999, debió reconocer que respecto de dicha disposición normativa en la sentencia de 1994 había sólo una apariencia de cosa juzgada (Nogueira Alcalá, *Consideraciones sobre las sentencias de los Tribunales Constitucionales y sus efectos en América del Sur*, cit., passim).

[288]. Explica Nogueira Alcalá que, en el ámbito de la jurisdicción constitucional, para que exista una cosa juzgada constitucional material, es necesario que las partes no puedan reabrir el debate constitucional sobre la misma materia en otro procedimiento. Así, puede señalarse que, en los países que tienen una jurisdicción constitucional concentrada, la sentencia del Tribunal o Corte Constitucional adopta el carácter de cosa juzgada formal y material o sustancial, salvo los casos en que ella sea revisable, mediante algún procedimiento o trámite por el propio Tribunal Constitucional, o cuando el Estado ha reconocido jurisdicción en la materia a un Tribunal supra o transnacional a cuyas sentencias se le ha reconocido carácter jurídico vinculante. En tal caso, la sentencia del Tribunal Constitucional sólo tendrá carácter de cosa juzgada formal mientras no transcurran los plazos que permiten impugnar el fallo, teniendo sólo el carácter de cosa juzgada material si transcurren los tiempos sin que lo decidido en dicha sentencia sea impugnado en sede supra constitucional. Si la sentencia como acto estatal es impugnado por violación de derechos humanos, entre ellos el derecho al debido proceso, siendo dictada sentencia estimatoria en la instancia supranacional, la sentencia del Tribunal Constitucional debiera ser revisada […]. Por otra parte, en el ámbito de la jurisdicción constitucional, puede darse el caso que los fallos del Tribunal o Corte Constitucional que determinen la constitucionalidad de un enunciado normativo constitucional no tengan fuerza de cosa juzgada

5. La situación en Argentina

El art. 116 de la Constitución Nacional sostiene que: "*Corresponde a la Corte Suprema y a los tribunales inferiores de la Nación, el conocimiento y decisión de todas las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución…[…]".*

A su turno, el art. 117 dice que: "*En estos casos la Corte Suprema ejercerá su jurisdicción por apelación según las reglas y excepciones que prescriba el Congreso; pero en los asuntos concernientes a embajadores, ministros y cónsules extranjeros, y en los que alguna provincia fuese parte, la ejercerá originaria y exclusivamente".*

De este cuadro de competencias queda en claro que la competencia federal le corresponde a "todos los jueces", con las excepciones indicadas para la Corte en instancia originaria y exclusiva. Inclusive, el art. 31 de la misma, agrega un elemento más de ponderación para dejar en claro que "todas" las causas y las autoridades de cada provincia están obligadas a conformarse a la Ley suprema de la Nación.

Sin embargo no surge de manera explícita el procedimiento que debe darse, por lo cual, la doctrina más calificada sostiene que, "[…] aunque el art. 31 proclama la supremacía constitucional, nada dice acerca del procedimiento, alcance del control o sujetos destinados a impedir la violación de aquella preeminencia. En cambio, sin pronunciarse expresamente sobre el punto, el art. 116 de la Constitución Nacional dispone que *<<corresponde a la Corte Suprema y a los tribunales inferiores de la Nación…>>.* Así la interpretación armónica de ambas normas da sustento, no solo al control de constitucionalidad de las disposiciones inferiores a la ley de base, sino a que sea la Corte Suprema, el tribunal atribuido en última instancia para ejercer aquel control. Después de la reforma constitucional de 1994, el art. 43 reconoció expresamente la procedencia del control de constitucionalidad difuso y en causa concreta, en materia de amparo" ([289]).

En los albores de nuestra organización política e institucional, fue famosa la polémica entre Samiento y Alberdi sobre quién debía fiscalizar y resguardar a la

---

material, si a través de un procedimiento posterior, otras partes pueden volver a sostener la inconstitucionalidad del mismo enunciado normativo por la misma razón, situación que posibilita la revisión del criterio antes utilizado por el mismo Tribunal Constitucional sobre la conformidad de dicho enunciado normativo con la Carta Fundamental, generando una nueva doctrina con nuevos fundamentos. No debe olvidarse como recuerda Néstor Pedro Sagüés que la cosa juzgada constitucional mas que cumplir una función pacificadora poniendo fin a un conflicto, tiene por misión fundamental defender la supremacía de la Constitución.

De esta forma, si presentado un primer pronunciamiento del Tribunal Constitucional a requerimiento de un órgano estatal, hay un pronunciamiento de constitucionalidad del enunciado normativo impugnado de inconstitucionalidad, volviendo posteriormente a impugnarse la constitucionalidad del mismo enunciado normativo por otro órgano legitimado activamente para ello, admitiendo la Corte o Tribunal Constitucional en este segundo caso la inconstitucionalidad de dicho enunciado normativo, el cual es eliminado del ordenamiento jurídico con efectos ex tunc (retroactivos), en dicha hipótesis no podría señalarse que el primer fallo tuvo efectos de cosa juzgada constitucional material, ya que este fue enervado por la segunda sentencia en que el mismo Tribunal cambio de criterio (Nogueira Alcalá, *Consideraciones sobre las sentencias de los Tribunales Constitucionales y sus efectos en América del Sur*, cit., passim).

[289]. Gelly, María Angélica, *Constitución de la Nación Argentina. Comentada y Concordada*. La Ley (2ª ed.), Buenos Aires, 2003, p. 285.

Constitución Nacional ([290]), oscilando las ideas entre el modelo de la Constitución Americana con obligatoriedad de seguimiento de los fallos del supremo tribunal, y el mecanismo difuso que dejaba en manos de la Corte la instancia resolutiva final en instancia apelada; criterio, éste último, que primó en definitiva.

De este modo, quedó en la Corte Suprema de Justicia de la Nación la palabra final en cuestiones de constitucionalidad y en los tribunales inferiores de la Nación el control y fiscalización del principio de la supremacía constitucional. Siempre, claro está, con relación a un caso concreto, evitando abstracciones y pronunciamientos dogmáticos ([291]).

En consecuencia, establecer una eficacia hacia todos desde una sentencia de tipo constitucional (por ejemplo, cuando se declara la inconstitucionalidad de una ley) es contraria a nuestro sistema constitucional, pues siempre la eficacia es refleja de la cosa juzgada (esto es: en el caso concreto), y cualquier proyección a terceros debe ser producto de cuestiones de información previa y posibilidad efectiva de comparecer en la causa.

Con ello queremos reafirmar que la sentencia constitucional puede alcanzar a terceros, si es que a estos se los ha notificado y emplazado previamente; salvo en procesos muy especiales, como los colectivos o aquellos donde la tutela se dispensa hacia intereses difusos, donde los problemas de legitimación (pertenencia del derecho debatido) resuelven la crisis de identidad permitiendo la expansión de la cosa juzgada.

Y aún así, ésta exige que aquel que quiera aprovechar los beneficios del límite expandido, deba ocurrir a los tribunales y acreditar la personalidad que invoca. Sencillamente porque en nuestro sistema judicial no existe la regla de preguntar al que quiere acceder a la justicia: ¿Ud. qué quiere? Para interrogar en su lugar ¿Ud. quién es?

---

[290]. Cfr. Manili, Pablo L. – López Alfonsín, Marcelo A., *¿Quién debe ejercer el control de constitucionalidad en Argentina?*, en “Defensa de la Constitución. Galantismo y controles” (Libro en reconocimiento al Dr. Germán J. Bidart Campos, Ediar, Buenos Aires, 2003, p. 534.

[291]. La Corte Suprema de Justicia de la Nación repetidamente sostiene que ella es la intérprete final y última de la Constitución Nacional, por lo cual el superior tribunal de la causa a los efectos de los recursos extraordinarios regulados por las leyes 48 y 4055, será el anteúltimo órgano jurisdiccional en expedirse sobre la cuestión federal debatida (de la sentencia de la Corte según la doctrina sentada en "*Di Nunzio*", 03/05/2005, La Ley 2005-C, 553, a la cual se remite) Corte Suprema de Justicia de la Nación, 11/10/2005, “*Leyva, Ramón* I.”, DJ 04/01/2006, 24 - La Ley, 2006-C, 118, con nota de Lino Enrique Palacio.

El Poder Judicial ejerce un verdadero control de constitucionalidad cuando verifica si los actos de los otros dos poderes se han cumplido dentro de sus respectivas esferas de actuación, pues decidir si un asunto ha sido conferido a otro poder del Estado, o si la acción de ese poder excede las facultades que le han sido otorgadas (Corte Suprema de Justicia de la Nación, 07/05/1998, “*Prodelco c. Poder Ejecutivo Nacional*”, La Ley, 1998-C, 574 - DJ 1998-2, 738 - Fallos 321:1252 - Colección de Análisis Jurisprudencial Elementos de Derecho Administrativo, dirigido por Julio Rodolfo Comadira).

Asimismo, la Corte repite que no se va a pronunciar en cuestiones de “carácter general” o “de un modo abstracto”, o “sólo a raíz de un afán de consulta” o “con fines académicos”. Por el contrario, reafirma el criterio de sentenciar únicamente en asuntos concretos, donde deba determinarse un derecho debatido entre partes adversas, de manera que no corresponderá una declaración sino hay en el asunto un derecho controvertido (Cfr. Morello, Augusto Mario, *La Corte Suprema en acción*, Abeledo Perrot / Platense, 1989, p. 426).

Capítulo XIII

LAS SENTENCIAS QUE LEGISLAN

1. Introducción

1.1 Actualmente se debate en distintos niveles (políticos, sociales, académicos, y en el propio ámbito jurisdiccional) si las sentencias pueden resolver, de manera directa o indirecta, conflictos que excedan el marco del juicio donde se presenta una determinada situación jurídica.

La respuesta depende del enfoque y del sistema constitucional, pues en la *jurisdicción concentrada* la actividad del Tribunal Constitucional admite alterar la fisonomía tradicional de la sentencia que decide en uno y otro sentido, permitiendo modalidades que van desde la exhortación al poder correspondiente hasta la integración del vacío legislativo, siendo propio en todas ellas, hablar de un tipo especial para las "sentencias constitucionales".

En cambio el *control difuso* de la constitucionalidad de las leyes resuelve, además del conflicto constitucional, un problema entre partes, a quienes la eventual ilegalidad o inconstitucionalidad de la norma solo deviene inaplicable.

En el primer caso, los procesos pueden ser concretos (juicio entre partes) o abstractos (juicio de constitucionalidad propiamente dicho); mientras que en el control difuso siempre hay un debate que anida en el interés de los contradictores. Por eso, el planteo inicial tiene proyecciones distintas. En unos la visión directa asienta en la norma y su adaptación al principio de la supremacía constitucional; en otra, la mirada está en el caso donde esa norma se aplica, de allí que no hay declaraciones generales de inconstitucionalidad, sino resoluciones de inaplicabilidad de ley o doctrina legal.

1.2 Una de esas extensiones eventuales aparece con el efecto expansivo de la cosa juzgada (*erga omnes*) que en el control difuso puede ser contradictorio con la decisión exclusiva para las "justas partes".

Otra derivación que se advierte es el desplazamiento de algunos principios procesales que se flexibilizan, como la congruencia en juicio (según el cual, el juez debiera fallar conforme lo afirmado y probado por las partes), que pone de relieve el impacto que tienen las decisiones judiciales cuando se ocupan de analizar y decidir contingencias que, siendo motivo del caso en particular, trascienden a las partes para instalar con la sentencia una suerte de modelo a seguir.

También la aparición de nuevos tipos de conflictos originan la necesidad de modificar las reglas tradicionales del proceso, pues cuando hay derechos individuales homogéneos pareciera que la sentencia individual no es suficiente; y que obligar al conjunto de iguales a demandar para lograr la misma satisfacción, no solo produce desgaste jurisdiccional, sino además, es un verdadero escándalo. De allí que la extensión de la cosa juzgada, en estos supuestos, no parece tan grave, pues la identidad fáctica permitiría extender la eficacia del pronunciamiento a todos quienes se encuentren en igual condición y derechos.

1.3 Pero la cuestión no es tan sencilla o simétrica cuando la decisión judicial pretende solucionar el vacío legal (omisión legislativa), reglamentar una norma programática, señalar la inconstitucionalidad de una ley disponiendo más que la inaplicación al caso, o generar un marco legal de seguimiento estricto por todos, entre otras posibilidades.

El problema no está en la sentencia, en sí misma, sino en la posibilidad constitucional de hacerlo, pues depende del marco y permiso que otorguen las Cartas Supremas. En nuestra Carta Fundamental, los jueces deben fallar en los casos concretos; y en los modelos de control de constitucionalidad concentrado, el tipo de sentencia legislativa es excepcional y contingente.

1.4 En consecuencia este es el marco de la exposición y el planteo de un tema que necesita ver en sus antecedentes y evolución las razones que llevan al estudio particular. Se necesita estructurar una teoría de la sentencia constitucional que impida asimilar la construcción con la simetría de las sentencias comunes pues anidan principios y presupuestos diferentes. De esto, precisamente, trata la presente obra.

2. El rol de la jurisdicción en el control de constitucionalidad

2.1 Después del tiempo de las revoluciones libertarias (fines del siglo XVIII) la función de los jueces en el proceso cambia cardinalmente de encuadre. Se posicionan dos corrientes claramente opuestas: el *juez boca de la ley* que solo la aplica y fundamenta; y el *juez intérprete* que analiza el ajuste de la norma con el principio de la supremacía constitucional. En ambos coincide el principio de preservar el apego estricto a los dogmas constitucionales, solo que las vías se instalan en dos grandes terrenos: el *político* y el *judicial*.

En el primero, los franceses pensaron que era mejor dejar en una institución del Estado la autoridad de ejercicio del control de constitucionalidad; pero Hans Kelsen ideó un esquema diferente: el tribunal constitucional.

Con ello se dio “jurisdicción” a jueces políticos que no estaban para cubrir espacios de legislación, administración o juzgamiento; se diluyó la división de poderes y se comenzó a ver la necesidad de referir a administraciones específicas, donde la “administración de justicia” asentaba en los jueces ordinarios y el control de constitucionalidad en los órganos concentrados.

2.2 La fórmula kelseniana que se instrumenta en Europa, y particularmente en la Constitución austríaca de 1920, instituye el ideario de la sentencia que legisla, pero no actúa como creador de normas sino evitando que ellas consagren inconstitucionalidades (por ello se llamó al sistema, de legislación negativa).

El diagrama no habilitaba a que las sentencias profirieran leyes, pero sí que las evaluaran intrínsecamente y, en su caso, las abrogaran o demolieran con un dictamen de inconstitucionalidad. El efecto expansivo, obligatorio, afirmó la seguridad jurídica y,

como dice Sagüés, se ganó […] "en certeza, lógica y seguridad jurídicas, como no podía ser menos en el líder de la teoría pura del derecho" ([292]).

2.3 El dilema fue dar ubicación institucional a estos organismos cuasi jurisdiccionales; su estructura estuvo naturalmente resistida por la autoridad parlamentaria que veía sesgada su función creadora; así como la administración la observó como un esquema de intromisión y obstáculo.

El tiempo demostró que la genialidad del sistema encontró conflictos polémicos con la jurisdicción común, tanto en materia de competencias como en asuntos más graves situados en las Altas Cortes, quienes veían resignada la autoridad de la cosa juzgada de sentencias revisadas por los tribunales constitucionales, que utilizaron como puerto de entrada y posibilidad de actuar, la violación al debido proceso.

2.4 El otro sistema proviene de la Constitución de Estados Unidos de Norteamérica y desarrollado en el famoso caso "*Marbury vs. Madison*" (1803) que, en resumen, argumenta que son los jueces, todos y cualesquiera que sean los jueces, quienes tienen el deber de custodiar la Constitución.

El mecanismo que se llamó de "revisión judicial" (*judicial review*), en realidad no es un proceso ni un recurso, sino un deber implícito de la jurisdicción cuya plataforma y esencia es la propia Carta Magna.

A diferencia del modelo político, el jurisdiccional trabaja en el caso concreto. Resuelve y justifica solo para las partes, de allí que ante una eventual inconstitucionalidad, la norma solo pierde vigencia en el conflicto donde actúa, por lo cual se habla de una "inaplicabilidad de ley" antes que de una derogación implícita.

2.5 Con los años, este modelo americano asumió el riesgo que afrontaba darle tanto poder de interpretación a todos los jueces, en la medida que la armonía ideológica lejos estaba de ser posible y cierta. Entonces, en 1958 la Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos, en el caso "*Cooper vs. Aaron*" ([293]) resuelve adoptar el sistema del precedente (*stare decisis*) según el cual las sentencias de ella obligarían a los tribunales inferiores ([294]).

El valor del precedente insinúa una especie de "legislación indirecta" o "mediata", porqué el juez pierde espacio para interpretar según su leal saber y entender, debiendo aplicar la doctrina legal que le llega impuesta.

La modalidad no alineó al resto de América; algunos optaron por volcarse al régimen concentrado implementado en Europa; otros le asignaron un valor moral a las sentencias de los Tribunales Superiores; pero en líneas generales, la tendencia tiene constantes cambios y adaptaciones.

---

[292] Sagüés, Néstor Pedro, *El juez constitucional como legislador positivo*, Jurisprudencia Argentina, 2010-III, 12 (número especial).

[293] El caso se origina ante la inejecución de la famosa sentencia dictada por la Corte Federal en *Brown v. Board of Education*.

[294] Sagüés, ob. cit., p. 12.

3. Jurisdicción y justicia constitucional

3.1 Los modelos reseñados, puestos en actividad, generaron críticas y elogios. La convivencia de los tribunales constitucionales con los jueces ordinarios no podemos decir que ha sido indiferente, porque se han abierto severas polémicas entre ellos provocando auténticos conflictos de poder.

De todos modos, cuando se trata de ver solamente el tema de las sentencias, también la desigualdad en el trato se entroniza, sosteniendo la doctrina que mientras las sentencias de los tribunales constitucionales son propias de la "jurisdicción constitucional"; las que emiten los jueces del sistema difuso corresponden a ejercicios de "justicia constitucional".

3.2 En la descripción de los modelos huelga afirmar que existe una profunda significación por la filosofía que impera en cada uno. Mientras el sistema de la confianza en los jueces (como se conoce al modelo difuso) acentúa la *justicia constitucional*, es decir, la trascendencia de los valores fundamentales que la Constitución marca y diseña; el sistema de la desconfianza (sea político o de jurisdicción concentrada) tiende a perpetuar el principio de legalidad, es decir, la permanencia inmutable de lo escrito. No son valores los que se tutelan, sino derechos y declaraciones que por estar en la Carta Superior de un Estado deben ser acatados y cumplidos por el principio de supremacía constitucional. Precisamente la labor de evitar interpretaciones contrarias, está a cargo de la *jurisdicción constitucional*.

En realidad la distancia no es tan significativa en la actualidad; los modelos se fueron aproximando tomando cada uno algo del otro, de manera que aparece cierta coincidencia procesal, pero una gran incompatibilidad cuando se observa la potestad de cada juez en la actividad de control constitucional. Es cierto que ni en Europa ni en Estados Unidos hay una jurisdicción que divida el campo de los casos donde la cuestión versa sobre el principio de legalidad (fiscalización sobre las leyes) y aquél que corresponde, estrictamente, al juicio de constitucionalidad; en los hechos, es el juez o el tribunal constitucional quien practica ambas actividades.

3.3 De este modo, la división teórica que elaboró Kelsen se ha desvanecido, permitiendo que desde los procesos de amparo, o a partir de los planteos incidentales, se pierda la resolución "*in abstracto*" que debía pronunciarse hacia la generalidad; para solucionar desde el caso particular con alcances "*erga omnes*".

En suma, el Tribunal Constitucional se aproxima al juez del sistema americano, hasta con la eficacia de la cosa juzgada que en ambos casos les permiten anular decisiones de jueces y tribunales ordinarios.

No obstante, el fenómeno de la extensión de sujetos alcanzados es un compartimiento donde se guardan sentencias de todo tipo (ordinarias, administrativas, constitucionales, etc.), de forma que, mejor resulta mostrar la condición de la sentencia constitucional como verdadero acto de la jurisdicción.

4. Las sentencias que comenzaron a insinuar la intención de ir más lejos

4.1 La dimensión e importancia de las sentencias se advierte, esencialmente, en los procesos constitucionales que son, precisamente, donde funge el deber de fiscalizar

el principio de supremacía. Pero no significa que se deje de lado la atención del caso concreto, de allí que, también en los procesos comunes, el juez del control difuso realice la misma función, como lo hace el tribunal constitucional en su jurisdicción específica.

En un juicio ordinario el juez debe resolver en forma negativa o positiva: hace o no lugar a la demanda; después modela el alcance de la sentencia y dispone el plazo de ejecución. Esta es la regla del principio de congruencia.

A veces, tanto el juez como el tribunal constitucional advierten que los hechos del proceso trascienden la aplicación normativa, debiendo asumir un rol más activo que el que cumplen. Así como el deber de controlar la constitucionalidad lleva, por vía de principio, a sentencias declarativas, los primeros avances sobre tal ejercicio se dieron cuando con el pronunciamiento se decían cosas que estaban dirigidas a otros que no eran las partes del proceso.

4.2 Las sentencias *interpretativas* fueron la línea de avanzada. Grafican la inteligencia que se da una ley, que puede no coincidir con la voluntad del legislador, característica que destaca así su importancia.

En las cuestiones abstractas de inconstitucionalidad la función interpretativa era propia del sistema; pero en el control difuso, la mera inaplicabilidad no se consideró suficiente, y comenzaron a darse sentencias que *descifraron* el texto constitucional, o *integraron* la norma aplicada dándole una referencia aditiva a su alcance originario.

Tanto la interpretación como la integración constituyeron las fuentes de inspiración para decisiones más osadas, como aquellas que deciden *sustituir* con la sentencia un vacío normativo. A veces, la disposición fue bien recibida, otras, no tanto, por considerar que eran sentencias *manipulativas* que obraban de la mano de la administración.

4.3 Lo cierto es que las modalidades comenzaron como exhortación directa o indirecta a la autoridad legislativa para que supliera con otra, la ley que se había encontrado inconstitucional. Después se aventuró que, ante la demora (inejecución de la sentencia), podía el tribunal actuar como legislador de emergencia, modulando con sus fallos el diagrama legal.

Suele llamarse a ellas como “modulación de los efectos de las sentencias”, porque con la disposición, además de interpretar y actuar el rol funcional que tienen jueces y tribunales constitucionales, también condicionan la aplicación de una ley; o integran su contenido o sustituyen frases alterando el sentido, etc.

Son estas sentencias de muchos modelos y posibilidades diversas. Algunas exhortan y claman por reformas, otras anulan y encuadran un diseño posible que no arriesgan a crear con el pronunciamiento; también están las que declaran la inconstitucionalidad y abrogan la ley.

Pero en estas modalidades no hay sentencias que legislen, sino perfiles de una decisión que señalan un conflicto con la Constitución. La prudencia del control y la función propia de jueces y tribunales constitucionales se amolda al esquema de la tripartición de actividades propias en el ejercicio del Poder.

En la *Ciudad Autónoma de Buenos Aires*, expresamente establece la Constitución local en el artículo 113, que […] “la declaración de inconstitucionalidad

hace perder vigencia a la norma salvo que se trate de una ley y la Legislatura la ratifique dentro de los tres meses de la sentencia declarativa por mayoría de los dos tercios de los miembros presentes. La ratificación de la Legislatura no altera sus efectos en el caso concreto ni impide el posterior control difuso de constitucionalidad ejercido por todos los jueces y por el Tribunal Superior".

En la *provincia de Río Negro*, también la Norma Fundamental regula en el artículo 208. Abrogación: "Cuando el Superior Tribunal de Justicia, en juicio contencioso, declara por unanimidad y por tercera vez la inconstitucionalidad de un precepto materia de litigio contenido en una norma provincial o municipal puede, en resolución expresa dictada por separado, declarar abrogada la vigencia de la norma inconstitucional que deja de ser obligatoria a partir de su publicación oficial.

"Si la regla en cuestión fuere una ley, el Superior Tribunal de Justicia debe dirigirse a la Legislatura a fin de que proceda a eliminar su oposición con la norma superior. Se produce la derogación automática de no adoptarse aquella decisión en el término de seis meses de recibida la comunicación del Superior Tribunal de Justicia quien ordena la publicación del fallo".

También la *provincia de Tierra del Fuego*, establece en el artículo 159. Declaración de inconstitucionalidad: "Cuando el Superior Tribunal de Justicia declare por unanimidad y por tercera vez la inconstitucionalidad de una norma jurídica materia de litigio, podrá resolver la suspensión de su vigencia en pronunciamiento expreso dictado por separado, el que será notificado en forma fehaciente a la autoridad que la dictara y dado a conocer en el diario de publicaciones legales dentro de los cinco días de emitido".

En la misma línea la *provincia del Chubut*, siempre hablando del texto constitucional, sostiene en el artículo 175: "Cuando el Superior Tribunal de Justicia declara por dos veces consecutivas a tres alternadas la inconstitucionalidad de una norma legal, ésta deja de tener vigencia a partir del día siguiente a la publicación oficial de la sentencia definitiva" ([295]).

4.4 Pero hay otras sentencias que legislan con el sentido y alcance que tiene crear la norma. Hay legislaciones que las autorizan, y por ejemplo, permiten a la Corte Constitucional que dicte de manera provisional una medida que cumpla con la omisión o negligencia del poder encargado de legislar ([296]).

A veces, la legislación indirecta se produce con el "activismo judicial" que, en casos concretos, ordenan aplicar una política presupuestaria no prevista (por ejemplo, que un municipio invierta en hospitales o en salud); o que derogan un proyecto sustituyendo por otro que consideran constitucionalmente prioritario; o bien, cuando el juez (difuso) o tribunal (concentrado) suple la inactividad legislativa u ofrece un

---

[295] Cfr. Esperanza, Silvia L., *Las sentencias constitucionales y el efecto "erga omnes". Adaptabilidad de la "teoría de los juegos",* en "Proceso y Constitución" (Gozaíni, Osvaldo A. –Coordinador-), Ediar, Buenos Aires, 2009, ps. 251 y ss.

[296] El art. 436 inciso 10 de la Constitución de Ecuador dispone que la Corte Constitucional puede [….] "declarar la inconstitucionalidad en que incurran las instituciones del Estado o autoridades públicas que por omisión inobserven, en forma total o parcial, los mandatos contenidos en normas constitucionales, dentro del plazo establecido en la Constitución o en el plazo considerado razonable por la Corte Constitucional. Si transcurrido el plazo la omisión persiste, la Corte, de manera provisional, expedirá la norma o ejecutará el acto omitido, de acuerdo con la ley".

remedio propio a la laguna legislativa, entre otros casos que debemos analizar con más detenimiento.

Fallos como el de la inconstitucionalidad del Concordato suscrito entre Colombia y la Santa Sede; la despenalización del consumo de la dosis personal; la legalización de la eutanasia; la protección del derecho a la inviolabilidad parlamentaria de los congresistas; la inconstitucionalidad de la normatividad reguladora del sistema UPAC; la inexequibilidad de la prohibición de aumentar salarios de los funcionarios del Estado o la inconstitucionalidad de la jurisprudencia del Consejo de Estado relativa a la acción de nulidad, han originado una avalancha de criticas por el desmesurado protagonismo y el gran activismo de la Corte Constitucional de Colombia ([297]).

5. Las sentencias legislativas en el derecho comparado Latinoamericano

5.1 En el derecho comparado latinoamericano, la tendencia se acentúa con riesgos distintos. En *México* varios Estados resolvieron asumir en sus Tribunales Superiores locales, la posibilidad de dictar sentencias legislativas.

En efecto, el Estado de *Veracruz-Llave* modificó su Constitución Política en el año 2000, para ser pionero en la inclusión de medios de control constitucional local, entre otras acciones. Prevé la figura de la acción por omisión legislativa, siendo competente la sala constitucional para estudiar y elaborar un proyecto de sentencia informativa al pleno del Tribunal Superior de Justicia para su resolución definitiva. Esta entidad limita la acción a los casos en que se estime que el Congreso no ha aprobado alguna ley o decreto y que esto constituya violación a la Constitución, confiriendo legitimación para promoverla al gobernador del Estado y a cuando menos la tercera parte de los ayuntamientos, otorgando un plazo de dos periodos de sesiones para expedir la ley o decreto en cuestión ([298]).

La decisión solo exhorta, es decir, no dicta sentencias normativas, solo reclama que se integre el ordenamiento legal.

5.2 *Tlaxcala* avanzó aún más, porque el artículo 81 de la Constitución Política del Estado le dio al pleno del Tribunal Superior de Justicia, la misma potestad pero ocupándose no solo de la omisión legislativa, sino también de la rémora de la administración en la emisión de reglamentos o actos administrativos de carácter general.

En otros Estados federativos como *Chiapas* y *Quintana Roo* asignan igual desempeño, y en *Coahuila*, la Constitución Política del Estado, en el título quinto, dedicado al Poder Judicial (capítulo IV) regula el problema dentro de los poderes del control de constitucionalidad difuso, el que reiteradamente ha dicho la Suprema Corte de Justicia de México que no se aplica por considerarse ella misma, a los efectos del control de la supremacía, como un Tribunal Constitucional.

---

[297] López Daza, Germán Alfonso, *El Juez constitucional colombiano como legislador positivo: ¿Un gobierno de los jueces?*, en "Memorias del Primer Congreso Colombiano de Derecho Procesal Constitucional" (en homenaje a Héctor Fix Zamudio), 26, 27 y 28 de Julio de 2010, Bogotá, p. 174.

[298] Rangel Hernández, Laura, *La acción de inconstitucionalidad por omisión legislativa en la Constitución Mexicana. Un avance en el acceso a la justicia constitucional*, en Revista "Cuestiones Constitucionales", n° 18, enero-junio 2008, Instituto de Investigaciones Jurídicas – UNAM, México.

México, en general, no aventura en la justicia constitucional sentencias que explanen disposiciones a cumplir por todos, sin embargo, en la justicia ordinaria comienzan a verse pronunciamientos dictados en cuestiones sociales o de salud, que imponen reglamentos generales.

5.3 En *Bolivia* existe el recurso de inconstitucionalidad por omisión, el cual si bien no está dentro de la Constitución, fue desarrollado por el otrora Tribunal Constitucional (hoy Tribunal Constitucional Plurinacional) aunque limitado al caso de omisiones legislativas parciales ([299]).

La función es creadora porque con la figura de la doctrina legal más probable, se establece un sistema de fuentes que adiciona en la ley una lectura no prevista.

5.4 En *Brasil* el art. 103-2 de la Constitución de 1988 contiene una prescripción similar: "Declarada la inconstitucionalidad por omisión de una medida para hacer efectiva la norma constitucional, se dará noticia al poder competente para que adopte las providencias necesarias, y, tratándose de un órgano administrativo, para que lo haga en treinta días". Este artículo prevé que la omisión provenga de cualquiera de los tres órganos de gobierno: Legislativo, Ejecutivo o Judicial, pero no arriesga que sean los jueces quienes con la sentencia integren el vacío legal.

No obstante, el art. 5- LXXI de la misma Constitución brasileña dispone que: "Se concederá mandamiento de «*injunçao*» siempre que la falta de la norma reglamentaria haga inviable el ejercicio de los derechos y libertades constitucionales y de las prerrogativas inherentes a la nacionalidad, la soberanía y la ciudadanía».

Se ha hecho notar que esta norma emplea impropiamente el término *injunçao, injunction* del derecho anglo-sajón, que significa «prohibición judicial». En cambio el *writ of mandamus* es una orden dirigida a una autoridad para que cumpla un deber impuesto legalmente, para cuyo ejercicio no existe norma reglamentaria.

5.5 Sin agotar todas las posibilidades, es interesante ver el caso de *Colombia*, que tiene la figura desde la Constitución de 1886, aunque se implementa con el nombre de "inconstitucionalidad de la omisión legislativa", en la carta de 1991.

En 1996, la sentencia C- 073 y al año siguiente la C-540 conformaron la inteligencia como desentrañar el recurso. En ellas se advirtió que, tratándose de omisión absoluta del legislador, la jurisdicción constitucional carece de referente normativo para hacer la confrontación con la Carta. Por ello, la acción de inconstitucionalidad "si bien permite realizar un control más o menos extenso de la labor legislativa, no autoriza la fiscalización de lo que el legislador genéricamente ha omitido, conforme a las directrices constitucionales". Por esta razón la Corte desecha cargos de

---

[299] Rivera Santiváñez sostiene que la configuración procesal adoptada en Bolivia no prevé expresamente este recurso como vía para denunciar la inconstitucionalidad por omisión, dado que esa lectura se debe a una incorrecta redacción del texto del art. 120-1ª de la Constitución y el art. 54 de la Ley Nº 1836 del Tribunal Constitucional, que restringe esa posibilidad. El recurso procede contra toda ley, decreto o cualquier género de resolución no judicial, lo que excluye la posibilidad de plantear una acción contra la omisión legislativa que genere una inconstitucionalidad (Rivera Santiváñez, José Antonio, *El recurso de inconstitucionalidad en Bolivia,* Sucre, 2002, ps. 123 y ss.

inconstitucionalidad por omisión absoluta ya que según ésta, no tendría competencia ([300]).

Sin embargo, la exclusión no es absoluta porque se admite cuando el tipo de imprevisión parte de supuestos de diferenciación o discriminación que vulneren derechos fundamentales. En estos casos, la sentencia puede corregir los vicios, pero no parece que fuera propiamente una sentencia legislativa, sino, antes bien, del tipo de las llamadas "correctivas".

Es decir que se adopta en Colombia dos tipos de dogmáticas, en un primer lugar la figura proveniente de Alemania de la "*exclusión arbitraria de beneficios*" que tiene como metodología para el control, el parámetro normativo de vulneración de derechos fundamentales como la igualdad y el debido proceso, y por otro lado la doctrina italiana de las *sentencias sustitutivas e integradoras*, ya que en la parte resolutiva la Corte mediante sentencia, puede corregir la legislación objeto de control integrando el precepto, convirtiéndose de esta manera no solo en un legislador negativo según la expresión de Kelsen sino en un legislador positivo y activo.

A partir de la implementación de la tesis de la omisión legislativa relativa en combinación con la posibilidad de dictar sentencia manipulativas e integradoras bajo la interpretación del principio de igualdad se ha logrado equiparar situaciones análogas que podrían dar lugar a la inconstitucionalidad primigenia del precepto. De tal manera que si por un lado se piensa que la Corte puede esta inmiscuyéndose en funciones y labores que le corresponden al legislador, desde otra óptica la opción de dicho tipo de control se explica como una forma de darle curso al principio de conservación de la ley, mediante la integración y corrección del precepto y no mediante un fallo de inconstitucionalidad que sería más oneroso en términos de legislación.

5.6 Finalmente cuadra agregar que por "sentencias legislativas" también se entienden aquellas que le indican al legislador cómo debe ser creada la norma futura inexistente; o recreada en los casos de declaración de inconstitucionalidad.

6. Las fuentes de creación de derechos y la ley

6.1 La interpretación constitucional le corresponde a todos los jueces; hoy día no se diferencia si proviene de la jurisdicción difusa o es labor del tribunal constitucional; en todo caso la polémica queda centrada en la potestad de decir la inconstitucionalidad.

Claro está que en esa actividad hay un principio no escrito, casi una regla omnipresente por el cual, cada vez que se deba señalar una cuestión de constitucionalidad, habrá que recordar la "cortesía constitucional" o la "deferencia razonada", que consiste en que los órganos del Estado se deben un respeto y cortesía mutuos, actuando en sus recíprocos ámbitos competenciales en que cada uno debe

---

[300] Cfr. Ramírez Cleves, Gonzalo A., *El control de constitucionalidad sobre las omisiones legislativas en Colombia*, exposición del autor en las II Jornadas Colombo Venezolanas de Derecho Constitucional, Universidad Externado de Colombia, Octubre de 2006.

tomar decisiones con autonomía, no entrometiéndose en las competencias privativas de otro órgano constitucional ([301]).

Por otra parte, en el proceso de interpretación constitucional en Cartas Fundamentales estructuradas bajo el principio democrático, los operadores e intérpretes jurídicos de la Constitución deben presumir la buena fe y constitucionalidad de la obra del legislador y demás operadores jurídicos, salvo que de dichos enunciados normativos no sea posible extraer ninguna interpretación que sea conforme con la Carta Fundamental. Este es el principio constitucional de conservación normativa, conservación del derecho o de presunción de constitucionalidad de los actos legislativos que busca evitar la eliminación o desmantelamiento del ordenamiento jurídico de textos que pudieran ser interpretados en algún sentido en conformidad a la Constitución. Este principio junto con preservar el ordenamiento jurídico busca también asegurar y garantizar la mayor certeza y seguridad jurídica para sus destinatarios. La inconstitucionalidad sólo debe ser determinada cuando una norma jurídica en ninguna interpretación legítima es conforme a la Constitución ([302]).

6.2 Entre la sentencia que resuelve creando derechos y aquellos que se obtienen con las leyes, existe una vieja polémica que anida en la determinación de las fuentes. Antes de la revolución francesa era aceptada la pluralidad, que Max Weber sostenía como resultado de la tradición, sea ya porque así se comportaban los antepasados o porque la conducta obedecía a reglas ejemplares.

Después el principio de legalidad concentró toda la producción normativa; la casuística se diluyó para convertir a la ley en general y abstracta, y aplicada a todos por igual, porque de ese modo se evitaban privilegios o distinciones.

Las otrora fuentes directas (sentencia, costumbre, doctrina) pasaron a un segundo plano y comenzó el tiempo de la autoridad parlamentaria. La labor del juez deja de encontrar acomodo en el concepto de “decir derecho”; el legislador, se aísla del peso que los jueces tenían, para dejarlos instalados como resguardo de aplicación de la voluntad por ellos declarada en nombre del pueblo.

6.3 Pero esto que fue muy claro en Europa no lo fue tanto en el sistema anglosajón, que conservó el valor de las sentencias como vía de integración jurídica.

Además fue diferente la forma como concretar cada actividad. Los primeros elaboraron principios y reglas estandarizados que definieron a partir de las constituciones y los códigos; a diferencia de Estados Unidos que prefirió pocas leyes, grandes trazos en los derechos constitucionales y un gran respeto por la autoridad judicial.

Lo asombroso fue el impacto de ambas realidades en Latinoamérica, porque ella estructuró sus leyes de procedimientos y organización judicial siguiendo lo hecho en Europa; mientras que las bases constitucionales se tomaron de Estados Unidos; y lo más

---

[301] Nogueira Alcalá, Humberto, *Consideraciones sobre la sentencia Rol nº 464-01-006 del Tribunal Constitucional Chileno*, Revista de Estudios Constitucionales, año 4 nº 1 (2006), Universidad de Talca, ps. 437 y ss.

[302] Nogueira Alcalá, ob. cit., en nota anterior, ps. 438/9.

notable fue que en las últimas décadas del siglo XX, cuando se suceden las reformas constitucionales, el modelo volvió a ser el Europeo, sobre todo, el español de 1978.

6.4 Con estas características los jueces americanos advirtieron que el rol de aplicar el derecho objetivo era solo una parte de su función. La influencia e incorporación del derecho transnacional (sistema americano de protección de los derechos humanos) les agregó un deber más; no fue solo el deber de custodiar la supremacía de texto básico del Estado, sino también, dar operatividad y eficacia a los derechos del hombre.

Esto significa que la función jurisdiccional se va ampliando, la normatividad interna se enriquece con la normatividad supranacional que no se identifica entre fronteras ni se recorta a los límites territoriales. Así como Europa asume que es una Unión que trasciende lo económico, también América latina se unifica con el sistema que trae la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

6.5 Empero, sin tener rango tan elevado, han llegado a los ordenamientos jurídicos una serie de principios y reglas uniformes para resolver prácticas o usos del comercio. Estas son las llamadas *lex mercatoria* o *jus mercatorum*, que generan una producción normativa derivada de las necesidades propias del comercio internacional. Lo curioso es que son normas o equivalentes que surgen de intereses sectoriales, sin la intervención directa de los Estados nacionales.

Este es el caso, por ejemplo, de las Reglas para la Interpretación de la Terminología en la Compraventa Internacional conocida por sus siglas en inglés (INCOTERMS), promovida por la Cámara de Comercio Internacional con el concurso de diferentes cámaras nacionales de comercio. O bien el caso de los Usos y Reglas Uniformes Relativos a Créditos Documentarios, conforme a los cuales un buen número de bancos, a escala internacional, basan sus operaciones. O el de la Comisión de Naciones Unidas para el Desarrollo del Derecho Mercantil, la cual ha coadyuvado a la realización de estudios y convenciones para uniformar la compraventa internacional de mercaderías, el arbitraje comercial internacional o los aspectos jurídicos de la transportación marítima. Asimismo puede citarse a la Comisión de Naciones Unidas para Europa, que ha preparado los llamados Contratos Tipo o las Condiciones Generales.

6.6 Con tanta profusión de normas, reglas y principios, sin contar con la necesidad de afianzar las garantías procesales y sustanciales, el juez puede desorientarse y aplicar estándares a situaciones generales que debieran ser resueltas por leyes; o resolver casos particulares con definiciones globales que están pensadas para un contexto que excede la singularidad del caso; es decir, queremos replantear desde una perspectiva procesal, el tema de la función creadora de la sentencia, alertando que no somos partidarios del positivismo como una fuente de producción legal, ni del valor proyectado de la decisión que se quiere destinar a todos.

De algún modo esa fuerza de gravedad que los jueces quieren aplicar a sus fallos es contraria con la discrecionalidad (confianza) que pondera la construcción de las sentencias, pero la discrepancia no supone dramatizar el rol del juez activo o creador,

sino, tan solo, poner de relieve que los pronunciamientos que quieren legislar transgreden el principio de la división de poderes.

Quizás, en el fondo, sea cierta la afirmación de Dworkin respecto a que esta discusión asienta sobre bases puramente dogmáticas, porque […] "en un sentido trivial los jueces *crean una nueva ley* cada vez que deciden un caso importante. Anuncian una disposición, principio, calificación o elaboración que nunca había sido declarada antes en forma oficial […]. El derecho existe como un hecho evidente, en otras palabras, y lo que es el derecho de ninguna forma depende de lo que debería ser. ¿Entonces por qué a veces abogados y jueces parecen tener un desacuerdo teórico sobre el derecho? Porque cuando parecen disentir en forma teórica sobre lo que es el derecho, en realidad disienten sobre lo que debería ser. Su desacuerdo es sobre cuestión de moralidad y fidelidad y no sobre derecho" ([303]).

7. Las sentencias que invaden poderes

7.1 Trabajemos sobre dos situaciones distintas*: a)* caso donde el juez debe resolver sobre la constitucionalidad de una ley (acción de inconstitucionalidad) y *b)* caso en el que el juez analiza un problema singular sin norma expresa que aplicar.

En el primer supuesto, la sentencia típica resolverá por la declaración de inconstitucionalidad o por su validez; si es un tribunal constitucional los efectos serán *erga omnes*; si es un juez ordinario, el pronunciamiento se aplicará solo al caso.

En ambas el juez podrá exhortar a las autoridades y la sentencia tendrá valor y eficacia sin alterar el marco de adecuación constitucional, en la medida que no legisla, ni se arroga la potestad de hacerlo; solamente señala el defecto, aconseja su revocación; la deja de aplicar en el caso concreto; advierte donde están las imperfecciones y, también puede aconsejar como llevar a cabo las reformas.

7.2 Si la sentencia pone plazos para la adaptación, el conflicto de competencias y poderes es posible.

La disputa se da en dos niveles: el de la *autoridad implícita de la sentencia*, que pierde consistencia cuando quien debe acatarla la desconoce por omisión de cumplimiento; y el del *obligado a ejecutar la decisión*, que de someterse a lo resuelto pone en crisis sus propias competencias.

Si es una sentencia constitucional *exhortativa*, las posibilidades de ejecución son desiguales:

a*) Cuando se declara la inconstitucionalidad y se deja al orden normativo sin marco legal de referencia*. En este caso, la declaración solo resuelve sobre la norma. El legislador queda expectante, pero no está obligado a actuar en el déficit.

b) Cuando se declara la inaplicabilidad al caso concreto, avisando al legislador el vicio de constitucionalidad, sin imponer más que esa advertencia.

c) Cuando se declara la inconstitucionalidad y se ordena reglamentar sobre las pautas que la decisión profiere (llamadas sentencias exhortativas de delegación). Aquí el

---

[303] Dworkin, Ronald, *El imperio de la justicia*, Gedisa, Barcelona, 2005 (2ª reimpresión), p. 19.

legislador tiene un deber que, de no cumplir, algunos autorizan a que sea el tribunal quien lo haga.

d) Cuando se pone de relieve una inconstitucionalidad sobreviniente, dejando a la norma en "pausa" (inaplicable) hasta que el legislador cubra la carencia encontrada por el tribunal.

En los casos a) y b) la actuación jurisdiccional solo cumple el deber de "decir el derecho"; mientras que en c) y d) provoca lo que Olano García llama "bloqueo de aplicación" ([304]) que, por su trascendencia e impacto en el régimen normativo, no siempre recibe beneplácito general pese a la prudencia que supone asignar tal efecto provisional a las sentencias constitucionales.

Ahora bien, conjeturemos que la decisión diga más y avance sobre el espacio propio del legislador, a quien se recomienda hacer tal o cual cosa con la norma inconstitucional o con la reglamentación ausente. O bien, cuando la sentencia diseña un marco reglamentario o propone pautas para ello.

Para graficarlo veamos algunos ejemplos de jurisprudencia local:

7.1 Los casos de Argentina

En Argentina, el fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa "*Halabi"* ([305]) dispuso que […] frente a la falta de una ley en nuestro derecho que reglamente el ejercicio efectivo de las denominadas acciones de clase -en el caso de derechos de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos-, el art. 43 de la Constitución Nacional es operativo y es obligación de los jueces darle eficacia cuando se aporta nítida evidencia sobre la afectación de un derecho fundamental y del acceso a la justicia de su titular, pues donde hay un derecho hay un remedio legal para hacerlo valer toda vez que sea desconocido, principio éste del que ha nacido la acción de amparo, ya que las garantías constitucionales existen y protegen a los individuos por el solo hecho de estar en la Constitución e independientemente de sus leyes reglamentarias, cuyas limitaciones no pueden constituir obstáculo para su vigencia efectiva".

Aquí la Corte Argentina opera como legislador supliendo un vacío legal pero sin actuar sobre una supuesta omisión inconstitucional. Observa que hay derechos consagrados como de incidencia colectiva; que tienen representación posible y adecuada en el Defensor del Pueblo, en asociaciones específicas o directamente por el afectado, pero que el diseño procesal es insuficiente para una respuesta totalizadora. Con tal medida dicta una sentencia de tipo *integrativa*, en el aspecto de ocupar con sus predicados las disposiciones que en la ley huelgan.

Esta modalidad, cuando se utiliza en los derechos individuales homogéneos, es decir, cuando el problema de afectación es de uno y de todos otros que se pueden individualizar (para nosotros son derechos de incidencia colectiva, a diferencia de los derechos difusos que son de personalidad indeterminable), no sufren reticencia ni

---

[304] Olano García, Hernán, *Clases de sentencias constitucionales en el ordenamiento jurídico colombiano*, en Revista El Derecho, suplemento de derecho constitucional del 1º de febrero de 2005.

[305] CS, 2009/02/24, "*Halabi, Ernesto c/ PEN, Ley 25873 y Decreto 1563/04*", Fallos: 332:111.

agravio porque se usan con el efecto expansivo de la cosa juzgada, que algunos prefieren llamar "*erga omnes*", aunque no sea tal ([306]).

La duda queda expuesta en dos planos diferentes. Una asienta en que los fallos de la Corte nacional no obligan a los jueces inferiores, quienes pueden o no seguir el "consejo" procedimental aconsejado; el otro es que la exhortación a los legisladores para que definan el problema de los procesos colectivos puede quedar sometido a un tiempo y a una urgencia que no son las del plazo judicial razonable.

También en el resonado caso "*Verbitsky"* ([307]), la Corte Suprema de Justicia nacional, resuelve sin declarar la inconstitucionalidad de precepto alguno para adaptar la legislación a los cánones del campo transnacional, en particular, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (caso "*Instituto de Reeducación del menor vs. Paraguay"*), para sostener que ella no puede permanecer indiferente ante la gravedad de la situación de las cárceles de la provincia de Buenos Aires, a cuyo fin decide […] "exhortar a los Poderes Ejecutivo y Legislativo de la Provincia de Buenos Aires a adecuar su legislación procesal penal en materia de prisión preventiva y excarcelación y la legislación de ejecución penal y penitenciaria, a los estándares constitucionales e internacionales".

Esta es una sentencia exhortativa típica que nace de una situación de crisis donde el marco ilegal no es inconstitucional aunque puedan serlo las condiciones como ella se desenvuelve. Aquí no hay sentencia que legisla, pero emana de sus fundamentos un régimen que, si el sistema argentino trabajara con el precedente vinculante, asemejaría a una sentencia de contenido normativo.

También el caso "*Beatriz Mendoza"* ([308]) es una muestra sensible de cómo se legisla con la sentencia. En este expediente, se presentan diecisiete personas que reclaman contra el Estado Nacional, la Provincia de Buenos Aires, el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y las cuarenta y cuatro empresas que se encuentran en la ribera de la cuenca del río Matanza – Riachuelo, pretendiendo una indemnización en dinero y la recomposición del daño ambiental.

El argumento central advierte que entre las fuentes de contaminación del río se destacan las industrias, que en la mayoría de los casos vierten sin depuración en la cuenca y el suelo los líquidos que utilizan, conjuntamente con residuos sólidos tóxicos y peligrosos. Las empresas que desarrollan dichas actividades, según afirman, evidencian un estancamiento tecnológico y un estado ambiental deficiente que afecta a todos quienes habitan en la ribera.

La Corte decidió no aplicar los institutos de índole procesal de comprobada eficacia como los concernientes al litisconsorcio, a la intervención de terceros y, en general, a los procesos con pluralidad de partes legitimadas a fin de extender los efectos de las sentencias que se dicten (considerando 17); para aducir que […] "la presente causa tendrá por objeto exclusivo la tutela del bien colectivo. En tal sentido, tiene una prioridad absoluta la prevención del daño futuro, ya que según se alega en el presente se trata de actos continuados que seguirán produciendo contaminación. En segundo lugar, debe perseguirse la recomposición de la polución ambiental ya causada conforme a los

---

[306] Gozaíni, Osvaldo A., *Sobre sentencias constitucionales y la eficacia "*erga omnes", La Ley, 2007-D, 1242.

[307] CS, 2005/03/05, "*Verbitsky, Horacio*", Fallos: 328:1146

[308] CS, 2006/06/20, Fallos: 329:2316

mecanismos que la ley prevé, y finalmente, para el supuesto de daños irreversibles, se tratará del resarcimiento. La tutela del ambiente importa el cumplimiento de los deberes que cada uno de los ciudadanos tienen respecto del cuidado de los ríos, de la diversidad de la flora y la fauna, de los suelos colindantes, de la atmósfera. Estos deberes son el correlato que esos mismos ciudadanos tienen a disfrutar de un ambiente sano, para sí y para las generaciones futuras, porque el daño que un individuo causa al bien colectivo se lo está causando a sí mismo. La mejora o degradación del ambiente beneficia o perjudica a toda la población, porque es un bien que pertenece a la esfera social y transindividual, y de allí deriva la particular energía con que los jueces deben actuar para hacer efectivos estos mandatos constitucionales.

"19) Que para la prosecución de estos objetos procesales, no existe la información adecuada, ya que la demanda no ilustra al tribunal aspectos esenciales sobre la cuestión litigiosa. El escrito introductorio tampoco se basa en estudios actualizados, ya que se remite a publicaciones periodísticas o a informes presentados por diversos organismos hace varios años. En cuanto al bien que la demanda denomina "reversible", se pretende la creación de un fondo público que ascienda, como mínimo, a quinientos millones de dólares, para atender a la recomposición del ambiente y la satisfacción de las indemnizaciones. Sin embargo, no se aporta ningún elemento serio que permita fundar esa decisión por parte de esta Corte Suprema. En cuanto al bien que denomina "irreversible" las demandantes peticionan el pago de una suma de dinero en concepto de daño moral colectivo. Se pretende darle una finalidad satisfactiva y se pide una obra que implique un disfrute para la comunidad, pero no se aporta ningún elemento que permita identificar cuál sería esa obra y cuáles sus beneficios satisfactivos…".

Pese al marco de incertidumbre que reconoce, no obstante el Alto Tribunal dispuso requerir al Estado Nacional, a la Provincia de Buenos Aires, a la ciudad de Buenos Aires y a un organismo más para que en el plazo de treinta días y en los términos de la ley 25.675: Presenten un plan integrado que debía contemplar: *1)* Un ordenamiento ambiental del territorio (arts. 8, 9 y 10). *2)* El control sobre el desarrollo de las actividades antrópicas (art. 10) "teniendo en cuenta los aspectos políticos, físicos, sociales, tecnológicos, culturales, económicos, jurídicos y ecológicos de la realidad local, regional y nacional, deberá asegurar el uso ambientalmente adecuado de los recursos ambientales, posibilitar la máxima producción y utilización de los diferentes ecosistemas, garantizar la mínima degradación y desaprovechamiento y, promover la participación social en las decisiones fundamentales del desarrollo sustentable". *3)* Estudio de impacto ambiental de las cuarenta y cuatro empresas involucradas, y si no los tuviera, los requerirá en forma inmediata. *4)* Un programa de educación ambiental (art. 14: La educación ambiental constituye el instrumento básico para generar en los ciudadanos, valores, comportamientos y actitudes que sean acordes con un ambiente equilibrado, propendan a la preservación de los recursos naturales y su utilización sostenible, y mejoren la calidad de vida de la población). *5)* Un programa de información ambiental pública a todo el que la requiera, especialmente los ciudadanos del área territorial involucrada (art. 16: "Las personas físicas y jurídicas, públicas o privadas, deberán proporcionar la información que esté relacionada con la calidad ambiental y referida a las actividades que desarrollan. Todo habitante podrá obtener de las autoridades la información ambiental que administren y que no se encuentre contemplada legalmente como reservada." (art. 18: "Las autoridades serán responsables de informar sobre el estado del ambiente y los posibles efectos que sobre el puedan provocar las actividades antrópicas actuales y proyectadas. El Poder Ejecutivo, a través

de los organismos competentes, elaborará un informe anual sobre la situación ambiental del país que presentará al Congreso de la Nación. El referido informe contendrá un análisis y evaluación sobre el estado de la sustentabilidad ambiental en lo ecológico, económico, social y cultural de todo el territorio […].

Este plan de acción que obliga al Estado nacional, provincial y municipal, como era de esperar, ha sufrido notable desobediencia y casi una absoluta inejecución. La Corte quizás pensó que con el caso *Mendoza* creaba un emplazamiento similar al que en su tiempo originó el amparo nacional (casos *"Siri"* y "*Kot*"), sin advertir que la interpretación e integración de la Ley General del Ambiente, en orden a esclarecer el alcance y definición de cuánto se corresponde con el derecho colectivo, no era bastante para conseguir que la ley se ejecutara.

La doctrina más autorizada señaló que […] "la justicia se ha anticipado a los poderes políticos, en particular al ejecutivo, que sigue sin desarrollar las políticas necesarias para abordar la cuestión. Ello, tiene una incidencia directa en el casi nulo ejercicio del poder de policía en la materia que redunda en una falta de control de las actividades y de prevención del daño ambiental. También cabe destacar la falta de reglamentación de las leyes de presupuestos mínimos que ha sancionado el Congreso, a pesar de los plazos perentorios, ya cumplidos en algunos casos desde hace años, que ellas prevén para esos fines. Todos estos aspectos, junto a otros, están en la base de la demanda judicial que da lugar a la sentencia que se comenta" ([309]).

La decisión judicial nos muestra el testimonio más evidente de cuánto debe luchar una sentencia bien intencionada cuando ingresa en el espacio que los demás poderes se atribuyen como propios e impenetrables. Ello debe tenerse en cuenta porque una decisión valiente que no es obligatoria es solo eso: un precedente sin fuerza ejecutiva alguna.

Finalmente, aunque no es una sentencia legislativa sino un acto de puro ejercicio de control de constitucionalidad, el problema actual con la reposición en el cargo de Procurador General de la provincia de Santa Cruz otrora destituido, es un ejemplo entre los conflictos entre poderes que se provocan cuando la decisión de uno quiere obligar a otro.

En fin la lista podría seguir con múltiples casos más, como la demorada puesta en marcha de la descentralización de la ciudad autónoma de Buenos Aires, que obligó al Superior Tribunal de Justicia local a requerir definiciones del legislador; o con los miles de procesos que condenan al ANSeS a liquidar y pagar sin que ella lo ejecute sin dilaciones; etc. etc.

7.2 Las sentencias comunes de tipo legislativas

Distinta podría la sentencia ser cuando desde el caso particular se quieren proyectar soluciones generales, tal como es el planteo del segundo ejemplo puesto como hipótesis.

En los derechos económicos, sociales y culturales se ha visto una progresión constante de decisiones que, amparadas en la necesidad de dar operatividad y ejecución

---

[309] Sabsay, Daniel A., *La Corte Suprema de Justicia de la Nación y la sustentabilidad de la cuenca Matanza – Riachuelo,* La Ley, 2006-D, 280.

al plan programado por las normas constitucionales de la llamada segunda generación, ocuparon y ocupan volúmenes aumentados de jurisprudencia que lo explana.

La complejidad es distinta a la que tienen los derechos civiles y políticos, porque los derechos sociales mantienen una estrecha relación con la política económica que, de algún modo, los vuelve dependientes de las erogaciones presupuestarias.

El derecho a la salud, siendo una obligación positiva del Estado, está en permanente conflicto en cuanta área se observe, obligando a los jueces a resolver a sabiendas de la inejecución.

En el "*caso B.R.E.*" ([310]), la Corte resolvió reglamentar la ley 23.798 de Lucha contra el SIDA, facultando a la Policía Federal a incluir dentro de sus exámenes de salud, la detección obligatoria del virus HIV, aún con prescindencia del consentimiento individual.

Esta es una sentencia integrativa que no polemiza más que con el derecho a la intimidad y privacidad de la persona concernida.

En los casos "*Beviaqcua*" ([311]) y *Monteserrín* ([312]) se decidió integrar el derecho vigente con los estándares provenientes de los instrumentos internacionales de derechos humanos, dando relevancia al interés superior del niño que necesita una protección y asistencia especial, eludiendo así todo conflicto de competencias o deberes entre organismos responsables de la atención.

Lo dicho fue que, la ley 23.661 instituyó el Sistema Nacional de Salud, con los alcance de un seguro social "a efectos de procurar el pleno goce del derecho a la salud para todos los habitantes del país sin discriminación social, económica, cultural o geográfica". La finalidad de la ley ha sido organizar un marco de asistencia sanitaria desde una concepción integradora, en el cual la autoridad pública reafirme su papel de conducción general del sistema, cuyo objetivo fundamental es mejorar el nivel de calidad disponible garantizando toda la eliminación de toda forma de discriminación.

Algunas situaciones emergentes de la crisis social llevan a resolver con sensibilidad las emergencias que se plantean, dando lugar a sentencias justas donde la reglamentación prevista se disuelve.

En el "*Programa de Atención para familias en situación de calle*" creado por el Decreto N° 690/06 del gobierno de la ciudad autónoma de Buenos Aires, se dispuso, atento el principio de no regresividad, no aplicar una norma que pusiera al afectado en una situación mas desfavorable en relación con la que cursa en la actualidad ([313]).

Este asistencialismo (justo y necesario en ocasiones) se transmite también cuando se pronuncia que […] "en el caso corresponde, confirmar la sentencia apelada mediante la cual se concedió la ampliación de la medida cautelar anteriormente otorgada y se ordenó al Gobierno de la Ciudad que adoptara las medidas que estimara necesarias con el fin de garantizar –hasta tanto se resuelva la cuestión de fondo- el alojamiento de la actora y su grupo familiar, a través del pago necesario de una locación

---

[310] CS, 1996/12/17, "*B., R. E. c. Policía Federal s/ amparo*", Fallos: 319:3040.

[311] CS, 2000/10/24, "*Campodónico de Beviacqua Ana c/ Min. Salud – Sec. Programa de Salud y Bco. de Drogas Neoplásicas*", Fallos: 323:3235.

[312] CS, 2001/10/16, "*Monteserrín Marcelino c. Estado Nacional –M.S. y A.S.*", Fallos: 324:3571.

[313] cfr. Cámara de Apelaciones Contencioso, Administrativo y Tributario, 2009/06/03, "*V. C. L. c/ GCBA y otros s/ amparo*".

u otro medio adecuado al fin perseguido teniendo en consideración que se ha demostrado que el medio elegido por el Gobierno de la Ciudad para cumplir con la medida oportunamente dispuesta no resulta actualmente adecuada para solucionar la situación de emergencia habitacional de la familia amparista. En efecto, considerando que actualmente el subsidio primigeniamente otorgado por el Gobierno de la Ciudad a fin de cumplir con lo ordenado oportunamente ya no resulta suficiente para garantizar el acceso de los amparistas a una vivienda digna, la decisión recurrida no configura más que una medida tendiente a que se dé cabal cumplimiento a la tutela precautoria previamente dispuesta "([314]).

Estas modalidades de sentencias que resuelven desde el caso particular y se proyectan a casos análogos, encuentran expresiones parciales que tienen igual fuerza, como son las medidas cautelares.

Estas, para su despacho favorable, deben cumplir con los recaudos legales generalmente exigidos, los que en determinadas circunstancias bastan con la notoriedad del hecho alegado. Por ejemplo, ante una acción colectiva de prevención y protección contra el dengue, se resolvió en el ámbito específico del amparo como derecho a la tutela judicial rápida y expedita, que la cautelar debía obrar como un sistema normativo de respaldo a la lucha contra dicha enfermedad; de modo tal que se ordenó al Gobierno de la Ciudad que mediante los organismos competentes, arbitrase las medidas necesarias para erradicar el mosquito *Aedes Aegypti* transmisor del dengue, en las villas y asentamientos de la Ciudad de Bueno Aires a través de los mecanismos técnicos que sean necesarios ([315]).

Habitualmente la resistencia que sufre la aceptación de estas condenas difiere según la posibilidad de ejecución.

Un meditado estudio que tomamos como referencia informa que hay tres tipos de casos; 1) los *individuales,* que son generalmente de fácil implementación; 2) los casos *colectivos medianos,* que pueden acarrear algún grado de dificultad pero tienden a implementarse y; 3) los casos *colectivos estructurales,* que generalmente se enfrentan con niveles de dificultad superiores en el acatamiento ([316]). La diferencia la trazan en la complejidad del conflicto y en el número de afectados, ofreciendo explicaciones sobre resistencias y realidades que mueven al incumplimiento de las decisiones más abarcativas y de oneroso presupuesto.

Precisamente por esa falta de ejecución proponen que […] "como piso, serían necesarios jueces extraordinarios, preocupados por construir y reforzar su propia autoridad en el caso y que sean conscientes de que en el cumplimiento de sus decisiones está poniéndose en juego la propia autoridad y legitimidad del poder judicial. Se requiere su compromiso para lograr los resultados que sus sentencias pretenden y diseñar procedimientos que contemplen las necesidades de cada una de las situaciones que se enfrentan en cada uno de los casos. En nuestro sistema judicial, esto implica

---

[314] Cámara de Apelaciones Contencioso, Administrativo y Tributario, 2009/03/16, "*G. A. P. c/ GCBA*".

[315] Juzgado de Primera Instancia Nº 12 Contencioso, Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2009/04/28, "*Fundación Madres de Plaza de Mayo c/ GCCBA s/ amparo (Art. 14 CCABA*)".

[316] Sigal, Martín – Morales, Diego – Rossi, Julieta, *Algunas consideraciones iniciales sobre la implementación de sentencias de derechos sociales en Argentina*, ver: http://www.escr-net.org/usr_doc/Morales,_Sigal_y_Rossi_-_Argentina.pdf

jueces fuera de lo común. Si el juez es formalista ó se abraza al diseño perimido de los códigos de procedimientos vigentes que no han incorporado concepciones de acceso a la justicia acordes con la reforma constitucional de 1994, la implementación pierde posibilidades de prosperar. En estos casos, los jueces necesariamente deben instituir procedimientos ad-hoc, si bien permitidos dentro de su margen de acción, no necesariamente prescriptos y mucho menos, obligatorios. Los jueces, se encuentran frente a situaciones novedosas para la función judicial en las que se sienten inseguros respecto del curso de acción a adoptar y –en su mayoría- muestran una marcada resistencia a desarrollar una actividad intensa en un contexto de ausencia de regulación y ante procesos que rompen el paradigma de la actuación judicial tradicional. Esta actitud se profundiza en los jueces más conservadores quienes se sienten desorientados y reacios a experimentar y establecer mecanismos de su propia autoría que van contra los principios del derecho procesal histórico. Con el actual ordenamiento procesal, estos jueces sienten que cumplen con su función a pesar de hacer poco y nada para lograr la efectiva implementación de sus decisiones y actuar sólo a instancia de parte. Más aún, sienten que comportarse de otra manera iría contra los límites que vislumbran para la actuación del poder judicial" ([317]).

Es cierta la afirmación puesta al cierre, como lo es que las estructuras procesales que rigen en nuestro país no se amoldan a los requerimientos de grupos o entidades que pretenden soluciones colectivas, o decisiones singulares que persiguen del juez una función no prevista.

Con ello queremos expresar que las peticiones que quieren convertir al juez o tribunal en legislador de normas ausentes, o administrador de presupuestos inexistentes, socavan la tripartición del poder; y en modelos de jurisdicción constitucional concentrada, exceden la función de fiscales de la Norma Fundamental originariamente prevista.

8. El control de constitucionalidad y el exceso jurisdiccional

Si la cuestión se atiende desde la dogmática, pareciera que se renueva la polémica entre la norma y sus realidades, en el sentido que apuntó Carl Schmitt, que consideró irrelevante el poder que se le atribuye a la ley porque, en sus términos, todo era decisión.

Si la ley es decisión, como lo es también la Constitución, ambas se redactan con unas manos concretas que trasladan sus propias premisas políticas a la norma suprema y universal. En esa línea, la verdadera autoridad la ostenta quien es capaz de ejercerla en un estado de excepción, esto es, cuando no hay leyes; quien tiene el poder de imponer una nueva Constitución. La política no tiene, por tanto, nada de estático; nada de obediencia mecánica a un derecho que dispone de recursos para responder en todas las circunstancias, hacerse obedecer en todas las situaciones y determinar la manera en que se ha de ejercer la autoridad. El poder no nace de la norma, sino la norma del poder (algo ya anticipado por Hobbes en el *Leviatán*) ([318]).

---

[317] Ver nota anterior.

[318] Kelsen, Hans - Schmitt, Carl, *La Defensa de la Constitución*, (Carl Schmitt vs. Hans Kelsen), Tecnos, Madrid, 2009, ps. 176 y ss.

La teoría, como es sabido, no es nueva, porque anida en la visión de crear el derecho desde la nada; motivando la necesidad de cubrir la legislación ausente en la resolución de una causa justa.

Por supuesto que el positivismo resiste a ultranza esta posibilidad. Los estudios más modernos argumentan que […] "el modelo del mundo sin reglas no tiene nada que ver con la moral o la política; sino con la autonomía de la persona que se trata de organizar dentro de un cierto orden y con sujeción a ciertos parámetros normativos y éticos. Por ello, toda la idea jurídico – política de Schmitt pivota en torno a la idea de excepcionalidad. Pero la excepcionalidad no es más que la exasperación de lo que típicamente se llama una situación especial, lo que en el pensamiento alemán se ha denominado *Ernstfall* y que pudiera traducirse por caso serio o caso límite" ([319]).

En consecuencia, la sentencia que se justifica por ser necesaria en un caso difícil que la obliga a legislar, en realidad no resuelve el conflicto singular porque se proyecta con la jurisprudencia y su efecto expansivo a todo el orden jurídico.

Al respecto sostiene Laporta que […] "en la solución del *hard case* el decisor no está solo frente al caso concreto y toma una medida radicalmente original, sino que se encuentra rodeado de ciertas pautas normativas que pretenden regular el caso *ex ante* y, por tanto, predeterminar la decisión. Por eso, en este modelo se puede mantener rotundamente que se está dentro del universo del imperio del derecho. Estas pautas son los principios, y son, como digo, pautas normativas y vinculantes. Lo que ocurre es que no son reglas, sino otra cosa que se debe distinguir: esto es la distinción entre norma y regla […]" ([320]).

Tomando este rumbo toda solución para casos difíciles convierte en un riesgo la aventura de juzgar. En un proceso bilateral y contradictorio como el nuestro, cualquiera sea el pronunciamiento, siempre uno estará desconforme. Por eso, cuando la sentencia quiere extender sus efectos más allá del reducto de las partes, tiene que tener muy en claro si existe posibilidad de aceptación (cumplimiento) y, en su caso, cuando opera sobre lo incierto por inexistente (vacío legal, omisión inconstitucional, sentencias interpretativas, etc.), la cobertura reglamentaria desde la sentencia no puede tomarse como una contingencia del proceso.

En consecuencia la sentencia que legisla es pura voluntad, pero no tiene más valor que el que profiere el efecto expansivo de la cosa juzgada, esto es, para que las partes la cumplan; para que el grupo alcanzado por la incidencia colectiva requiera ser beneficiario del alcance dispuesto; o para que tenga un presupuesto de trabajo aquel que deba por sus competencias específicas, resolver en definitiva el déficit legal (el legislador si es la ley; el administrador si es un reglamento); pero jamás podrá significar que la sentencia sea creadora de leyes o reglamentos.

La discrecionalidad judicial no se tolera en el control de constitucionalidad, como es ajeno en su dinámica el voluntarismo creador o la parsimonia del tribunal que no urge o clama (de allí que solo aceptemos en este diseño, las sentencias exhortativas) por las reparaciones justas.

Ejemplos:

---

[319] Laporta, Francisco J., *El imperio de la ley. Una visión actual*, Trotta, Madrid, 2007, p. 123.

[320] Laporta, ob. cit., p. 123.

1) Si se inaugura un hospital desmantelado y sin equipos, los recursos humanos quedan inoperantes más allá de las atenciones básicas y de urgencia. No es función del juez ordenar la adquisición de insumos o la provisión de maquinarias, sino intimar para que ello se haga de mediar expresa petición de parte afectada (poderes conminatorios de la jurisdicción).

2) Si la Constitución establece entre las garantías el derecho a la protección de los derechos difusos, como el ambiente o el patrimonio cultural o artístico, no es función del juez reglamentar la omisión de la ley ausente; tan solo podrá advertir que es inconstitucional la omisión o la rémora legislativa.

3) Si la Constitución asigna derechos prestacionales (vivienda digna; estabilidad laboral; protección a la familia; seguros sociales, etc.) ellos no son más que derechos subjetivos públicos destinados a ser satisfechos por la ley o por la administración mediante gestión presupuestaria; no puede el juez convertir en un derecho exigible de tipo singular porque de hacerlo revierte la organización institucional ([321]).

4) Cuando se cuestiona una ley por inconstitucional, la declaración sobre ella debe versar únicamente sobre el llamado "conforme", más no tolerar excesos de la jurisdicción que menoscaben las competencias de los pares en el ejercicio del poder ([322])

9. Conclusiones

Las sentencias constitucionales no son legislativas pero argumentan en forma completa la visión de quien tiene como deber dar eficacia y practicidad al dogma

---

[321] Dice Hernández Valle: "En nuestro criterio, estas normas no otorgan a los administrados auténticos derechos subjetivos públicos, sino que se trata más bien de verdaderas normas de legislación o programáticas (Crisafulli) cuyos destinatarios son los órganos estatales, especialmente la Asamblea Legislativa. Tales normas establecen directrices de naturaleza política con el fin de que la acción de los gobernantes se canalice en el sentido de satisfacer, en la medida de las posibilidades económicas del Estado, tales pretensiones materiales de los ciudadanos, pues se considera que la efectiva satisfacción de esos intereses sustanciales propugna una sociedad más igualitaria y justa, que son dos de las finalidades esenciales que persigue el moderno Estado social y democrático de Derecho. El incumplimiento de tales directrices, ya sea por parte del legislador o de la Administración, no puede conceder a los ciudadanos derechos subjetivos para exigir que tales prestaciones se cumplan efectivamente, primero, porque nadie está obligado a lo imposible -ni siquiera el Estado-, y en segundo término, porque la estructura jurídica del derecho subjetivo consiste precisamente en un poder exigir una conducta o una prestación a la cual está obligada la otra parte. En este caso, la supuesta parte incumpliente -el Estado- no está obligada a la realización de ninguna prestación concreta, pues las normas de legislación respetan la discrecionalidad política del legislador, dado que ésta constituye la esencia del Parlamento en un sistema democrático de gobierno. A lo sumo, las directrices de legislación implican una prohibición para el Parlamento y la Administración pública de actuar en forma contraria al contenido de la directriz, pero nunca un mandato al legislador (Rubio Llorente) que sea vinculante y que, en consecuencia, tenga efectos jurídicos concretos en caso de que no sea actuado (Hernández Valle, Rubén, *La tipología de las sentencias constitucionales con efectos fiscales*, Revista española de Derecho Constitucional, nº 41 [mayo/agosto], 1994, p. 229).

[322] Una preocupación constante del Tribunal Constitucional español, según Gascón Abellán, es su empeño por separar rigurosamente los problemas de legalidad y de constitucionalidad, y esto al menos en dos sentidos. De un lado, el Tribunal recuerda que su función no es la de sustituir al Parlamento, que goza de una innegable libertad política; no es, por tanto, la de fijar la mejor interpretación de cada precepto constitucional, sino tan sólo la de eliminar aquellas que resulten intolerables, de manera que la validez de la ley ha de ser preservada cuando su texto no impide una interpretación adecuada a la Constitución (Gascón Abellán, Marina, *La justicia constitucional: Entre legislación y jurisdicción*, Revista Española de Derecho Constitucional, nº 41 [mayo/agosto], 1994, p. 67).

constitucional. El juicio de constitucionalidad justamente es eso: ceñir la norma al espacio de lo posible sin menoscabo a garantías y derechos fundamentales.

El discurso de la sentencia no equivale a la exposición de motivos de una ley; pero hace las veces de lector atento que señala y critica el uso equivocado o el fraude constitucional que puede llevar a la aplicación de la ley observada.

Es verdad que en los tipos de sentencias constitucionales, las que desentrañan y provienen del último intérprete de la Constitución (Cortes o Tribunal Constitucional) encuentran límites precisos entre sostener la validez de una cláusula o anular su aplicación; pero cuando esa decisión incide con generalidad y obligación a todos quienes deben utilizarla, la sentencia se convierte en *cuasi legislativa* y, así, la función de control se exagera al tomar partido por una lectura particular que no tiene debate parlamentario, aunque sea producto de un acuerdo judicial que pueda hacer las veces de ello.

En un sistema difuso donde no se aplique la jurisprudencia con valor de enlace obligatorio, la decisión es moralmente admisible y contribuye con el legislador dando pautas; de su lado, el efecto *erga omnes* de la sentencia del tribunal constitucional es una función consustancial que está muy cerca de legislar cuando a la norma se la complementa con disposiciones o reglamentos que se amparan en la necesidad de integrar y armonizar la interpretación.

Introducir nueva legislación merced a extender el contenido normativo del precepto a supuestos no previstos por el legislador, sólo parece admisible cuando se trate de sentencias a *rime obbligate*, según la expresión italiana, exigidas por el ordenamiento; es decir, cuando la atribución a un determinado grupo de las ventajas o beneficios previstos en el precepto presuntamente inconstitucional sea necesaria para la protección de un bien o valor constitucional y, además, sólo quepa un modo de realizarla ([323]).

En cambio, si la sentencia es solo una parte de la interpretación, y es factible tener alternativas u opciones, no debiera ser ella quien justifique la elección, aun cuando se fundamente en la supremacía constitucional.

---

[323] Gascón Abellán, ob,. cit., p. 73.

Capítulo XIV

EFICACIA, EJECUCIÓN Y CUMPLIMIENTO DE LA SENTENCIA CONSTITUCIONAL

1. Introducción

El significado de "sentencia constitucional", no es uniforme. Al menos en Latinoamérica el problema de definición surge de la diversidad de acciones judiciales que se ejercen sobre la Norma Fundamental. Hay procesos constitucionales que resuelven cuestiones de esa naturaleza; hay acciones de inconstitucionalidad que producen resultados normativos indirectos; hay omisiones del legislador que se pueden urgir con la función constitucional de los jueces; y así, en cada tiempo y espacio de estudio, es posible asentar un concepto, siempre vago e impreciso, sobre el alcance que tiene una sentencia constitucional.

En Europa la voz no tiene incertidumbre, porque al estar concentrada la función suele resultar coincidente el concepto que relaciona el órgano con la decisión, de manera que es sentencia constitucional la que proviene del Tribunal Constitucional.

El problema allí aparece cuando se observa que también "cualquier juez" tutela la supremacía de la Constitución, pudiendo con su actuación como Fiscal de la misma, culminar con una sentencia probablemente ubicada en el plano de las llamadas "sentencias constitucionales".

Asimismo, desde otra perspectiva, una sentencia será constitucional cuando el conflicto resuelto verse sobre "cuestiones fundamentales", siempre y cuando sean controversias normativas, antes que dilemas de hechos o actos lesivos específicos. De este modo, sería sentencia constitucional la que declara inconstitucional a una ley, mientras que no lo sería aquella que resuelve cuestiones de naturaleza privada.

Como se ve, el gran problema a remediar está en el contenido y efectos de la sentencia, si se tiene en cuenta para ello que, al ser el resultado que se obtiene de un conflicto normativo, antes que intersubjetivo, el decisorio termina el proceso interpretando o integrando el derecho constitucional que fuera puesto en análisis como consecuencia del "caso constitucional".

La sentencia de un Tribunal Constitucional, expone Nogueira Alcalá, más que un acto procesal que pone término a un conflicto jurídico, como ocurre con las sentencias de los tribunales ordinarios de justicia, es además una decisión con trascendencia política, ya que realiza una labor de interpretación de valores y principios y una actividad integradora del derecho ([324]).

---

[324]. Nogueira Alcalá, Humberto, *Consideraciones sobre las sentencias de los Tribunales Constitucionales y sus efectos en América del Sur*, ponencia presentada en las II Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal Constitucional, San José, Costa Rica, julio/2004. En esta línea explicita correctamente Bocanegra que "…el papel atribuido al Tribunal Constitucional sobre la norma fundamental y las cuestiones sobre las que tiene que pronunciarse, sin perder en absoluto su carácter jurídico, tiene inevitablemente una proyección y una trascendencia políticas, muchas veces de importancia decisiva, lo que sitúa al Tribunal Constitucional, aún cuando sus sentencias continúan

2. Sistemas del control de constitucionalidad

La importancia de las sentencias constitucionales se evidencia con singularidades en los distintos modelos previstos para el control de la supremacía de la Norma Fundamental. La variedad de fórmulas no conspira con el efecto buscado, sino más bien, articula la relación de la Constitución con los jueces y de aquélla con los particulares, en orden a las posibilidades reales de actuación que se confieren.

Por eso cada arquetipo tiene una impronta de legitimación que se puede instalar en la perfección del sistema normativo que tiende a la defensa de la legalidad (modelo francés), o a la resistencia a la norma inconstitucional; sea que ella se produzca en una situación concreta (por vía de principio, es la vigilancia que realiza el control difuso) o disperse la solución hacia todo el sistema (propio del modelo de control concentrado).

Vale decir, un sistema *político,* donde no hay jueces sino organismos especiales que trabajan antes de la sanción de las leyes, ejerciendo un control "a priori", de alcance general y sin otra relación que el análisis de la legalidad constitucional. Dando por supuesto que no hay sentencias, sino decisiones que no suponen una actividad jurisdiccional, propiamente dicha.

Y otro mecanismo, que es plenamente *jurisdiccional*, con variables en el ejercicio de la función. Por un lado está el esquema (americano) de la *judicial review*, por el cual se deja en manos de los jueces del Poder Judicial la tarea de interpretar y aplicar la ley en el caso concreto, respetando en sus sentencias el principio de la supremacía constitucional. Y por otra senda transita el modelo *Kelseniano* (europeo) que concentra la actividad de control de constitucionalidad en un órgano extraño de la administración de justicia (fuera de su estructura normativa) que se denomina Tribunal Constitucional.

Pero también aparece en América un tercer modelo, que instala dentro del Poder Judicial a jueces especializados que actuando, como Sala dentro del Tribunal Supremo, cómo Corte independiente, o aun situando en el máximo órgano de justicia nacional la función de controlar la constitucionalidad, decide que sea de un único organismo la palabra final sobre la interpretación constitucional, permitiendo el control difuso de los jueces comunes.

A grandes rasgos se dice que unos aplican la ley y otros la Constitución. Que uno trabaja sobre el caso concreto y el otro sobre la generalidad del conflicto. El tercer modelo genera una situación híbrida.

No obstante, entre jueces constitucionales y Tribunales Constitucionales no hay diferencias importantes. La función es la misma pero el sentido de *actividad jurisdiccional* puede ser puesto en duda, si nos detenemos en la naturaleza estricta de lo que significa tener jurisdicción.

Quienes observan conservadoramente el poder de la jurisdicción, sostienen que los jueces resuelven conflictos intersubjetivos, condición que no está en las cuestiones de constitucionalidad porque en éstas se trata, solamente, de interpretar lo que dice la Norma Fundamental frente a un acto que se muestra impreciso para ajustarse en ese

---

siendo pronunciamientos estrictamente jurídicos, en una posición principalmente distinta a la de los tribunales ordinarios" (Bocanegra Sierra, Raúl, *El valor de las sentencias del Tribunal Constitucional*, Instituto de Estudios de la Administración Local, Madrid, 1982).

molde ([325]). Para esta posición, si ambos resuelven controversias (comunes o constitucionales), la actuación es jurisdiccional.

En cambio, quienes apuntan hacia el "poder" que significa la función jurisdiccional, se oponen a darle tal carácter al desempeño de los tribunales constitucionales. La oposición se da en dos sentidos.

En el plano teórico, porque decir el derecho supone también señorío para ejecutar lo resuelto, y la sentencia constitucional, por vía de principio, declara pero no ejecuta. En el plano político porque si el tribunal no forma parte de ninguno de los tres poderes constituidos su naturaleza jurídica es incierta y hasta contradictoria con el principio de la división de funciones en el Poder.

Además, se corre el riesgo de que, a través de la interpretación, el poder convierta al Tribunal Constitucional en un órgano sustitutivo de la producción legislativa, convirtiendo al sistema en un legislador negativo, como lo había dicho Kelsen, pero en otro sentido.

2.1 Similitudes y diferencias

Pese a las diferencias, la doctrina encuentra una aproximación entre ambos sistemas jurisdiccionales, advirtiendo cómo algunos de los principios particulares de uno se trasladan o aplican en el otro sin mayores dificultades. Por ejemplo, la generalidad y abstracción del Tribunal Constitucional se abandona en Italia, donde la intervención deviene incidental y para resolver un caso concreto.

En España ([326]), inclusive, la posibilidad del amparo constitucional trae cierta ordinarización a la función de controlar la constitucionalidad de las leyes, al punto de

---

[325]. 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 (cfr. cita de Gozaíni, *Introducción al Derecho Procesal Constitucional*, cit., p. 85).

[326]. Sostiene Aragón Reyes que, a grandes rasgos, el modelo europeo de justicia constitucional actual esta muy alejado de la originaria construcción kelseniana de las dos jurisdicciones separadas. Advierte así, que la interpretación de la Constitución, y, su inevitable correlato, la interpretación constitucional de la ley, la realizan todos los órganos jurisdiccionales. Por ello, el Tribunal Constitucional (órgano que en el modelo europeo, ejerce la jurisdicción constitucional) no es, en cumplimiento de aquella tarea, el único intérprete, aunque sí el supremo. El sistema español de justicia constitucional pertenece a ese modelo, y en él se dan, en consecuencia, las características antes señaladas, acentuadas, además, por el hecho, muy relevante, de que el Tribunal Constitucional (como el alemán y, en cierta medida, el austriaco) también tiene atribuido el recurso de amparo. El carácter subsidiario de amparo, exigido por el sistema, pues la Constitución encomienda primariamente a la jurisdicción ordinaria (arts. 24.1, 53.1 y 53.2 CE) la tutela de los derechos fundamentales, origina, necesariamente, que en esa función de amparo el Tribunal Constitucional no sólo disfrute de la supremacía interpretativa que le es propia, sino, además, de una auténtica supremacía orgánica, en cuanto que puede anular decisiones de los jueces y tribunales ordinarios.

Es claro, pues, que en España la jurisdicción ordinaria participa en el ejercicio de la justicia constitucional. De un lado, en cuanto al control de constitucionalidad de la ley (y de las normas con fuerza de ley, incluyendo aquí también a los tratados), los jueces y tribunales pueden constatar la derogación por la Constitución de leyes anteriores (según ha reconocido, desde el principio, la

provocar ciertas fricciones entre las potestades del Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional.

Por su parte, el llamado "modelo Americano" queda circunscrito al sistema constitucional de Estados Unidos de América, Brasil ([327]) y Argentina, porque el resto de América, cada vez con más fuerza y decisión, se ha volcado a un esquema dual o paralelo, como dice García Belaúnde ([328]), en los cuales aparecen Tribunales Constitucionales de "última instancia", interrelacionados con el actuar difuso de la justicia común.

Vale decir, las distancias de otrora no son tan reales, y la aproximación entre los modelos ha traído ciertos bretes cuando desde los casos concretos se envían decisiones generales; o cuando a partir de una sentencia "erga omnes" se desconoce su eficacia por jurisprudencia contradictoria del Tribunal Supremo, entre otras desavenencias.

Inclusive, algunos países como Costa Rica, vieron más allá el problema y plantearon ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos la consulta para saber si los fallos de la Sala Constitucional, que tienen eficacia "erga omnes" podían afectar el sistema de jurisprudencia vinculante que tiene el Sistema Interamericano ([329]).

---

jurisprudencia constitucional), y asimismo controlar, no la inconstitucionalidad de la ley, pero sí su constitucionalidad, atribuyéndole a aquélla una interpretación constitucionalmente adecuada (art. 5.3 LOPJ); lo único que les está vedado es anular o inaplicar la ley por razón de su inconstitucionalidad, puesto que ello le está reservado en exclusiva al Tribunal Constitucional. En nuestro sistema, los jueces y tribunales están sometidos al imperio de la ley (art. 117.1 CE), por lo que no pueden inaplicar (y menos aún anular) la ley contraria a la Constitución, pero también están sometidos a la Constitución (art. 9.1 CE), por lo que no deben aplicar una ley que la vulnere, de donde se deriva que, en tales casos, precisamente por esa doble vinculación, deban proceder a plantear la cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional (art. 163 CE); de suerte que si un órgano judicial inaplica la ley, por considerarla inconstitucional, sin plantear la cuestión, no sólo estará incumpliendo el deber que le impone el art. 117.1 CE e invadiendo la competencia del Tribunal Constitucional establecida por los arts. 161.1. a) y 163 CE, sino también vulnerando el derecho a la tutela judicial efectiva garantizado por el art. 24.1 CE (SSTC 173/2002 y 58/2004) (Aragón Reyes, Manuel, *Relaciones Tribunal Constitucional – Tribunal Supremo*, Madrid, ps. 7/8).

[327] La Constitución de 1891 impuso el modelo americano, pero desde la reforma constitucional de 1988 existe un sistema mixto de control difuso y concentrado, con una clara tendencia de dejar el sistema de fiscalización en el segundo. Mientras cualquier juez o tribunal puede declarar la inconstitucionalidad de una norma, siendo de la competencia del Supremo Tribunal Federal conocer de tal causa mediante recurso extraordinario, a este mismo órgano jurisdiccional supremo compete conocer de la acción directa de inconstitucionalidad, lo que presupone, de modo inequívoco, un control concentrado que se sobrepone al control difuso (Fernández Segado, Francisco, *La Justicia Constitucional ante el siglo XXI: la progresiva convergencia de los sistemas americano y europeo-kelseniano,* Instituto de Investigaciones Jurídicas – UNAM, México, 2004, p. 126).

[328]. García Belaúnde, Domingo, *La jurisdicción constitucional y el modelo dual o paralelo*, en Revista La Ley, 1998-F, 1175 y ss.

[329]. El art. 13 de la Ley de Jurisdicción Constitucional establece el efecto "erga omnes" de los precedentes de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, extensión aplicable a toda la justicia local salvo para ella misma. La Corte Interamericana (10 de mayo de 2005) manifestó: […] 13. Que el Estado somete la solicitud de consulta con el propósito de conocer el criterio de esta Corte acerca de decisiones y normas internas, antes de aplicarlas en los asuntos que se encuentran pendientes ante el órgano administrativo superior de la Asamblea Legislativa. Si bien dichos asuntos no han sido sometidos ante el sistema interamericano dentro del mecanismo de peticiones individuales, la Corte entiende que una respuesta a las preguntas de Costa Rica podría resultar en un pronunciamiento indirecto, por la vía de opinión consultiva, de asuntos litigiosos aún no resueltos a nivel interno ni sometidos a consideración de la Comisión o de la Corte. En este sentido, el propio Estado señala dentro de los motivos para presentar esta solicitud que subsiste una duda "por parte de los afectados con la aplicación de [la norma bajo consulta], en relación a la posible contradicción de

2.2 La función en ambos sistemas

La diferencia, en definitiva, siguiendo el pensamiento de Tur Ausina que reproduce a Peña Freire, puede estar en la concepción continental del siglo XIX sobre una judicatura de simple gestión, frente a un poder judicial orientado a la función de garantía de las libertades, perfectamente asumido este último modelo en la tradición inglesa y en Estados Unidos, y efectivamente incorporada al continente en pleno siglo XX, con la implantación del Estado Constitucional ([330]).

Asimismo, como muchas veces se relaciona el tratamiento de los derechos humanos con las sentencias constitucionales, quienes tienen jurisdicción especializada han sostenido que el Tribunal Constitucional no es el último intérprete y por tanto instalan en sus normas Fundamentales una línea de revisión supranacional, conocido como "control de convencionalidad" ([331]).

En consecuencia, las características tradicionales que tienen ambos mecanismos hoy provocan cierta desconfianza que se muestra, especialmente, en la eficacia que de las sentencias constitucionales se espera, y en los resultados que con ellas se obtiene.

3. El Poder constituyente del Tribunal Constitucional

El poder del Tribunal Constitucional, que de alguna manera es superior al de la propia estructura democrática de la toma de decisiones, se ha tratado de justificar desde sus comienzos, cuando Kelsen advirtió que la democracia era un compromiso de todos, de manera que el Tribunal Constitucional no cumplía una función anti-mayoritaria. Fue Habermas quien resolvió el quid como una cuestión de democracia deliberativa y procedimental, destacando así el papel del Tribunal Constitucional como un órgano que permitía el diálogo directo con el legislador.

Con esta argumentación se procuró explicar el alejamiento de los jueces comunes de las cuestiones constitucionales, quizás pensando que la eventual aparición de normas inconstitucionales no podía ser resuelta por quienes no contaban con el apoyo de la legalidad proveniente de la democracia representativa. En su lugar se puso énfasis en una justicia especial que actuaría como estado de conciencia.

ésta con los instrumentos de derechos humanos". Así, la solicitud de consulta *sub examine* presenta una de aquellas situaciones en las cuales podría desvirtuarse la jurisdicción contenciosa y verse los procesos internos *pendente lite* desprovistos de sus efectos *vis-à-vis* el mecanismo interamericano de protección de derechos humanos. En el supuesto de que estos procesos internos no produzcan los resultados esperados por esos "posibles afectados", uno de los mecanismos que tendrían a su disposición sería el procedimiento contencioso y no el proceso consultivo. El procedimiento contencioso es, por definición, una oportunidad en la que los asuntos son discutidos y confrontados de una manera mucho más directa que en el proceso consultivo. De adoptarse la opinión solicitada, se desvirtuaría el propósito y contenido de la función consultiva con que ha sido investido este Tribunal por el artículo 64.2 de la Convención.

[330]. Tur Ausina, Rosario, *Garantías de derechos y jurisdicción constitucional,* Tirant Lo Blanch, Valencia, 2008, ps. 51/2.

[331]. La Constitución Peruana de 1993, contempla dicha situación, en su artículo 205: Agotada la jurisdicción interna, quién se considere lesionado en los derechos que la Constitución reconoce puede recurrir a los tribunales u organismos internacionales constituidos según tratados o convenios en que Perú es parte.

Implícitamente, la naturaleza del control de constitucionalidad se divide en una cuestión de confianza hacia todos los jueces, para restringir la palabra final en solo un organismo. Esta razón se proyecta también al tipo de sentencias constitucionales que los jueces imparten, sobre todo las anotadas como “aditivas” o “manipulativas” que, aun sin quererlo (¿o sí?) convierten al Tribunal Constitucional en un legislador con más fuerza y poder que el propio Parlamento, al que no solo condiciona con el fallo, sino que lo inhibe hacia el futuro; como asimismo lo consigue respecto al poder administrador que debe seguir la línea impuesta; y al mismo Poder Judicial que se encuentra vinculado por la eficacia y extensión de la sentencia ([332]).

Por eso la influencia del Tribunal Constitucional es predominantemente objetiva; no se detiene en cuestiones concretas porque no es esa su misión, sino en la depuración del sistema normativo fundamental en general. No trabaja sobre derechos subjetivos, por vía de principio, porque su labor primera es la eficacia de las libertades.

Dicho en otros términos, es el paso de la justicia constitucional de la libertad tras la clásica justicia constitucional de la ley.

4. El Juez del sistema difuso

La sentencia pronunciada por la Corte Suprema de EEUU en el famoso caso "*Marbury vs. Madison"* (1803) afirmó que si una ley resulta contraría a la Constitución, o se encuentra en conflicto con la constitucional, al punto de tener que desestimar una u otra, era deber de ese cuerpo superior de justicia determinar el derecho aplicable, por ser una función esencial del poder de la jurisdicción.

De este modo, sin crear ninguna justicia especializada, permitió a todos los jueces concretar en cada proceso la fiscalización de la supremacía de la norma

---

[332]. Afirma Tania Groppi que la difícil legitimación de la justicia constitucional es evidente también en la experiencia italiana. No obstante la general aceptación y aprecio del funcionamiento de la Corte Constitucional, no son infrecuentes las críticas a veces bastante ásperas sobre sus sentencias, emitidas en nombre de la democracia mayoritaria. Más allá de las palabras, un síntoma de estas dificultades está constituido por los varios proyectos de reforma constitucional dirigidos a incidir en las funciones y la composición de la corte. Entre ellos, uno ha llegado a buen fin: la ley constitucional número 2 de 1967 ha reducido la duración en el cargo de los componentes de la corte de 12 a 9 años y ha introducido la prohibición expresa de *prorrogatio* de sus miembros, tumbando así la orientación asumida por la corte, que había por el contrario reconocido, en su propio reglamento, aplicable la institución a los jueces constitucionales. Otros proyectos de reforma, por el contrario, no han completado su iter, pero son de todas formas significativos: por ejemplo el elaborado en el 2001 por el ministro para las reformas constitucionales Bossi, dirigido a atribuir a sujetos políticos (Parlamento y regiones), por mayoría, el nombramiento de nueve de los quince jueces de la corte (en lugar de los cinco electos actualmente por el Parlamento, por mayoría calificada), o bien el presentado en 1998 como consecuencia de una intervención aditiva de la corte en materia de pruebas penales (sentencia número 361 de 1998), dirigido a impedir a la Corte Constitucional la adopción, en el futuro, de sentencias con carácter manipulativo. Además, como síntoma de la misma dificultad podría aducirse el hecho de que en 1999, por primera vez, el Parlamento italiano ha desatendido una sentencia de la Corte Constitucional, aunque fuera recurriendo a un instrumento normativo apropiado, como lo es la reforma constitucional. La ley constitucional número 2 de 1999 constituye un ejemplo de la utilización, por parte del Parlamento, de ese "derecho a la última palabra" que representa en verdad el último recurso de la política: en otros términos, de una reforma constitucional hecha "contra" la Corte Constitucional (Groppi, Tania, *¿Hacia una justicia constitucional "ductil"? Tendencias recientes de las relaciones entre Corte Constitucional y Jueces comunes en la experiencia italiana*, Boletín Mexicano de Derecho Comparado, 107, Instituto de Investigaciones Jurídicas – UNAM, México, passim).

fundamental. La característica común de ellos es que activan un control "*a posteriori*", a diferencia del control *a priori* o preventivo que permiten otros modelos.

La función del juez en este mecanismo depende de sus decisiones, porque puede ser prudente y precavido eludiendo el compromiso de interpretar la ley con argumentos posibles como la ausencia de petición expresa, las cuestiones políticas, o directamente aplicar la política de la autorrestricción. O, en su caso, propiciar el activismo responsable y tomar entre sus funciones esenciales el desarrollo de la interpretación constitucional.

Aquí poco se puede agregar, porque como advierte Peter Häberle, […] "hay fases y sentencias particulares en las que un tribunal constitucional nacional o europeo interviene ampliamente en el espacio político (se hallan ejemplos tanto en los EE.UU. como en Alemania); hay fases en las que uno de ellos, por ejemplo el Tribunal Constitucional alemán, quizás también bajo la presión de la ciencia, se retracta algo (por ejemplo, respecto de la libertad de reunión) o debería hacerlo (por ejemplo, la relación de la libertad de opinión respecto de la protección del honor). Mucho hay que agradecer aquí al tacto y delicadeza, a la sensibilidad política del juez constitucional, pero también a las necesidades del bien común y a los postulados de la justicia (lo último, por ejemplo, justifica las grandes decisiones fiscales del Tribunal Constitucional alemán: porque el Parlamento ha fallado a lo largo de décadas)" ([333]).

Vincular esta forma de actuación con las sentencias pronunciadas, muestra actividades con origen diverso, en la medida que la petición de control se puede plantear en un proceso directamente por el interesado (*control directo, o por vía de acción*); o bien plantearse la inconstitucionalidad dentro de una instancia abierta cual si fuera una excepción o defensa; o bien introducir el problema constitucional como un deber del oficio, sin que las partes lo pidan, permitiendo una declaración de inaplicabilidad (efecto individual válido sólo entre partes litigantes), o de inconstitucionalidad *(*efecto *erga omnes),* esto es, aplicable a todos a quienes la norma va dirigida.

Ahora bien, el sistema difuso amplía las potestades de intervención e interpretación hacia todos los jueces, pero hay que tener mucho cuidado para entenderlo como "sistema americano", en la medida que Latinoamérica no tiene el esquema procesal de Estados Unidos.

Es cierto que en toda América priva la doctrina de la *confianza en los jueces* con todo lo que ello implica y trasciende al sentido de poder controlar la constitucionalidad de las leyes; pero en el "*common law*" se presta suma atención a la confiabilidad y honorabilidad de sus jueces, y por eso es tan importante la primera instancia, en lugar de los tribunales de apelaciones del "*civil law"* que se distinguen por la formación de la jurisprudencia o doctrina judicial.

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

---

[333] Häberle, Peter, *La jurisdicción constitucional en la fase actual de desarrollo del Estado Constitucional*, en "Estudios sobre la jurisdicción constitucional (con especial referencia al Tribunal Constitucional alemán)", por Konrad Hesse y Peter Häberle, Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional nº 3, Porrúa, México, 2005, ps. 145/6.

Ahora bien, si nuestra idea latinoamericana tiene origen o pretende asentarse sobre el modelo anglosajón, habrá que señalar que no es el sistema procesal dispuesto en nuestros códigos.

En efecto, Latinoamérica ha confundido el esquema y por tanto los serpenteos son recurrentes. Utilizó el espacio de la "confianza en los jueces" para sostener que el sistema americano era difuso, cuando en los hechos la práctica siguió a la Ley de Enjuiciamiento Civil española, que es uno de los modelos más claros de la obligación judicial de aplicar la ley sin poder interpretarla. Dicho en forma contundente: la misión del Juez solo fue aplicar la ley, jamás interpretarla, sencillamente porque allí se desconfiaba de ellos.

Pero como no fue ésta la idea americana, mucho tiempo llevó darnos cuenta que el pretendido sistema, con insistencia preocupante, declinaba sus objetivos: *confiamos en los jueces, sí; pero la herramienta (procedimiento) fue un obstáculo permanente para hacer realidad la esperanza dispuesta para creer que la justicia sea un Poder, y no un simple ejercicio de administración.*

De ahí la perplejidad que muestra con claridad que no existe un sistema americano, o al menos, latinoamericano.

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

Con ello queremos anticipar que los requisitos comunes que se encuentran para requerir el control de constitucionalidad, o en su caso, para actuarlo de oficio, pueden ser absolutamente desiguales. Valga como ejemplo el valor del precedente, que en el *common law* es jurisprudencia vinculante; mientras que en el *civil law* heredado de Europa admite una revisión constante que actúa jerárquicamente hasta llegar al más alto tribunal de justicia, el que en definitiva, se convierte en el último bastión del control de constitucionalidad.

5. El Juez legislador

Otra inquietud que plantea la eficacia de las sentencias constitucionales es la supuesta conversión del Juez en legislador; tema ampliamente controvertido en la conocida polémica entre Kelsen y Carl Schmitt.

La expresión "gobierno de los jueces" fue introducida en Francia por Eduardo Lambert, quien la hace figurar en el título mismo de su obra (1921). Él califica de ese modo el papel de la Corte Suprema de los Estados Unidos. La fórmula se utiliza en nuestros días, generalmente, con una connotación peyorativa, cada vez que se desea criticar el poder excesivo de los jueces, particularmente, aunque no de manera exclusiva, tratándose de las cortes constitucionales.

Existe en Estados Unidos una expresión equivalente: *Government by the Judiciary*, pero su uso es mucho menos extendido; lo que se explica porque en el contexto del *common law* no es sorprendente que los jueces creen derecho y, por ello, constituyan una parte del gobierno; mientras que en Europa, la función del Juez no

constituye un poder, porque consiste en obtener la conclusión de un silogismo, del cual la ley es la premisa mayor y el hecho la menor.

Por eso, suele preguntarse: ¿realmente la distinción entre control sobre disposiciones y control sobre normas es realmente lo más importante? ¿O más bien la circunstancia de que el control opere sobre un texto normativo antes que sobre la disposición aplicada (la norma) influye más que la extensión y la fuerza (o valor o "rango") de las normas objeto (o parámetro) del control? ¿Tal diferenciación es, sobre todo, más importante a efectos clasificatorios del hecho que se controlen competencias de entes y de órganos, o más bien (o también) lesiones de situaciones jurídicas de los ciudadanos?

La respuesta podría ser afirmativa –sostiene Pegoraro ([334])-, pero asumir tales elementos como criterio único y exclusivo de diferenciación parece limitativo, y útil tan sólo para esbozar en sus grandes líneas la tipología (siempre más rica) del control de constitucionalidad.

En realidad la coincidencia de los modelos encuentra una sutil pero trascendente distancia cuando se observa el rol del juez en la actividad del control constitucional. Es cierto que ni en Europa ni en Estados Unidos hay una jurisdicción que divida el campo de los casos donde la cuestión versa sobre el principio de legalidad (fiscalización sobre las leyes) y aquél que corresponde, estrictamente, al juicio de constitucionalidad; en los hechos, es el Juez o el Tribunal Constitucional quien practica ambas actividades.

De este modo, la división teórica que elaboró Kelsen se ha difuminado, permitiendo que desde los procesos de amparo, o a partir de los planteos incidentales, se pierda la resolución "*in abstracto*" que debía pronunciarse hacia la generalidad; para solucionar desde el caso particular con alcances "erga omnes".

En suma, el Tribunal Constitucional se aproxima al juez del sistema americano, hasta con la eficacia de la cosa juzgada que en ambos casos les permiten anular decisiones de jueces y tribunales ordinarios.

6. Impacto de las sentencias constitucionales en la actividad jurisdiccional

Si bien vamos a referir más adelante al modo como impactan las sentencias constitucionales en el ordenamiento jurídico, en este acápite queremos mostrar otra manera de influir en los jueces el desempeño en una materia de tanto compromiso institucional.

A estos fines, la diferencia de obrar en uno u otro sistema no es baladí, pues si bien es cierto que entre los poderes jurisdiccionales del magistrado europeo respecto del americano, hay diferencias en orden a la actividad, ellas no son esenciales, pero indican un punto de partida político desigual.

La tarea condiciona la naturaleza de los actos que dinamizan la función, porque mientras unos saben que su señorío se acota al tipo de procedimiento donde actúan (v.gr.: jurisdicción administrativa; jurisdicción ordinaria; justicia constitucional, etc.), otros confunden de modo permanente las potestades, al tener que actuar

---

[334]. Pegoraro, Lucio, *Clasificaciones y modelos de justicia constitucional en la dinámica de los ordenamientos*, en Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional –Proceso y Constitución-, nº 2, julio/diciembre 2004, Porrúa, México, ps. 131 y ss.

simultáneamente, como fiscales del obrar de gobierno y como órganos destinados a preservar la supremacía de la Constitución y demás normas fundamentales.

Con ello, la sutil diferencia entre ser tribunales que administran justicia respecto a quienes ejercen un poder judicial, no parece superficial, pese a la generalidad del aserto.

Sin embargo, tal como se anticipó, también es cierto que los modelos han variado en el curso de tiempo, siendo posible aceptar a través de los índices estadísticos de confiabilidad en la justicia, que la *desconfianza* Europea torna hacia un respaldo mayor, donde las potestades jurisdiccionales aumentan pese a que se contienen en los límites de la división por competencias; mientras que los jueces americanos son genéricamente presa de severas críticas por su falta de independencia e imparcialidad, que ha tornado el sistema de la *confianza* en un espejismo absoluto.

De este modo, la función constitucional de los jueces puede tener respuestas significativas en orden a lo que de ellos se espera. Una justicia poco comprometida con la función puede amparar con su conducta la inconstitucionalidad manifiesta del Estado; o bien, expresar argumentos en favor de ella tornando el control en una suerte de resguardo de la ilegitimidad ([335]).

Se revierte la función constitucional cuando se pierde independencia para actuar sin presiones ni influencias, directas o indirectas; objetivas o subjetivas.

Con esta perspectiva no se trata de afirmar que 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). Sino de lo que se trata es de garantizar la idoneidad del juez, con lo cual se promete una actividad justa, igualitaria y equitativa ([336]).

---

[335] Dice Brewer Carías que la interpretación que ha realizado la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela es falsa respecto a la posibilidad que sea solo ella quien tenga la exclusividad del ejercicio de la jurisdicción constitucional. El monopolio interpretativo, en todo caso, permite asignar carácter vinculante y de seguimiento obligatorio, tanto para las demás Salas del Tribunal Supremo como para el resto de los tribunales de la República; pero de allí a derivar de la interpretación una auténtica norma legal, es un procedimiento inaceptable. En efecto, dice el profesor venezolano […] "la interpretación judicial de una norma no es otra cosa que la cooperación intelectual del juez que tiene por objeto indagar sobre el significado, sentido, alcance, fin o valor de la norma general y abstracta que está contenida en la Constitución, en las leyes y en otros actos estatales normativos. Esa función, por supuesto, también corresponde a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo, la cual al interpretar la Constitución, sin embargo, no puede crear nuevas normas legales… En su labor de interpretar la Constitución, es evidente que la Sala Constitucional no puede sustituirse en el pueblo, es decir, no puede crear nuevas normas constitucionales no previstas en el Texto o que no resulten de la integración de sus normas, ni puede modificarlas, estableciendo, por ejemplo, excepciones no previstas en ellas; así como tampoco puede dictar normas legales o modificar o reformar las que estén contenidas en las leyes sancionadas por la Asamblea Nacional" (Brewer Carías, Allan R., *La Justicia Constitucional. Procesos y Procedimientos Constitucionales,* Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional nº 20, Porrúa, México, 2007, ps. 408 y 410/11).

[336] 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 (Cfr. Gozaíni, Osvaldo Alfredo, *Garantías, Principios y Reglas del proceso,* Rubinzal, en prensa).

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.

Esta cuestión que en el modelo difuso tiene incidencia inmediata, se refleja también en los sistemas donde la doctrina del precedente, o la exclusividad de la función de control gravitan en los demás con sus decisiones.

El asunto 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 trivial, 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 se han transformado.

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.

7. La función política de la sentencia constitucional

En cualquiera de los modelos informados, no hay lugar a dudas respecto de la función política que tienen las sentencias constitucionales. No importa que ellas se dicten para un caso concreto sin extensión de la decisión a otros que no hayan sido partes; ni que el pronunciamiento se expanda hacia todos; o que constituya una suerte de exhortación o mensaje a los demás poderes para que actúen en un sentido determinado.

Cada vez que se emite una sentencia constitucional surge una lectura crítica que instala al fallo en la conciencia de la ciudadanía, convirtiendo a la decisión en un factor sobresaliente del proceso político ([337]). De allí la importancia trascendental que tiene el

---

[337] Häberle, Peter, *El Tribunal Constitucional como Tribunal Político*, en "Estudios sobre la jurisdicción constitucional (con especial referencia al Tribunal Constitucional alemán)", por Konrad Hesse y Peter Häberle, Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional nº 3, Porrúa, México, 2005, p. 92.

sistema de designación de los jueces constitucionales, sin importar el ordenamiento jurídico donde vayan a intervenir.

Es cierto que la función de garante de la eficacia constitucional de las sentencias obliga a jueces y tribunales a obrar con suma prudencia, al punto de ser de notable relevancia el arte de desplazarse entre el "activismo judicial" (*judicial activism*) y la "autorrestricción" (*judicial restraint*); pero también lo es que el control de constitucionalidad no admite resignaciones inoportunas o desplazamientos acordados para beneficios particulares; hay un factor implícito en las sentencias constitucionales que diseña la relación apropiada entre la Norma Fundamental y los derechos en ejecución, impidiendo que estos se sobrepongan a los de máxima cobertura.

Si el primer objetivo de la Constitución es durar en el tiempo, por añadidura también debe ser respetada ([338]), lo que significa evitar que con o desde las sentencias se cambie el sentido final de sus disposiciones.

La sentencia es un acto en el cual se reúnen circunstancias políticas, realidades jurídicas y evidentes necesidades de interpretación fundadas en la hermenéutica constitucional ([339]); características que inciden en la lectura realizada.

Ya no se trata de considerar únicamente las llamadas sentencias interpretativas, esto es, que resuelven y solucionan el conflicto constitucional acordando una "interpretación conforme" a la Norma Fundamental; sino de observar el impacto que tienen en la sociedad y en el Estado, la resolución de otras controversias constitucionales, como las de naturaleza electoral, o las polémicas entre competencias especiales, regionales o de similar registro, entre otras ([340]).

8. Modelos de sentencia según la finalidad.

---

[338] García Belaúnde, Domingo, *La interpretación constitucional como problema*, en "Derecho Procesal Constitucional", AAVV, Tomo IV, coordinado por Eduardo Ferrer Mac Gregor, Porrúa, México, 2003 (4ª ed.), p. 3425.

[339] Bien dice Sagüés que, […] "hay que tener en cuenta las consecuencias que tendrá un fallo. Esto no significa que el control de constitucional debe tener siempre como meta los resultados y obrar en función de estos. Por el contrario, la tarea interpretadora debe ser apreciada y desarrollada en sí misma, sin interesar los resultados, pero es indudable que no debe ignorarlos, e incorporar previsiones futuras al momento de resolver, no como dato definitivo, sino como uno entre los muchos existentes para llegar a una solución" (Sagüés, Néstor Pedro, *Control judicial de constitucionalidad: legalidad vs. previsibilidad*, Anuario Jurídico, Lima, nº 1 octubre, 1991, passim).

[340] De un examen conjunto de estas sentencias se puede señalar que son dos los atribuciones esenciales de los Tribunales Constitucionales: por una parte, la decisión sobre las controversias entre las facultades y atribuciones de los diversos órganos del poder del Estado, así como los de carácter central con los regionales o federativos, que entrarían dentro del sector que calificó Mauro Cappelletti como *jurisdicción constitucional orgánica*, la que se traduce, cuando se impugnan normas legislativas, en la declaración general de inconstitucionalidad o de la interpretación conforme. En segundo término, y esta facultad se ha convertido en predominante en la actualidad, en la protección de los derechos humanos establecidos tanto en el ámbito interno como los consagrados en los instrumentos internacionales sobre esta materia, aspecto que estaría comprendido dentro de la categoría que el mismo notable jurista italiano denominó *jurisdicción constitucional de la libertad*, la cual abarca también el importante sector de la *jurisdicción constitucional transnacional* (Cfr. Fix Zamudio, Héctor, *Lineamientos esenciales de la interpretación constitucional*, en "Derecho Procesal Constitucional", AAVV, Tomo IV, coordinado por Eduardo Ferrer Mac Gregor, Porrúa, México, 2003 (4ª ed.), p. 3392.

Las sentencias del proceso constitucional definen, como en tantos otros juicios, la admisión o la denegatoria de las pretensiones que se debatieron en los autos. Cuando se trata de cuestiones abstractas de inconstitucionalidad, la solución no dirime un conflicto entre partes, ocasionando una particularidad que se deriva del carácter no contencioso del procedimiento.

Esta característica polariza las opiniones doctrinarias que pendulan entre aceptar la "naturaleza dispositiva" de los fallos; o reconocer que su único efecto es meramente declarativo sin posibilidad de ejecución por sus medios.

De todos modos, el modelo donde opera el control determina las posibilidades que encuentra el magistrado, pues el perímetro que dibuja el sistema difuso circunscribe la sentencia con efectos *res inter alios acta*, y sin extensión a terceros de la cosa juzgada; mientras que en los sistemas concentrados la generalidad potencia el interés y la *res judicata* adquiere efectos *erga omnes*.

Inclusive, el valor del pronunciamiento difiere, al ser obligatorio en una (jurisdicción concentrada, y el *stare decisis* de Estados Unidos) y suasorio en otros (sistema jurisdiccional difuso de Argentina, por ejemplo).

Ahora bien, el juez constitucional realiza básicamente una función de inteligencia normativa, dando a los preceptos fundamentales una lectura y escala axiológica que se confronta con las disposiciones cuestionadas a efectos de advertir su admisión y operatividad. De suyo, es posible que la deficiencia técnica o legislativa, obligue a tareas de integración, donde se cubran los vacíos legislativos; o bien, se disponga una comprensión del texto a modo de sentencia creadora de las omisiones que generan la inconstitucionalidad por ausencia de texto expreso necesario.

Tantas probabilidades señalan la necesidad de clasificar las sentencias, las que reflejan a través de los efectos que producen.

8.1 Sentencias que admiten la inconstitucionalidad

Una vez comprobada la falencia constitucional, el juez o tribunal puede:

-*declarar la inconstitucionalidad de la norma,* o bien...

-*otorgar un plazo determinado al legislador para que provoque las reformas sugeridas con la finalidad de evitar la permanencia en el texto de preceptos incompatibles con la norma superior*.

En el primer caso (inconstitucionalidad simple), la ilegalidad puede comprender a todo el texto analizado (inconstitucionalidad absoluta o plena), o centrarse en aspectos de la regulación (inconstitucionalidad parcial).

Los efectos difieren, pues mientras la ilegitimidad total evita que la norma se aplique (al caso concreto, o para todos los casos, conforme el modelo de revisión constitucional); en la nulidad parcial se permite la validez del resto.

En el segundo caso, la apertura de un plazo de corrección constitucional, es un modelo atípico que encuentra su factibilidad en el sistema político legislativo donde vaya inserto.

La idea principal consiste en dar una técnica tendiente a evitar que se califique al juez constitucional de legislador negativo, brindando al órgano legislativo la

oportunidad de enmienda, dentro de un plazo prudencial, bajo apercibimiento de nulificarse la ley si transcurrido ese plazo no se procede en consecuencia.

El primer modelo interrumpe inmediatamente la vigencia normativa; el segundo, suspende condicionalmente.

8.2 Sentencias que interpretan el texto constitucional

Dentro del marco de las sentencias que admiten la inconstitucionalidad, se encuentran aquellas que proyectan su eficacia a las disposiciones que se conectan con la norma declarada ilegítima.

Aquí la apertura también es doble. Por un lado, la inconstitucionalidad se da cuando el texto se interpreta fuera del contexto dispuesto y obliga a declarar su aplicación errónea; y por otro, cuando el contenido o la norma resultan viciados por los efectos que genera.

En ambos casos, son cuestiones de interpretación que deben analizarse al concierto del sistema de lectura y comprensión normativa que el tribunal o magistrado aplique. Por eso, suele ocurrir que la sentencia, más que declarar la inconstitucionalidad, advierta sobre la errónea interpretación, o la indebida aplicación de ella.

La dificultad de este sistema reside en la excesiva discrecionalidad que admite, la cual puede conducir a situaciones ambivalentes, o elevar el criterio de la supremacía a límites inasibles.

8.3 Sentencias que integran el vacío constitucional

También la inconstitucionalidad puede declararse por omisión de obrar legislativo, que nos lleva al vacío constitucional que cercena los derechos y garantías del conjunto o de las individualidades. El quid no cifra aquí en lo que "se dice", sino en la ausencia, en lo que se calla o dilata en demasía socavando la expectativa lógica de quien requiere ese derecho.

Este modelo lo tienen las actuales constituciones provinciales de Río Negro y Tucumán. También, de manera expresa, la Constitución de Portugal cuyo artículo 283 especifica que el Tribunal Constitucional aprecia y verifica el incumplimiento de la Constitución por omisión de medidas legislativas necesarias para tornar realizables a las normas constitucionales, y, en su caso, ante la comprobación, ha de comunicar la existencia de la inconstitucionalidad por omisión al órgano legislativo competente.

La sentencia no dispone crear la norma faltante; simplemente denuncia la laguna normativa, aunque por las características del fallo, puede asegurarse que se trata de una verdadera norma individual dictada para el caso donde el problema se plantea.

Suelen denominarse *sentencias exhortativas* pues demandan a otros poderes de gobierno la asunción de actitudes que la justicia no puede realizar.

Otra modalidad de estas sentencias son las nominadas como *aditivas*, es decir, cuando una determinada normativa no establece entre sus disposiciones transitorias un régimen de excepción para aquellas personas que, a su entrada en vigencia, tenían derechos adquiridos o situaciones jurídicas consolidadas al amparo de la legislación precedente.

Queda por aclarar que el concepto de sentencia "aditiva" se toma de la idea de enriquecimiento al texto que consigue la sentencia con sus argumentos.

8.4 Sentencias sustitutivas

En estos casos existen alternativas disímiles, según la declaración de inconstitucionalidad sea parcial o absoluta.

Cuando es en el primer sentido, se produce una "integración" o "sustitución" normativa, que completa el texto cuestionado con frases o adiciones necesarias para su cabal interpretación.

En igual dirección, pueden eliminarse párrafos, términos o enunciados que confundan el sentido axiológico o teleológico de la disposición.

Como se advierte, no estamos ante una declaración de invalidez parcial, sino de una "*manipulación*" judicial con el alcance y definición de un conjunto preceptivo.

Por eso, suelen llamarse *sentencias manipulativas* a este modelo de pronunciamientos, cuya característica principal consiste en el interpretativismo que de las palabras se hace, tomando las que son útiles y descartando las que no llevan a la finalidad buscada.

Por lo común, tienen efectos *erga omnes lo* cual supone dotarlas de cierta normatividad peligrosa.

Una proyección del sistema estriba cuando la sentencia deroga virtualmente las normas impugnadas, poniendo en su lugar las que estaban vigentes con anterioridad.

Este proceder va acompañado de una rogatoria al órgano legislativo para que rápidamente provoque el cambio previsto y, en consecuencia, consagre el nuevo orden legal requerido.

8.5 Sentencias denegatorias

Como se indica por sus términos son aquellas sentencias que deniegan la impugnación de inconstitucionalidad, a cuyo fin se basan en argumentos tomados del modelo de interpretación aplicado, o bien, recurriendo a los precedentes que condicionan la libre valoración (*stare decisis*).

No obstante, la negativa puede hallar facetas distintas si el criterio obstativo nada dice y se remite a declarar la validez normativa; o bien, incurre en apreciaciones que interpretan la cuestión dándole un giro valorativo antes no tenido en cuenta.

Esta segunda categoría, por así llamarlas, presenta divisiones posibles.

Son sentencias desestimatorias interpretativas, también nominadas como "*condicionales*" pues vinculan al fallo donde se asienta la cuestión, con el establecimiento de una orientación precisa que da a entender, de modo más o menos explícito.

Finalmente aparecen las "*sentencias correctivas*", donde el tribunal condiciona el rechazo del asunto de constitucionalidad a una interpretación que surge como alternativa y es producto de su propia función intelectiva.

9. Eficacia normativa de la sentencia constitucional

La clasificación expuesta sirve de guía para observar el impacto que tienen las sentencias constitucionales dentro de un ordenamiento normativo. No hablamos de una supuesta creación desde el pronunciamiento, sino de la influencia que generan sobre la administración y el parlamento.

En suma, la sentencia se convierte en una fuente normativa, ya sea provocando un nuevo status para las relaciones jurídicas, o modificando las existentes ([341]), pero sin adquirir el carácter de derecho positivo.

Se trata de una preponderancia sobre quienes son, originariamente, fuentes legislativas sistemáticas; porque la jurisprudencia, sin lograr ese ascendiente, consigue imponer desde la interpretación, criterios y orientaciones en la legislación y reglamentos.

Ahora bien, una sentencia constitucional siempre es interpretativa, porque trabaja sobre un contexto general de aplicación de la norma fundamental, valorando sus implicancias en el caso que analiza. De este encuadre surge que la eficacia de este tipo de sentencias tiene un alcance general, a pesar que la decisión se adopta para individualidades (v.gr.: amparo constitucional); y sin duda alguna es omnicomprensiva cuando se refiere a acciones de inconstitucionalidad.

En el modelo de control de constitucionalidad difuso la cuestión no varía, si tenemos en cuenta que la decisión judicial supone crear una norma general que sirve de justificación al fallo y que es producto de la interpretación de textos normativos ([342]). Aun sin impactar como jurisprudencia vinculante, el precedente colabora en el esclarecimiento del alcance que tiene una norma constitucional, y en algunos casos, se utiliza el temperamento resuelto para cubrir vacíos legislativos u omisiones inconstitucionales.

Hace algún tiempo Eugenio Bulygin sostuvo que no es cierta la creencia general de que los jueces crean normas individuales. Para él, las sentencias judiciales son entidades complejas que contienen tanto normas individuales como generales; por lo cual, no corresponde hablar ciertamente de creación, sino de aplicación en el primero y de una verdadera creación en las segundas. Por eso, afirma, la norma individual no es creada por el juez, sino deducida de las normas generales, definiciones y enunciados empíricos; mientras que cuando no hay normas concretas, el juez las puede crear desde la interpretación y valoración, usando el razonamiento analógico ([343]).

El predominio de la interpretación constitucional se agudiza y torna relevante cuando el pronunciamiento llega de un Tribunal Constitucional; ya no se trabaja sobre la denominada concretización que lleva a una doctrina judicial, sino de un fallo con

---

[341] Explica Asís Roig que estas dos facetas se pueden resumir en lo siguiente […] "En el primero se trataría de resolver la cuestión de si es posible concebir las decisiones judiciales como normas que innovan el sistema, en el sentido de que crean un nuevo Derecho no conectado necesariamente con el existente. En el segundo, se trataría de resolver el problema de si las decisiones de los jueces son normas aunque propiamente no innoven, es decir, aunque deban ser entendidas siempre como deducción de otras normas o del Ordenamiento. En este segundo problema se plantearía también si en las decisiones los jueces crean normas individuales o generales (De Asís Roig, Rafael, *Jueces y Normas*, Marcial Pons, Madrid, 1995, p. 90).

[342] De Asís Roig, ob. cit., p. 225.

[343] Alchourrón, Carlos – Bulygin, Eugenio, *Análisis lógico y Derecho*, Centro de Estudios Constituciona-les, Madrid, 1991, ps. 355 y ss.

alcances generales. Este goza de autonomía respecto del caso o controversia, porque enfoca directamente una cuestión constitucional que culmina resuelta con un sentido y alcance hacia todos ([344]).

En definitiva, toda sentencia constitucional importa asestar un golpe fuerte al ordenamiento jurídico cuando desde la interpretación final obtenida (por el Tribunal Constitucional, o las Cortes Superiores de cada Estado) se proyecta una doctrina dominante que obliga a acatarla ([345]).

Es cierto que el Poder Ejecutivo puede encontrar que con el fallo se afecta su programa político (v.gr.: inversiones dispuestas en infraestructura hospitalaria que se alteran por una sentencia que ordena provisiones e insumos antes que proyectos de construcción; disminución de alícuotas en impuestos considerados confiscatorios; obligaciones de hacer de inmediato que estaban contempladas a futuro, etc.); así como el Poder Legislativo pueda quedar compelido a no variar con proyectos de ley una interpretación del derecho o garantía constitucional (v.gr.: la consideración de cuando es inconstitucional la adquisición de una prueba puede llevar a reformas procesales; la justiciabilidad de los derechos sociales consagrada no se puede alterar con modificaciones legislativas que establezcan criterios programáticos en lugar de los operativos resuelto); pero en ambos casos la sentencia constitucional se consolida con fuerza normativa, poniendo énfasis en el valor de la continuidad sin resentir el juego democrático de las instituciones ([346]).

---

[344] Esta perspectiva es diferente al problema que suele acusarse en el constitucionalismo y, en particular, al garantismo procesal, respecto a propiciar un control judicial de todos los actos de poder, incluida la ley, tomando como parámetro los escuetos preceptos constitucionales, no siempre precisos y concluyentes. El déficit de racionalidad y con ello de legitimidad que esto pueda suponer es compensado por buena parte de los enfoques constitucionalistas mediante una compleja y poderosa teoría de la argumentación jurídica en la que acaso depositen más confianza de la debida. Pero esta no es la visión de Ferrajoli: el extraordinario poder de censura que el garantismo deposita sobre los jueces quiere hacerse soportable a través de una visión cognitivista de la interpretación donde el juez está llamado a constatar y, en muy escasa medida, a escoger, valorar o decidir. Las cláusulas materiales de la constitución y en especial los derechos no le invitan al juez garantista a ponderar pesos y proporcionalidades relativas, ni a realizar juicios consecuencialistas; lo invitan simplemente a subsumir. La ley y los pactos privados limitan nuestra libertad natural, y aquí nada hay que discutir; a su vez, la ley y los pactos vienen sometidos a la barrera infranqueable y "evidente" de los derechos constitucionalizados, y al parecer tampoco hay aquí nada que discutir; y, en fin, los derechos se formulan como mónadas aisladas cuyos contornos aparecen perfectamente delimitados desde su encunado constitucional, y basta con aplicarlos a los distintos supuestos de hecho (cfr. Prieto Sanchís, Luís, *Constitucionalismo y Garantismo,* en "Garantismo", edición de Miguel Carbonell y Pedro Salazar, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM - Trotta, Madrid, 2005, P. 52).

[345] La posibilidad que los jueces constitucionales dicten sentencias normativas suele resistirse con el argumento que los Tribunales Constitucionales son órganos rigurosamente jurisdiccionales que no pueden más que resolver conflictos, porque la creación legislativa es tarea del legislador. De este modo, si la cuestión de legitimidad constitucional requiere, de manera simultánea, la anulación de la ley impugnada y su sustitución por una nueva normativa, la Corte debe rehusar su intervención creando una nueva norma, lo que implicaría, en última instancia, que el caso se resuelva con un pronunciamiento anulatorio puro y simple. Cuando, en cambio, la pretensión de inconstitucionalidad se limita al aspecto aditivo – discrecional, la Corte deberá rechazar la cuestión en bloque, en cuanto lo solicitado no es competencia suya. En tal caso, el resultado será una sentencia de inadmisibilidad (Hernández Valle, Rubén, *La problemática de las sentencias normativas,* en "Derecho Procesal Constitucional", tomo I, AAVV por Susana Ynés Castañeda Otsu (coordinadora), Jurista, Lima, 2004 (segunda edición), p. 388.

[346] En otros términos, pero sosteniendo lo mismo con mejores fundamentos, dice Paolo Comanducci que este tipo de actuaciones se dan en el marco del actualmente llamado neoconstitucionalismo […]: "Cuando se presenta como una ideología, el neoconstitucionalismo tiende a distinguirse parcialmente

Esta corriente que se refiere al "activismo judicial", mira con buenos ojos la decisión jurisdiccional que tiende a conmover estructuras para darles un sentido de protección general de los derechos constitucionales; pero no se puede negar que este supuesto deber de acatamiento a las sentencias constitucionales encuentra serias resistencias y algunos peligros implícitos.

Una de ellas pone el acento en el carácter "invasivo" de las normas fundamentales, porque condicionan la legislación, la jurisprudencia, la doctrina y reformula los roles de los actores jurídicos, en especial los del juez ([347]). En tal sentido Habermas –informan Chaumet y Meroi-, habla de un fenómeno de "colonización jurídica" que, bien que saludable en principio, culmina en <<el carácter ambivalente de una garantía de libertad y de una privación de libertad […] esa juridificación de los medios con que se hace frente a los riesgos de la existencia se cobra un notable precio en forma de intervenciones reestructuradoras en el mundo de la vida de los beneficiarios" ([348]).

El peligro puede estar en la condescendencia del tribunal con el poder político, y con ello, el vicio constante de violar la supremacía con fundamentaciones espurias.

La síntesis confirma la afirmación de García de Enterría: […] "Sin hipérbole puede decirse que la pervivencia como institución básica de un sistema político de un tribunal constitucional depende exclusivamente de sí mismo, de su autenticidad y de su rigor. Ningún otro órgano jurisdiccional, ningún otro orden político, se juega literalmente su vida día a día como éste sobre el acierto de su función precisamente judicial en el sentido jurídico más estricto del término, de respeto y de protección de la norma que aplica" ([349]).

10. Eficacia procesal de la sentencia constitucional

---

de la ideología constitucionalista, ya que pone en un segundo plano el objetivo de la limitación del poder estatal –que era por el contrario absolutamente central en el constitucionalismo de los siglos XVIII y XIX-, mientras que pone en un primer plano el objetivo de garantizar los derechos fundamentales. Este cambio de acento es fácilmente explicable por el hecho de que el poder estatal, en los ordenamientos democráticos contemporáneos, no es más visto con temor y sospecha por la ideología neoconstitucionalista, que más bien se caracteriza justamente por su apoyo a ese modelo de Estado constitucional y democrático de Derecho, que se ha afirmado progresivamente en Occidente y que va expandiendo su influencia en vastas zonas del mundo. El neoconstitucionalismo ideológico no se limita por tanto a describir los logros del proceso de constitucionalización, sino que los valora positivamente y propugna su defensa y ampliación. En particular, subraya la importancia de los mecanismos institucionales de tutela de los derechos fundamentales –podríamos hablar en este sentido de <<neoconstitucionalismo de los contrapoderes>>-, pero más todavía destaca la exigencia de que las actividades del legislativo y del judicial estén directamente encaminadas a la concretización, la actuación y la garantía de los derechos fundamentales previstos en la Constitución –podríamos hablar en este sentido de un <<neoconstitucionalismo de las reglas>>- (*Formas de (neo) constitucionalismo: un análisis metateórico*, en "Neoconstitucionalismo (s)", edición de Miguel Carbonell, Trotta, Madrid, 2005 (2ª ed.), ps 85/86.

[347] Cfr. Chaumet, Mario E. – Meroi, Andrea A., *¿Es el derecho un juego de los jueces?*, La Ley 2008-D, diario del 18.06.08.

[348] Habermas, Jürgen, *Teoría de la acción comunicativa*, Taurus, Madrid, 1988, ps. 511/12, citado por Chaumet – Meroi, ob. cit., en nota precedente.

[349] García de Enterría, Eduardo, *La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional*, Cívitas, Madrid, 1985, ps. 184/5.

La eficacia refleja de las sentencias constitucionales tiene una experiencia práctica conflictiva que se manifiesta, quiérase o no, en el dilema siempre presente de un fallo que altera el régimen de construcción democrática de una república.

Al supuesto régimen contra mayoritario del juez constitucional se suman las reglas del juego procesal pues, más allá de la identidad en el método de debate que se puede encontrar con el amparo u otros procesos constitucionales, lo cierto es que se modifican los principios y las características conocidas de la pretensión y resistencia, para centrar la cuestión en la interpretación constitucional que, al cerrar el proceso, culmina con una lectura propia de carácter normativo.

En consecuencia, la Constitución de un Estado no tiene otro significado que no sea aquel que le otorgan los jueces constitucionales en sus sentencias, de manera que, como recordaba Jackson (Presidente de la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos de Norteamérica, 1953): "vivimos bajo una Constitución, pero la Constitución es lo que los jueces dicen que es".

Estas son cuestiones dogmáticas que actúan como excusas para la ejecución o puesta en práctica, y al mismo tiempo, advierte la prudencia del órgano jurisdicente que, conociendo estas contingencias, prefiere en lugar de resolver con mandatos, dispone exhortar, aconsejar, dar un tiempo para el cambio o la adecuación, etc.

En suma, una cosa es el valor normativo que tiene la sentencia constitucional, desde la cual se podrían tener múltiples formas de abordar problemas y soluciones, y otra muy distinta es la ejecución de las decisiones.

La eficacia procesal se refleja así en el modo de cumplimiento, lo que nos conduce a otra situación de innegable fricción, como resulta la relación entre el juez ordinario que puede controlar la constitucionalidad de las leyes, con el tribunal constitucional que quiere para sí la exclusividad de esa función.

De este modo, hay un doble frente de conflictos. Uno que se abre con la sentencia impuesta al gobierno para que realice algo en concreto; o ante el Parlamento para que cumpla con el pronunciamiento de finalidad legislativa. Y otra ante el mismo órgano jurisdiccional, que no tiene demasiadas diferencias según el enfrentamiento se produzca en sistemas mixtos o concentrados.

10.1 Las sentencias legislativas

Las sentencias constitucionales son testimonio claro y manifiesto del poder jurisdiccional, lo cual lleva a trabajar con reservas el alcance que ellas pueden tener. No se trata de recortar el deber de fiscalizar el principio de la supremacía, ni de obstruir la interpretación finalista que ellas pueden aportar, sino de razonar sobre algunos límites que eviten eventuales desbordes, razonamientos absurdos o deducciones arbitrarias.

En la interpretación judicial norteamericana se habla de tres posibilidades o alternativas. Una que reafirma el carácter dogmático de la Norma Fundamental que asienta en el "noble sueño" de sus fundadores, los que aportaron una respuesta puntual y acertada para afirmar la libertad. Con esta lectura, la Constitución es ley de leyes, y no admite más excepciones que para el caso concreto.

Otra, que reconoce las lagunas que producen el tiempo y las circunstancias, provocando las "pesadillas" del decisionismo supeditado al arbitrio o al realismo jurídico. Es la idea de "Constitución viviente" (*living constitution*) que pretende romper

con el textualismo y el originalismo, revisando el concepto mismo de Constitución y del objeto que tiene y reporta la interpretación constitucional. En concreto, agrega Sagüés, "postula la independencia de la actual comunidad, tanto del texto original como de las valoraciones e intenciones del constituyente histórico" ([350]).

La última es la etapa de vigilia donde, afirma Hart, se fallan los casos con la teoría de la adecuación. Es decir, resolviendo según el caso, pero fuera de todo límite ([351]).

Instalados en el campo de la evolución, que de alguna manera se simplifica en el llamado neoconstitucionalismo, y que ha permitido a los jueces de cualquier sistema adecuar las instituciones procesales con un sentido de eficacia práctica (que unilateralmente denominamos neoprocesalismo), dibujan un cambio significativo al rol funcional de la interpretación porque eluden el carácter objetivo y duro de las normas constitucionales, para otorgarles un concepto diferente a la totalidad.

Vale decir, […] "si las prescripciones materiales de una Constitución se entienden como un orden objetivo de valores que tiene validez para todos los ámbitos del derecho, entonces la Constitución sanciona unas determinadas convicciones político-éticas, atribuyéndoles una validez jurídica general, y discrimina a las que se oponen a aquéllas. La Constitución no garantiza ya la libertad de una forma incondicionada a través de una delimitación jurídico-formal, sino sólo la que cabe dentro del sistema de valores reconocido por ella: quien se sitúa fuera de este sistema de valores positivizado entre otros en la cláusula de la intangibilidad, deja de tener derecho a la libertad política. De esta forma se llega inevitablemente a una socialización de la libertad y de la autonomía individuales, ya que quedan sometidas al dominio de los que ejercen el monopolio de la interpretación de estos postulados o valores, o se lo apropian" ([352]).

La sospecha que se instala sobre las sentencias constitucionales suelen presentarse con el mote de "legislativas", y generan polémicas ardorosas que refieren a un tránsito del Estado democrático al Estado jurisdiccional, donde el centro de gravedad entre los poderes queda desplazado.

Algunos autores son verdaderamente críticos sosteniendo que el juez constitucional deja de aplicar los contenidos previos de la Constitución para convertirse en un órgano de concretización jurídico-creativa de ella. Su tarea deja de ser una jurisdicción de aplicación normativa para convertirse en un sistema nuevo de creación…[…] "De este modo, el concepto de división de poderes característico del Estado Constitucional europeo-continental resulta descompuesto, ya que el Tribunal Constitucional se ha convertido en un órgano político (no político-partidista) más fuerte, un areópago de la Constitución; el extremo de la soberanía, del que dispone por su competencia para decidir en último término con carácter vinculante" ([353]).

---

[350] Sagüés, Néstor Pedro, *Interpretación constitucional y "Constitución viviente",* en "Interpretación Constitucional", AAVV, coordinada por Eduardo Ferrer Mac Gregor, tomo II, UNAM- Porrúa, México, 2005, p. 1019

[351] Olano García, Hernán Alejandro, *Interpretación y Neoconstitucionalismo,* Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional nº 14, Porrúa, México, 2006, p. 150.

[352] Cruz, Luis M., *Estudios sobre el Neoconstitucionalismo*, Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional nº 17, Porrúa, México, 2006, p. 70.

[353] Cruz, ob. cit., p. 73.

Sin embargo, otros doctrinarios de alto relieve, como Robert Alexy, observan con optimismo este avance de la jurisdicción constitucional, siempre que la actuación tenga en cuenta que los derechos fundamentales deben ser ponderados con racionalidad; donde tengan primacía los derechos subjetivos, y en los cuales se establezca un "orden marco y un orden fundamental" que delimite los márgenes de actuación ([354]).

10.2 Las sentencias y el orden de jerarquía jurisdiccional

Claro está que la ponderación que reclama Alexy no impide que la interpretación cobre vuelo en un sentido diferente al que se espera. Estos son los riesgos del poder jurisdiccional, sobre los cuales, el único límite posible es absolutamente subjetivo: se confía o no en la función acordada para que el juez constitucional sea intérprete cabal de la Norma Básica del Estado.

Es evidente que la aproximación entre los modelos diseñados para el control de constitucionalidad lleva a difuminar la bipolaridad explicada académicamente para centrar la cuestión en dos niveles de atención básica. Una quedaría fijada en la jurisdicción constitucional propiamente dicha, basada en la nueva concepción fundamental de los derechos, los que se presentan como limitaciones al poder público de gestión y elaboración normativa, permitiendo que el juez o Tribunal Constitucional sea, también, un elemento de orientación, integración y dirección. Y otra jurisdicción destinada a la justicia política, en sintonía con la cual al Tribunal Constitucional le correspondería la tutela de los principios de la forma de gobierno ([355]).

Pero aun aceptando que la función jurisdiccional haya evolucionado y que la defensa de los derechos y garantías pueda cumplirse con atenciones distintas, lo cierto es que la aproximación al control de constitucionalidad general (esto es, el que realizan todos los jueces, sin importar el mecanismo en el que actúan) encuentra un conflicto de competencias, cuando el Superior Tribunal ordinario resuelve un caso constitucional estableciendo que no existe inconstitucionalidad, y el Tribunal Constitucional lo decide en sentido contrario, o exactamente a la inversa.

Las posibilidades de enfrentamiento se multiplican, porque en el fondo, el debate debe resolver sobre la jerarquía del órgano, y en su caso, decidir si las sentencias dictadas por los máximos tribunales de un Estado aceptan o no recursos deducidos ante un par del sistema institucional.

Arteaga Nava dice que, con el fin de evitar conflictos institucionales, lo que en Colombia se conoce como el "cheque de trenes", cuando entre dos entes existe una relación de jerarquía, un superior y un inferior, y una facultad que puede ser ejercida por ambos, debe optarse porque ésta sea ejercida por el superior, salvo que él decline su conocimiento ([356]). Otros, en cambio, consideran que […] "en primer lugar hay que consolidar la Constitución y la democracia y luego perfeccionarla. Después de tener un sistema jurídico bien estructurado, habrá que suprimir uno de los dos tribunales. De esta

---

[354] Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1986, p. 206.

[355] Cfr. Fernández Segado, *La Justicia Constitucional ante el siglo XXI: la progresiva convergencia de los sistemas americano y europeo-kelseniano*, cit., p. 132.

[356] Arteaga Nava, Elisur, *La Interpretación Constitucional*, en "Interpretación Constitucional", AAVV, coordinada por Eduardo Ferrer Mac Gregor, tomo I, cit., p. 95.

forma se crearía un solo Tribunal Supremo, que refundiría las funciones del Constitucional y del Supremo. Esa es una solución definitiva…" ([357]).

La tensión se agudiza cuando el Tribunal ordinario suprime la decisión constitucional con argumentos estrictamente sustanciales o rituales, como resultan las nulidades de ambos tipos; y también cuando es el Tribunal Constitucional el que anula el fallo del superior de la justicia común sosteniendo la interpretación errónea, entre otras causales.

Por ello parece más razonable que elegir entre quien ostenta el lugar de privilegio, promover la articulación entre el juez ordinario y el juez constitucional ([358]).

Una alternativa es diferenciar la *interpretación constitucional,* que supone analizar los preceptos constitucionales y la armonía que tiene el resto del ordenamiento jurídico con ella; de la *interpretación de la Constitución*, donde el objeto preciso y puntual es esclarecer el alcance y significado de los derechos y garantías consagrados en la norma Fundamental ([359]); cuestión que, por vía de principio, parece sencilla en lugares donde existen Tribunales Constitucionales porque cuando uno invada el espacio del otro, habrá un conflicto que se podrá resolver por la especialidad objetiva; pero si el sistema concentrado no está presente, o hay espacios compartidos, la duplicidad de criterios puede ser siempre posible.

11. El cumplimento de la sentencia constitucional

Determinado el conflicto eventual que plantea la opción institucional sobre quién debe realizar el control de constitucionalidad ([360]), el problema siguiente recala en la eficacia intrínseca del pronunciamiento.

---

[357] Henao Orozco, Rubén Darío, *Tutela contra sentencias de las altas Cortes o choque de vanidades*, en Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional nº 6, julio – diciembre 2006, Porrúa, México, p. 375. La opinión que se transcribe es de Rafael de Mendizábal (ex integrante del Supremo Tribunal español)

[358] Dice Pérez Tremps: […] Sea cual sea el sistema, en todo caso, la variedad de soluciones técnicas tiende a poner de manifiesto la necesidad de que ese sistema jurisdiccional venga ordenado por la idea de que hay que perseguir una finalidad intrínseca el estado de derecho: garantizar la unidad interpretativa de la Constitución. Esa unidad interpretativa deriva de hecho de que siendo la Constitución una, y siendo el ordenamiento jurídico uno, no cabe que existan mecanismos de interpretación constitucional independientes y carenes de conexión puesto que, de ser así, queda la puerta abierta a la disparidad interpretativa, a una comprensión dispersa de la norma fundamental, a lo que, en términos poco jurídicos, podría denominarse <<esquizofrenia constitucional>>. Allá donde no hay órganos de jurisdicción constitucional especializados, la unidad interpretativa de la norma fundamental viene garantizada por la propia estructura del Poder Judicial y por la existencia, como es lógico, de un tribunal o corte suprema. Sin embargo, donde sí existe un tribunal constitucional especializado, el riesgo de dualidad interpretativa existe. Y la solución procesal que se dé para evitarlo debe, por razones lógicas, partir de la supremacía funcional del órgano de justicia constitucional. Dicho de otra forma, si se ha creado un órgano especializado de justicia constitucional es precisamente porque se supone que a él le corresponde fijar la última palabra en materia de interpretación constitucional (Pérez Tremps, Pablo, *Escritos sobre justicia constitucional,* Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional nº 8, Porrúa, México, 2005, ps. 76/77).

[359] Cfr. Aragón Reyes, Manuel, *Relaciones Tribunal Constitucional – Tribunal Supremo,* en Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional nº 8, julio – diciembre 2007, Porrúa, México, p. 37.

[360] Bien simplificado por López Guerra al exponer que […] "Las cuestiones relativas tanto a la conveniencia de la existencia de un Tribunal Constitucional en un sistema político democrático, como,

Las modalidades de la sentencia constitucional proferida por el máximo intérprete de la Norma Fundamental tiene un relieve distinto a las demás sentencias, porque al estimar o desestimar el planteo, está diciendo algo sobre el ordenamiento jurídico, o interpretando el alcance de una disposición constitucional, o cubriendo un vacío normativo, o bien, supliendo con su fallo una omisión inconstitucional.

La decisión es diferente no solo por el contenido, sino también, porque al estimar o desestimar la cuestión, emite una sentencia que algunos consideran dotada de una eficacia distinta que se caracteriza como cosa juzgada constitucional, que la hace irrevisable y absolutamente definitiva ([361]).

Algunos autores distinguen una "eficacia jurídica de tipo procesal" que alude a los efectos propios de cualquier sentencia jurisdiccional (v.gr: cosa juzgada), respecto de la "eficacia jurídica de orden material" que refiere a los alcances y proyecciones del fallo en el ordenamiento jurídico (v.gr: vinculación a todos los poderes públicos) ([362]).

En suma, la función creadora del juez o tribunal constitucional queda patentizada con sus fallos, desde los que se genera y fortalece, la fuerza normativa de la Constitución. Hay un abandono superador de la tesis del legislador negativo, desde que la sentencia tiene la función de realizar los valores y principios constitucionales, dentro de los límites de su función de control, que obviamente, no sustituye la función activa y operativa de los demás órganos constitucionales ([363]).

---

si se admite esa conveniencia, respecto a las funciones que ese Tribunal Constitucional debe cumplir resultan de considerable relevancia en los momentos actuales, al menos por dos razones. En primer lugar, por el hecho incontestable de que instituciones de ese tipo existen en la mayoría de los países de Europa, y se postula su introducción en el futuro cuadro institucional de la Unión Europea;en segundo lugar, y en forma complementaria, porque la misma existencia de esos Tribunales no ha dejado nunca, desde los días de su creación inicial, de estar sometida a debate y crítica, en relación con su compatibilidad con el principio democrático.

Desde la conocida crítica de Carl Schmitt, dos tipos de objeciones se han formulado a la creación de Tribunales Constitucionales. Se ha preguntado por qué se supone que un Tribunal Constitucional debe ofrecer más garantías de capacidad técnica y de imparcialidad, a la hora de interpretar la Constitución, y decidir sobre la compatibilidad con sus mandatos de la nueva legislación, que una Asamblea Legislativa, o un órgano como la Presidencia de la República, cuando los reproches que pudieran formularse contra estos órganos (como su parcialidad política) podrían sin dificultad extenderse también a los Tribunales Constitucionales. Por otra parte, se ha señalado continuamente que el Tribunal Constitucional se sitúa en una posición de contradicción con el principio democrático, al hacer prevalecer a la opinión de un órgano sin conexión (o débilmente conectado) con la voluntad popular, sobre la de órganos legitimados directamente por esa voluntad (López Guerra, Luis, *Democracia y Tribunales Constitucionales,* en Ius et praxis, Lima, 2004, ps. 168 y ss.).

[361] La definitividad de la sentencia constitucional tiene pocas excepciones. La Constitución Peruana de 1993, es la única Carta Fundamental de la región que, expresamente contempla como excepción la intervención revisora, estableciendo en el artículo 205: *"Agotada la jurisdicción interna, quién se considere lesionado en los derechos que la Constitución reconoce puede recurrir a los tribunales u organismos internacionales constituidos según tratados o convenios en que Perú es parte".*

[362] Latorre, Ángel – Diez Picazo, Luis, *La justicia constitucional en el cuadro de funciones del Estado",* en "Documentaçao e directo comparado", Boletim do Ministerio da Justiça, Lisboa, 1987, ps. 215/216. Cfr. Castañeda Otsu, Susana Ynés - Carpio Marcos, Edgar – Espinosa Saldaña Barrera, Eloy – Sáenz Dávalos, Luis R., *El proceso de inconstitucionalidad en el Código Procesal Constitucional,* en "Introducción a los procesos constitucionales", AAVV, Jurista, Lima, 2005, p. 226.

[363] Cfr. Nogueira Alcalá, *La Jurisdicción Constitucional y los Tribunales Constitucionales de Sudamérica en la alborada del siglo XXI,* cit., ps. 238 y ss.

Esto, en el plano dogmático, es simple de explicar. Pero al llevarlo a la realidad pragmática, sin demasiado esfuerzo se advierte la resistencia de quienes están obligados a cumplir con la sentencia.

Por eso, considerando las modalidades que tienen las sentencias constitucionales, es posible constatar dos cuestiones de análisis inmediato: *a)* la fase de cumplimiento voluntario, o de inserción en el ordenamiento jurídico de la resolución jurisdiccional; y *b)* la etapa de ejecución forzosa, cuando se advierte la negativa concreta de cumplir con el mandato establecido.

11.1 Eficacia latente

En el primer curso de acción se tiende a evitar la crisis otorgando un tiempo para la reflexión dentro del cual se le permite al obligado reponer las cosas al estado anterior, o sancionar la norma ausente pero necesaria, o bien, para que elimine del sistema aquella que se encontró incompatible con la Carta Política. Son las llamadas sentencias exhortativas.

Pero como en la práctica su eficacia es dudosa ante el obstruccionismo de la Administración que debe cumplir, o del Parlamento destinado a reformar o crear la norma requerida, hay que buscar salidas a la resignación.

En Italia se aplica la "*doppia pronuncia"* que consiste en advertir al legislador que en caso de no ejecutar la sentencia dentro del plazo que se señala, se dictará otro pronunciamiento declarando con efecto *erga omnes* la inconstitucionalidad de la norma impugnada ([364]).

Otras veces, la expulsión de la norma se cuenta a partir de las veces que se ha dicho la inconstitucionalidad de ellas. Mecanismo propio del régimen difuso lo aplica en Argentina la Constitución de Río Negro ([365]).

11.2 Eficacia condicional

---

[364] En Italia, se han terminado llamando a estas sentencias, de manera irónica, "sentenze – delega". En Alemania y Austria se utiliza otra modalidad, al disponerse en la propia sentencia exhortativa que si el legislador no cumple el mandato dentro del plazo señalado en su parte dispositiva, entonces la norma impugnada, quedará automáticamente anulada a partir del cumplimiento de aquél. Se trata, en suma, de una sentencia de inconstitucionalidad, cuya eficacia anulatoria queda sujeta a una condición suspensiva. Por ello, si la condición suspensiva no llegare a producirse, es decir, si el legislador cumple con la exhortación del juez constitucional, la sentencia estimatoria no surte efectos anulatorios (Hernández Valle, Rubén, *La problemática de las sentencias normativas,* en Derecho Procesal Constitucional, tomo I, AAVV por Susana Ynés Castañeda Otsu (coordinadora), Jurista, Lima, 2004 (segunda edición), p. 378).

[365] El art. 208 dice: "Cuando el Superior Tribunal de Justicia, en juicio contencioso, declara por unanimidad y por tercera vez la inconstitucionalidad de un precepto materia de litigio contenido en una norma provincial o municipal puede, en resolución expresa dictada por separado, declarar abrogada la vigencia de la norma inconstitucional que deja de ser obligatoria a partir de su publicación oficial.

"Si la regla en cuestión fuere una ley, el Superior Tribunal de Justicia debe dirigirse a la Legislatura a fin de que proceda a eliminar su oposición con la norma superior. Se produce la derogación automática de no adoptarse aquella decisión en el término de seis meses de recibida la comunicación del Superior Tribunal de Justicia quien ordena la publicación del fallo".

En realidad no es una sentencia sujeta a condición, sino un tipo de cumplimiento que sin afectar la norma atacada, ni incidir en la interpretación tradicional de un precepto, formula pautas de ejecución. Ellas pueden quedar impresas en el tipo de sentencias prudentes que tienden a evitar el impacto en el sistema jurídico de las decisiones de inconstitucionalidad.

Son sentencias que quieren minimizar la injerencia del Tribunal Constitucional, pues tienen el riesgo que de ser inejecutables, producen vacíos o lagunas legales.

Agrega Groppi que este modelo es producto de la tendencia de los jueces, existente hasta finales de los años setenta y luego vuelta a aparecer, de desatender la interpretación de las leyes ofrecida por la corte; ésta se ha visto obligada a superar los límites estructurales existentes en las sentencias interpretativas de rechazo, dando vida a la tipología de las sentencias interpretativas estimatorias. Sentencias con las cuales el juez constitucional escoge, de entre los posibles significados de una norma, el que es incompatible con la Constitución, el cual, en consecuencia, es declarado inconstitucional. Queda abierta la posibilidad de dar a la disposición todos los demás significados: el resultado interpretativo es similar al del precedente tipo de pronunciamiento, pero los efectos son distintos. Con las sentencias interpretativas estimatorias la corte no elimina del ordenamiento jurídico la disposición, sino una de las normas que de tal disposición pueden extraerse. La disposición, en otros términos, continúa pudiendo ser aplicada y, por tanto, es eficaz, con excepción de la norma considerada inconstitucional ([366]).

Sostiene Nogueira Alcalá que […] "Los Tribunales Constitucionales para atenuar los efectos de la declaración de inconstitucionalidad de los preceptos legales, lo que puede producir importantes desajustes del sistema institucional, han desarrollado una modalidad de sentencias denominadas de *interpretación conforme* a la Constitución, la que evita declarar la inconstitucionalidad de los preceptos impugnados cuando pueden tener en algún sentido una interpretación armónica con el texto

---

[366] Groppi, ob. cit., p. 234. Agrega la profesora italiana […] "Por estos motivos la Corte Constitucional ha creado la doctrina del "derecho viviente": ha renunciado a toda libertad interpretativa, asumiendo como objeto de su propio juicio, cada vez que ha sido posible, el derecho viviente, es decir la norma producto de una consolidada interpretación jurisprudencial, apoyada por la existencia de al menos un pronunciamiento de la Corte de Casación. La doctrina del derecho viviente se ha revelado como un elemento decisivo para la solución de los conflictos entre Corte Constitucional y jueces comunes, al grado que, escribiendo en 1988, un notable estudioso de la justicia constitucional podía tranquilamente afirmar que tales problemas estaban resueltos del todo.

Por tanto, podemos decir que, en presencia de derecho viviente: *a1)* si el juez remitente ha elevado cuestión de constitucionalidad sobre el derecho viviente y ésta es infundada, la corte adoptará un pronunciamiento de rechazo; *a2)* si el juez ha elevado cuestión de constitucionalidad sobre el derecho viviente, y es fundada, la corte adoptará el pronunciamiento de inconstitucionalidad; *b1)* si el juez no ha elevado cuestión sobre norma viviente, pero existe derecho viviente no inconstitucional, la corte rechaza, con un pronunciamiento de interpretación conforme (*adeguatrice*), invitando al juez a seguir el derecho viviente; *b2)* si el juez no ha elevado cuestión de constitucionalidad sobre derecho viviente, pero existe derecho viviente inconstitucional, la corte lo anula, con una decisión interpretativa estimatoria.

En la jurisprudencia constitucional de los últimos años la "doctrina del derecho viviente" aparece sin embargo puesta en discusión. De hecho, ya sea que el juez remitente sea aislado y proponga una interpretación en contraste con el derecho viviente, sea que eleve cuestión de constitucionalidad sobre derecho viviente inconstitucional, la Corte Constitucional no renuncia a proponer en todo caso su propia interpretación, si es necesario en contraste con el derecho viviente, y sólo sucesivamente, si la interpretación inconstitucional persiste, la anula.

constitucional, descartando todas las demás hipótesis interpretativas como contrarias a la Constitución, señalando así el único sentido en que la norma legal es conforme a la Constitución" ([367]).

Este modelo acentúa la prudencia y elude el activismo al preferir la conservación normativa aunque reconozca que ella se aparta del esquema garantista

11.3 Eficacia refleja

Otro problema son las sentencias interpretativas que se refieren a la legislación común considerando la incidencia constitucional de ellas sobre el cuadro de derechos y garantías.

Aquí la cuestión se establece con la posibilidad de hacerlo, pues varias constituciones latinoamericanas indican que esta tarea solo la realiza el Poder Legislativo (v.gr.: Perú, art. 102 inc. 1º), por ser quien tiene la "interpretación auténtica".

Dice Sagüés que, […] "En algunos países, de esa competencia genérica del Poder Legislativo de interpretar las leyes comunes, se ha inferido algo mucho más importante: que el Congreso también podría dictar normas interpretativas (de tipo obligatorio) de la Constitución. Para ello se sostiene que la Constitución también es una ley. No obstante, debe alertarse que no se trata de una ley común, sino de una súper ley; y que el Congreso se arrogue competencias constituyentes que la Constitución no le da (cuando, en aquel contexto jurídico, comienza a interpretar a la Constitución mediante leyes obligatorias con efectos *erga omnes*) puede importar un desacierto jurídico significativo.

"Otro argumento complementario del anterior es que el Congreso representa la voluntad del pueblo, y que por ende, siendo el pueblo el titular del poder constituyente, aquél estaría políticamente autorizado para expedirse en nombre de éste. La tesis, -afirma Sagüés- es incorrecta: que el Congreso represente al pueblo (y dejando de lado el serio y actual problema de la crisis de representatividad de muchos parlamentos), no le autoriza a desempeñar roles constituyentes, sino cuando la constitución explícitamente se los atribuye.

"En definitiva, como ha juzgado con acierto el Tribunal Constitucional español, a falta de regla constitucional expresa, el legislador no puede dictar válidamente normas que impongan a todos el sentido que haya que dar a preceptos constitucionales, porque ello importaría, en definitiva, que un poder constituido se erija en poder constituyente" ([368]).

Esta visión cambia el eje constitucional de estimación para las sentencias, pues la eficacia de ellas va a depender de quien se erija como órgano de interpretación final. Y, en este aspecto, vuelve el jurista rosarino a explicar que existe […] "una regla de derecho consuetudinario constitucional en favor del Congreso, habilitante de su función interpretativa vinculante *erga omnes*, por más que el texto constitucional formal no le

---

[367] Nogueira Alcalá, Humberto, *La jurisdicción constitucional y los tribunales constitucionales de Sudamérica en la alborada del siglo XXI.* Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional nº 2, Porrúa, México, 2004, p. 259.

[368] Sagüés, Néstor Pedro, *El Congreso como intérprete de la Constitución*, en Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano (2002), Fundación Konrad Adenauer, 2002, ps. 122 y ss.

confiera esos papeles. Ello importaría una suerte de interpretación constitucional mutativa por adición, que sumaría -vía costumbre constitucional- a la Constitución algo que ella originalmente no dijo" ([369]).

Ahora bien, de aceptar esta lectura ([370]), la sentencia constitucional se consagra con un valor reflejo proveniente del intérprete que lo realiza. Si es el juez constitucional sujeto al régimen de escala recursiva, propio del sistema difuso, la eficacia recién se obtiene con la sentencia definitiva; mientras que los pronunciamientos del Tribunal Constitucional, al no admitir recursos, obtiene de inmediato el acatamiento.

11.4 Eficacia inmediata

De lo expuesto se colige que el control de constitucionalidad no es particular de un órgano especializado. Ambos modelos de jueces (ordinarios y constitucionales) lo realizan, por lo cual la distinción hay que encontrarla en otro lado.

Por ejemplo, en los procesos constitucionales (v.gr.: amparo) el conflicto ataca aquellos actos sustentados en la ley; mientras que en las acciones de inconstitucionalidad el objeto directo es la ley misma.

El resultado, entonces, es de eficacia inmediata en el primer caso, mientras que en el segundo, depende del tipo de sentencia que se pronuncie (cfr. los modelos de sentencias estimatorias); siendo la distinción un producto exclusivamente de naturaleza procesal.

La solución del caso concreto no admite dilaciones más de aquellas dispuestas como plazo de cumplimiento. En cambio, las sentencias del Tribunal Constitucional no se producen en una instancia propiamente dicha, porque su actividad pronunciarse sobre si un acto vulnera o no un derecho constitucional; vale decir, que le corresponde esclarecer la duda sobre la legitimidad.

El Tribunal Constitucional de Colombia llega a sostener que, la eficacia inmediata se pondera porque […], "existe una nueva estrategia para el logro de la efectividad de los derechos fundamentales. La coherencia y la sabiduría de la interpretación y, sobre todo, la eficacia de los derechos fundamentales en la Constitución de 1991, están asegurados por la Corte Constitucional.

"Esta nueva relación entre derechos fundamentales y jueces significa un cambio fundamental en relación con la Constitución anterior; dicho cambio puede ser definido como una nueva estrategia encaminada al logro de la eficacia de los derechos, que consiste en otorgarle de manera prioritaria al juez, y no ya a la administración o al

---

[369] Ibídem, p. 134.

[370] Cfr. Morales Tobar, Marco, *Actualidad de la Justicia Constitucional en el Ecuador*, en "La justicia constitucional en la actualidad", AAVV, Luis López Guerra (Coordinador), Universidad Carlos III y otros, Quito, 2002, p. 142. El autor explica que esta tesis llevaría a que el Congreso pudiese derogar una interpretación de la constitución realizada por el Tribunal Constitucional, cosa que no coincide con la doctrina imperante en el derecho comparado, en el sentido que el Tribunal o Corte Constitucional debe ser el intérprete final de la Constitución. Tampoco resultaría aceptable, pensamos, que en un país donde el Congreso esté constitucionalmente autorizado a interpretar la constitución, el Tribunal o Sala Constitucional tenga que recurrir a él para disipar dudas exegéticas cuando debe resolver un caso constitucional. En tal hipótesis, la Sala o Tribunal Constitucional tiene que decidirlo conforme al derecho constitucional vigente al ocurrir los hechos del litigio, no siendo lógico que el Congreso sancione leyes interpretativas para decidir procesos judiciales (cfr. Sagüés, ob. cit., en nota 42)..

legislador, la responsabilidad de la eficacia de los derechos fundamentales. En el sistema anterior la eficacia de los derechos fundamentales terminaba reduciéndose a su fuerza simbólica. Hoy, con la nueva Constitución, los derechos son aquello que los jueces dicen a través de las sentencias de tutela" (Sentencia T 496/92).

Esta lectura permite separar el sentido que tiene el carácter de fundamental de un derecho con su aplicación consecuente, pues no siempre supone atención inmediata. El carácter programático, a veces lleva a superar la inaplicación con las sentencias integrativas, mientras que el carácter operativo, permite ordenar decisiones rápidas y urgentes, inclusive, anticipando la tutela.

12. Ejecución de la sentencia constitucional

Si la sentencia constitucional se considera diferente respecto la ordinaria, también sería desigual el modo de proceder a su ejecución.

Tan simple afirmación puede llevar a equívocos porque la cuestión se debe posicionar en la distinción trazada entre interpretar la Constitución o interpretar la ley frente a la Constitución. Ambas son tareas propias del juez, pero la primera es típica de la jurisdicción constitucional.

La asimetría se difumina en el control difuso, porque en esencia, todas las actividades de este modelo son del segundo tipo, solo que la interpretación final de la Norma Fundamental queda radicada en el órgano superior de la justicia nacional.

De algún modo, esta distinción se aclara cuando se advierte que: […] "En *Marbury vs. Madison* la Suprema Corte de los Estados Unidos declaró que la Constitución es derecho y los tribunales pueden juzgar disputas relativas a ella de un modo vinculante para las partes, pero no especificó si tales interpretaciones de la Constitución debían tenerse por auténticas u obligatorias para sujetos diversos a los litigantes actuales. Aunque las decisiones de la Suprema Corte se han considerado generalmente con autoridad y vinculantes para todos, incluyendo al Presidente de los Estados Unidos y el Congreso, ha habido impugnaciones periódicas y recurrentes a esta idea…Como consecuencia de esta diferencia, la cuestión de la autoridad del juicio constitucional está mucho más politizada en los Estados Unidos que en Francia o Alemania" ([371]).

Por eso, la ejecución forzada de la sentencia dictada en el juicio constitucional encuentra singularidades que se deben resolver ordenando la diferencia apuntada.

Hemos visto así porqué algunas legislaciones del derecho procesal constitucional local prefieren minimizar el impacto que tiene la anulación de leyes inconstitucionales otorgando un plazo para la adecuación, la reforma, o la integración normativa; pero al

---

[371] Rosenfeld, Michel, *El juicio constitucional en Europa y los Estados Unidos,* en Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional nº 8, julio – diciembre 2007, Porrúa, México, p. 246. Además –dice el autor- aunque las impugnaciones a la autoridad del juicio constitucional tienden a hacerse en respuesta a decisiones políticamente polémicas, son en última instancia más profundas que las concernientes a meros debates interpretativos; el punto no es si la Corte interpretó mal la Constitución, sino si actuó indebidamente como su intérprete oficial; de acuerdo con lo anterior, no sorprende que los doctrinarios constitucionales norteamericanos, incómodos por el reciente giro brusco de la Corte a la derecha, aboguen a favor de <<apartar la Constitución de los Tribunales>>. En síntesis, como la Suprema Corte de los estados Unidos carece de un claro mandato de la Constitución para ser el auténtico juzgador constitucional, su labor en este campo es atacada por ser esencialmente política…" (p. 247).

mismo tiempo, la inejecución del acto en el tiempo otorgado, supone expulsar la ley del ordenamiento, y nada más.

En cambio, siempre en tren de explicar las particularidades del régimen difuso de control, si la sentencia se profiere en un juicio de amparo, el alcance y la eficacia de ella comprende solamente a quienes litigan, por vía de principio, porque la extensión *erga omnes*, no es factible en los mecanismos que atienden al proceso constitucional como un conflicto entre partes.

Desde otra perspectiva, el fallo del Tribunal Constitucional es esencialmente normativo y aceptado como legítimo en un sistema que desconfía de la justicia común como intérprete final de la Norma Básica del Estado. En todo caso se tolera que ella resuelva el conflicto de constitucionalidad pero sin efectos abrogatorios, en razón que esa es una potestad exclusiva del órgano especial.

En suma, simplifica García Belaúnde: […] "Existen dos maneras de enfocar el problema de la ejecución de la sentencia. Una es acudir al juez de la causa, y otra es ir donde un juez de ejecución. Se trata de opciones, pero si la ejecución es de una sentencia, que viene de un proceso previo, quizá lo mejor es que la vea el propio juez que la conoció desde el inicio. Si por el contrario, se trata de una ejecución autónoma, el proceso de ejecución ha sido diseñado para eso (en especial, en materia penal) pero ello no calza, en realidad, con la ejecución de sentencias constitucionales, que por lo general, no tienen contenido patrimonial y donde además el derecho debe ser previamente reconocido (los procesos constitucionales relacionados con la protección de derechos fundamentales, conservan un rasgo similar a los de conocimiento abreviados, no sólo por su duración y trámite, sino porque lo que se invoca debe ser acreditado, y mas aun, si es que está en peligro o ha sido desconocido). Pero en materia constitucional, puede suceder que la ejecución de la sentencia se dé fuera del aparato jurisdiccional. Por ejemplo, si existe una jurisdicción constitucional concentrada (Tribunal Constitucional) al lado de la jurisdicción ordinaria, nada impide que la segunda conozca la ejecución de lo resuelto por el primero. Avalado, además, porque la jurisdicción concentrada tiene una sola sede –en donde existe el Tribunal Constitucional- mientras que el Poder Judicial siempre está descentralizado y dispuesto jerárquicamente a lo largo de un territorio" ([372]).

12.1 La ejecución de la sentencia constitucional en el régimen difuso de control

La sentencia en el régimen difuso sigue el camino procesal de la justicia donde interviene. No hay cambios de actuación ni de órgano competente. La ejecución se considera una etapa del juicio completo (*notio + executio*) y se sostiene en los principios de preferencia y sumariedad.

Procede a petición de parte y, únicamente, cuando la decisión se encuentra firme y ejecutoriada (es decir, que no admita más recursos).

Estas características generales resultan insuficientes para resolver la inconstitucionalidad normativa o para aplicar a todos una interpretación acordada para un derecho fundamental. Lo primero, a causa de el sistema funciona solo para quienes

---

[372] García Belaúnde, Domingo, *Ejecutabilidad de las sentencias constitucionales (notas de introducción),* en Revista Peruana de Derecho Procesal nº VIII, Lima, 2005, p. 141.

han sido partes en sentido procesal; lo segundo, porque la jurisprudencia no es vinculante ([373]).

En consecuencia, la justicia constitucional como resultado se reduce al derecho subjetivo, en el cual la sentencia se configura como una pertenencia, un derecho de propiedad adquirido para sí, sin más proyecciones que el beneficio individual logrado.

El proceso constitucional queda desfigurado en sus connotaciones especiales al culminar la actuación con una sentencia de efectos oprimidos.

No obstante, en Argentina, país donde el sistema difuso se aplica estrictamente, abre algunas proyecciones en la cosa juzgada, permitiendo que la ejecución beneficie a quienes se encuentren en situaciones similares ([374]).

De todos modos, siempre se trata de confrontar la ley con la Constitución para dar certeza al principio de la supremacía. Aun el denominado amparo colectivo continúa la línea de análisis sobre el acto lesivo y, en todo caso, las consecuencias permiten extender la cosa juzgada; pero, focalizado el tema concreto de llevar una interpretación constitucional superior al grado de lectura común para todos, lejos está de realización y más aun de su ejecución forzosa.

12.2 La ejecución de la sentencia dictada por Tribunales Constitucionales

El reclamo constante de los Tribunales Constitucionales para lograr una ejecución propia y efectiva se acentúa cuando la resistencia a cumplir del obligado se torna sistemática.

Se argumenta la etapa ejecutiva como una parte del respeto que merecen los derechos fundamentales, así como las garantías de la administración de justicia, principalmente, en cuanto al alcance de la cosa juzgada, la que no puede ser alterada ni modificada durante su ejecución. Del mismo modo, esta protección alcanza al contenido de las sentencias que causen estado, las que deben ser ejecutadas en sus propios términos, no pudiendo quedar librado su cumplimiento, a la particular interpretación que de ella pudieran hacer las partes o la que hagan los órganos encargados de su ejecución; lo contrario importa una afectación al derecho al debido proceso.

---

[373] El juicio sobre precedentes es propio del *common law*, lo cual supone una sintonía asimétrica con el régimen procesal latinoamericano de raigambre europea. No obstante, dice Rosenfeld, […] "al menos en teoría el juicio del *common law* no implica necesariamente el repudio de precedentes, sólo su refinamiento y ajuste a través de una mayor elaboración; conformemente, las lagunas en la predictibilidad podrían ser el mero resultado de indeterminaciones. El recurso a nociones de equidad y razonabilidad se dirigen primeramente a asegurar a la ciudadanía que lo inevitablemente impredecible nunca será injusto. El juicio constitucional, por el otro lado, a la vez de apoyarse en los precedentes como parte de su metodología de *common law*, tiene en última instancia que ser fiel a la disposición constitucional de que se trate antes que aquéllos. Como resultado de lo anterior, cuando los precedentes aparentan ser injustos o han cambiado las circunstancias en grado determinante, la Suprema Corte de los Estados Unidos está facultada –quizá obligada en atención a su función constitucional- a interrumpir el precedente y colocar así la equidad y la razonabilidad sobre la predictibilidad" (ob. cit., p. 260).

[374] CS, 03/05/2005, *Verbitsky, Horacio s/ hábeas corpus*, Fallos, 328:1146 (resuelve en general la situación en la que se encuentran quienes están detenidos, respecto del goce de derechos básicos que afectan el respeto a su dignidad humana). También en materia de hábeas data, la justicia comercial adoptó un temperamento general en la causa *Unión de usuarios y consumidores vs. Citibank*, CNCom., Sala E, 12/05/2006.

Para comprender el conflicto es conveniente dividir las actuaciones posibles del órgano concentrado, en dos caminos: *a)* la ejecución de la sentencia dictada en un proceso constitucional entre partes, donde la función esencial es aplicar la Constitución; y *b)* la ejecución de la sentencia de interpretación constitucional.

a) El tratamiento procesal latinoamericano del régimen de ejecución de sentencias dictada en los procesos constitucionales, suele concentrarse con el criterio de la unidad de jurisdicción, es decir, que sea el mismo órgano que actuó en el juicio quien ejecute la decisión tomada.

Cuando el cumplimiento no tiene fisuras no hay inconveniente alguno; el problema se suscita con las demoras, postergaciones u obstrucciones creadas, en cuyo caso los mecanismos para forzar el acatamiento dependen del grado de eficacia con que se proceda.

En **Colombia**, por ejemplo, la decisión se cumple del siguiente modo: Firme la sentencia que declare procedente el amparo, el órgano o servidor responsable del agravio debe cumplirla sin demora. Si no lo hace dentro de las 48 horas siguientes a su firmeza, la Sala se dirige al superior del responsable y le requiere para que lo haga cumplir y abra el correspondiente procedimiento disciplinario contra aquél. Al mismo tiempo, se incoa un proceso contra el culpable o los culpables, y, pasadas otras 48 horas, contra el superior que no haya procedido conforme con lo expuesto, salvo cuando se trate de funcionarios que gocen de fuero privilegiado, en cuyo caso se comunica al Ministerio Público para lo que proceda.

La ejecución de las sentencias corresponde a la Sala Constitucional, salvo en lo relativo a la liquidación y cumplimiento de indemnizaciones y responsabilidades pecuniarias, o en otros aspectos que la propia Sala considere del caso, en que se hace en la vía contencioso administrativa por el procedimiento de ejecución de sentencia previsto en la ley reguladora de esa jurisdicción.

Existe la acción de cumplimiento, tendiente a que se haga efectiva la ley o el acto administrativo, de forma tal que se integra con las decisiones de la justicia constitucional.

Se explica que, si lo que el constituyente busca es lograr el cumplimiento de la ley o del acto administrativo, el legislador asegura de mejor manera este propósito diseñando para el trámite de la acción de cumplimiento un procedimiento breve y ad hoc, que excluya la posibilidad de que dentro de él se surta un debate encaminado a la declaración de derechos, como es el propio de un juicio de responsabilidad contractual o extracontractual. Si tan posibilidad se abriera, el juicio sería más dilatado, y el efectivo cumplimiento de la ley o el acto administrativo quedaría, entre tanto, en entre dicho ([375]).

En **Perú**, el art. 22 del Código Procesal Constitucional establece: "[Actuación de Sentencias]: *La sentencia que cause ejecutoria en los procesos constitucionales se actúa conforme a sus propios términos por el Juez de la demanda. Las sentencias dictadas por los jueces constitucionales tienen prevalencia sobre las de los restantes órganos jurisdiccionales, y deben cumplirse bajo responsabilidad.*

---

[375] Sentencia C-638 del 31/05/2000, resuelta por la Corte Constitucional

"La sentencia que ordena la realización de una prestación de dar, hacer o no hacer es de actuación inmediata. Para su cumplimiento, y de acuerdo al contenido específico del mandato y de la magnitud del agravio constitucional, el Juez podrá hacer uso de multas fijas o acumulativas e incluso disponer la destitución del responsable. Cualquiera de estas medidas coercitivas debe ser incorporada como apercibimiento en la sentencia, sin perjuicio de que, de oficio o a pedido de parte, las mismas puedan ser modificadas durante la fase de ejecución.

"El monto de las multas lo determina discrecionalmente el Juez, fijándolo en Unidades de Referencia Procesal y atendiendo también a la capacidad económica del requerido. Su cobro se hará efectivo con el auxilio de la fuerza pública, el recurso a una institución financiera o la ayuda de quien el Juez estime pertinente.

"El Juez puede decidir que las multas acumulativas asciendan hasta el cien por ciento por cada día calendario, hasta el acatamiento del mandato judicial.

"El monto recaudado por las multas constituye ingreso propio del Poder Judicial, salvo que la parte acate el mandato judicial dentro de los tres días posteriores a la imposición de la multa. En este último caso, el monto recaudado será devuelto en su integridad a su titular".

La disposición es uno de los hechos más destacados que impuso el código procesal constitucional, porque bajo el rótulo de "actuación de la sentencia impugnada", se admite la ejecución inmediata aunque existan recursos pendientes contra ella ([376]).

La especialidad establecida se complementa con el carácter vinculante de las sentencias constitucionales (art. VII, Código Procesal Constitucional).

En **Venezuela**, observa la Corte, que la naturaleza de la decisión de amparo se identifica con la "Orden de Cumplirse", lo que implica la posibilidad de restablecer inmediatamente a la parte agraviada en el goce y ejercicio del derecho o garantía constitucional violado o amenazado de violación.

Hay que recordar que la Carta Fundamental de 1999 claramente adoptó al proceso constitucional como una herramienta tuitiva de actuación inmediata e informal. Precisamente, esta libertad entroniza el protagonismo judicial, que en la segunda parte del artículo 253 del Texto Constitucional consagra el deber del Juez para ejecutar y hacer ejecutar sus sentencias.

[…] "Erigido este deber hasta el pedestal del Orden Constitucional, la supletoriedad del Código de Procedimiento Civil (artículos 523 y siguientes) que se establece en el artículo 48 de la Ley Orgánica de Amparo Sobre Derechos y Garantías Constitucionales, el cual antes de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela fue norma rectora en materia de ejecución de sentencias, no pierde valor sino que más bien enaltece la conciencia del legislador venezolano quien siempre consideró este deber como la materialización legislativa del principio procesal que en doctrina se conoce como el "deber del Tribunal de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado", principio

---

[376] La ejecución provisional esta vigente en otros ordenamientos procesales no específicos, sino generales, como Bolivia, Colombia, Venezuela y Uruguay (cfr. Abad Yupanqui, Samuel B. – Danós Ordoñez, Jorge – Eguiguren Praeli, Francisco J. – García Belaúnde, Domingo – Monroy Gálvez, Juan – Oré Guardia, Arsenio, *Código Procesal Constitucional*, Palestra, Lima, 2004, p. 48.

que hace de la prestación de justicia la actividad del Poder Público más idónea para la tutela efectiva de los derechos de los ciudadanos “ ([377]).

En **México,** las disposiciones contenidas en el Capítulo XII del Título Primero, Libro Primero, de la Ley de Amparo, regulan el procedimiento de ejecución de las sentencias de amparo y establecen las sanciones que deben imponerse en los casos de desacato a los fallos que otorgan la protección federal.

La competencia es exclusiva de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, quien cuenta con la facultad de resolver sobre el cumplimiento o incumplimiento de las ejecutorias de amparo y, en su caso, sobre la aplicación de la fracción XVI del artículo 107 de la Constitución General de la República.

En efecto, de lo establecido en los artículos 104, 105, 106, 107, 108 y demás relativos de la Ley de la materia se observa que el procedimiento se torna apremiante para el que retarda la ejecución o le pone obstáculos a su efectividad.

La intervención del máximo tribunal elimina la escala natural de la intervención por instancias, de este modo, funcionando en Pleno (artículo 11, fracción VII, de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación), resuelve acerca de la aplicación o no aplicación de la fracción XVI del artículo 107 constitucional. Si la parte interesada no estuviere conforme con la resolución que tuvo por cumplida la ejecutoria, debe remitirse también, a petición suya que deberá formular dentro de los cinco días siguientes al de la notificación correspondiente, el expediente a este Alto Tribunal, quien, funcionando igualmente en Pleno de conformidad con lo dispuesto en el artículo 11, fracción XIV, de la Ley Orgánica antes citada, debe resolver sobre el particular.

La exclusividad de la competencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación es acorde con el mecanismo de concentración que se aplica en este país para el control de constitucionalidad. Criterio que se corrobora en la exposición de motivos del decreto de fecha 30 de diciembre de 1950, que reformó y adicionó diversos artículos de la Ley Reglamentaria de los Artículos 103 y 107 de la Constitución Federal, que, en su parte conducente, dice: "El incidente de inejecución de sentencias de amparo que otorgan la protección de la justicia federal, se ha conservado como de la privativa competencia de la Suprema Corte de Justicia, aunque la ejecutoria sea pronunciada por Tribunal Colegiado de Circuito, en respeto de la interpretación que existe acerca de la fracción XVI del artículo 107 de la Constitución General de la República, y porque la esencia del Poder Judicial de la Federación, que queda concretada en la Suprema Corte de Justicia, exige que sea ésta la que provea sobre el debido cumplimiento de las sentencias definitivas emanadas de los diversos órganos del mismo poder” ([378]).

---

[377] Sala Político Administrativa, Sentencia Nro. 02762 del 20/11/2001.

[378] El artículo 105 de la Ley de Amparo establece el procedimiento a seguir en materia de cumplimiento de ejecutorias constitucionales. Cuando éstas no se encuentren cumplidas o en vías de ejecución veinticuatro horas después de notificadas, el juez de Distrito o el Tribunal Colegiado de Circuito que corresponda, requerirán, de oficio o a petición de parte, al superior de la autoridad remisa para que la obligue a cumplir sin demora. Si la responsable no tuviere superior, el requerimiento se le hará directamente; asimismo, cuando el superior inmediato no atendiere el requerimiento y tuviere a su vez superior jerárquico, también se requerirá a éste. Por último, cuando a pesar de estas intimaciones no quedare cumplida la resolución, el juez de Distrito o el Tribunal Colegiado de Circuito remitirán originales de sus actuaciones a la Suprema Corte para los efectos del artículo 107, fracción XVI, de la Constitución, dejando copia certificada de las constancias conducentes para procurar su exacto y debido cumplimiento en la forma que establece el artículo 111 de la citada Ley.

En suma, cuando la sentencia proviene de un proceso constitucional (amparo, tutela, protección, mandado de segurança, hábeas corpus, hábeas data, cumplimiento, etc.), la ejecución no tiene demasiados inconvenientes procesales pues las reglas se conocen y aplican.

Las dificultades se encuentran en otro lado, porque si 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 ([379]), el deber del juez es conseguir la efectividad del mandato judicial.

Frente a contingencias probables, como la resistencia de la Administración a cumplir con un derecho de configuración legal, algunos consienten que el legislador pueda establecer límites al pleno acceso a la ejecución de las sentencias, siempre que los mismos sean razonables y proporcionales respecto de los fines que lícitamente se pueden perseguir en el marco de la Constitución. Inclusive, si el obstáculo no es normativo, pero se justifica, también se afirma que el Tribunal puede adoptar una decisión de inejecución, siempre que se haga expresamente en resolución motivada y con fundamentos suficientes.

Aceptar condiciones de esta naturaleza nos parecen directamente violatorias del derecho al debido proceso, integrado obviamente, por el derecho que tiene toda persona a que se ejecute el fallo conseguido.

En todo caso, una resistencia como la expuesta, podría justificarse en sentencias interpretativas, como lo explicamos a continuación.

b) En efecto, en este espacio corresponde atender la ejecución de la sentencia constitucional propiamente dicha; esto es, la que interpreta el texto constitucional asignando un alcance preciso de eficacia obligatoria y vinculante.

Desde la inteligencia acordada se establecen criterios normativos que exigen o no la colaboración de los demás poderes del Estado para su cumplimiento. Por eso es necesario atender la clasificación dogmática de las sentencias constitucionales antes de formular una idea general sobre el régimen de ejecución.

Una sentencia de inconstitucionalidad puede expulsar del ordenamiento jurídico la norma; pero al mismo tiempo, puede exhortar al legislador para que cubra el vacío dispuesto al anular.

Otras veces, la propia sentencia exige que se dicten normas de integración para los derechos fundamentales (v.gr: derechos ambientales; del usuario y consumidor) o que se reglamenten aquellos que constituyen un programa de acción (v.gr: derecho a la vivienda digna), o bien que se pongan condiciones para la aplicación (v.gr.: tribunales constitucionales creados por la Constitución pero sin ley orgánica que lo fomente), o

---

En esta última hipótesis, la autoridad que haya conocido del juicio de amparo hará cumplir la ejecutoria dictando las órdenes necesarias a ese fin, y si éstas no fueren obedecidas, comisionará al secretario y al actuario para lograrlo y aun podrá cumplimentarla por sí misma. Sólo después de agotarse todos estos medios sin resultados positivos, se solicitará el auxilio de la fuerza pública para lograr esa cumplimentación. Por tanto, no debe aplicarse supletoriamente el artículo 59 del Código Federal de Procedimientos Civiles, que establece los medios de apremio para hacer cumplir las determinaciones de los tribunales, por no surtirse el extremo que exige el artículo 2o. de la Ley de Amparo, es decir, ausencia de disposición expresa en la ley de la materia, por resultar directamente aplicable el artículo 105 de la propia Ley.

[379] Cfr. Sentencia del Tribunal Constitucional español 153/92 del 19 de octubre de 1992.

imponga reparaciones no indemnizatorias para cumplir un mandato constitucional (v.gr.: que las cárceles sean dignas). En fin, hasta una sentencia de tipo manipulativa puede forzar decisiones del Estado que éste no quiera acatar.

Cada posibilidad tiene el respaldo admitido que la jurisdicción constitucional concentrada en Tribunales especiales, debe cumplir esa función referida al control de constitucionalidad (que, entre otras cuestiones, importa lo referente a la constitucionalidad de los actos y omisiones del legislador, del gobierno, de los órganos constitucionales -en ejercicio de atribuciones de esa jerarquía-, y la materia del amparo constitucional o, como normalmente se le califica, la jurisdicción constitucional de la libertad). Todo lo demás, aunque esté envuelto algún problema constitucional, es competencia de los tribunales ordinarios y, por tanto, en esas actuaciones ellos no están sometidos a la revisión especializada, salvo en lo que a las interpretaciones que de la Constitución ésta haya fijado.

La delimitación de la jurisdicción constitucional es de sumo relieve. Muchos sostienen que aquí depende en buena medida el éxito o fracaso de la Justicia Constitucional, por cuanto es el lugar para evitar intromisiones de ésta en materias que le son ajenas y, asimismo, para no desbordarla de asuntos que, estrictamente, no le corresponden.

Establecido el carácter, la ejecución depende del tipo de sentencia, donde inclusive, hay que delimitar el terreno que le corresponde a la derogación normativa, propiamente dicha, de aquella que ocupa a la invalidez dispuesta.

Llevado al terreno de la práctica es fácil ejecutar la expulsión de una norma del ordenamiento jurídico, pues la sentencia constitucional es vinculante y su publicación le asigna efectos hacia todos; pero la misma eficacia no se consigue con la invalidez como sucede cuando se reduce el alcance a la cosa juzgada entre partes.

Finalmente, las sentencias de los Tribunales constitucionales actúan como una verdadera casación. Llevan la impronta de la naturaleza jurídica de estas actuaciones, sea como depuración y uniformidad en los criterios de interpretación, o como reaseguro del principio de igualdad y seguridad jurídica.

Este es el sentido de la eficacia “erga omnes”, y al mismo tiempo, refleja la creación del derecho desde la interpretación constitucional.

Quizás esta singularidad sea el meollo principal de las actividades que concretan los Tribunales Constitucionales. Las reservas de otrora que afincaban en observar su actuación como un “legislador negativo”, han cambiado para advertir la tarea de recreación y armonía que celebran permitiendo la aplicación efectiva y concreta de las disposiciones constitucionales.

Por eso es preciso reconocer en los modelos de sentencias la dinámica que llevan sus decisiones (interpretativas, aditivas, manipulativas, sustitutivas, constructivas, apelativas, etc.) que los configuran como legislador positivo, porque la sentencia constitucional no se limita a suprimir el precepto legal contrario a la Constitución, sino que incorpora una norma nueva al ordenamiento. Con esta lectura, hasta las propias fuentes del derecho se transforman.

Capítulo
EL DEBIDO PROCESO EN LA ACTUALIDAD

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

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

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

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

Son interrogantes que se abren en un mundo que ha cambiado sustancialmente las consignas de los deberes y obligaciones. Obsérvese entre tantos matices, como la fuerza expansiva de la ley, pensada como voluntad divina del pueblo y, por tanto, indiscutible, inmodificable y perenne, tal como fue concebida por el pensamiento revolucionario de la Francia de 1798 (así lo expusieron Montesquieu en el *Espíritu de las Leyes*, y Rousseau en el *Contrato social*), hoy apenas trasciende y es cíclica porque se legisla para la ocasión, lo necesario y urgente, y donde la voluntad del pueblo queda sustituida en la aspiración de las mayorías, la fuerza de los grupos, la influencia de los lobbies, o cuando no, la corrupción negociada que fomenta una consagración normativa ([380]).

---

[380] Zagrebelsky sostiene que el derecho interpretado en las fórmulas abiertas o elásticas, conocidas también como "cláusulas generales", es una cruz de toda concepción estrictamente positivista del derecho y de la función judicial, constituyendo una delicia de todo crítica de la misma. Cuando se expresa de este modo ("buenas costumbres", "buena fe", "buen padre de familia", "interés público", "relaciones sociales justas", etc) es el propio legislador quien declara su incapacidad para prever la concreta aplicación y quien autoriza expresamente que los casos y sus exigencias obtengan reconocimiento. De otra parte, las Constituciones democráticas actuales se deliberan en asambleas constituyentes que expresan el pluralismo político de la "constitución material" al comienzo de experiencias político-constitucionales aún por definir, es decir, cuando todas las fuerzas, debido a la inseguridad de sus intereses particulares inmediatos, se ven inducidos a obrar sobre la base de consideraciones de orden general. Se comprende así por qué el *momento constitucional*, al ser por definición el momento de la cooperación general, tiene características completamente excepcionales en la vida política de un pueblo y por qué, dicho sea de paso, no se puede crear y recrear a placer, como pretenden tantos aspirantes a renovadores de la Constitución (Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil*, 4ª edición Trotta, Madrid, 2002).

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

En este contexto, era natural que no se permitieran extralimitaciones. No podía magistrado alguno decir otra cosa que no estuviera afirmada en la norma; y si era ésta la Ley Fundamental, menos aun podía contradecir ([381]).

Para interpretar la Constitución se crearon Tribunales especiales, que aun teniendo jurisdicción, pensaron que debían ser jueces con capacitación diferente merced al grado de responsabilidad que debían asumir.

El constitucionalismo significó, también, fortificar de una vez y para siempre los derechos de las personas, los que continuaban la línea impuesta desde el Código Civil de Napoleón, glorificando las potestades individualidades y la filosofía liberal ([382]).

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

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

Referimos a dos órdenes en particular. Por un lado, Latinoamérica legisló los procedimientos teniendo como ejemplo las leyes españolas, sin advertir que allí (y en casi todo Europa) la tarea jurisdiccional claramente dividía la tarea entre jueces comunes, tribunales constitucionales, justicia administrativa y, más recientemente, la jurisdicción comunitaria y transnacional. Cada sistema tenía su propio diseño formal y un método particular para desarrollar el conflicto. En cambio, nosotros, tomamos íntegramente la ley de enjuiciamiento y la adaptamos con sus reglas y solemnidades para resolver todo tipo de cuestiones. El Juez americano es, a un mismo tiempo, juez de causas comunes, constitucionales, administrativas, provocando que la función jurisdiccional pensada se deforme y entorpezca al confundir permanentemente la tarea primordial que cada situación tiene (v.gr.: no se puede adoptar iguales reglas procesales

---

[381] Explica Monroy Gálvez con solvencia habitual que, en el caso concreto de la Francia revolucionaria de 1789, por ejemplo, las espórtulas y la desconfianza social fueron la expresión típica que determinaron que se considerara a los Parlamentos –nombre del grupo social encargado del servicio de justicia- como expresión directa y concreta de la corrupción del Antiguo Régimen, razón por la cual fueron abolidos. Como sustituto de ellos, no solo se formó un nuevo servicio de justicia, sino que, en nuestro tema concreto, se exigió que las decisiones judiciales estuviesen sustentadas en la norma jurídica (Monroy Gálvez, Juan, *Introducción al proceso civil*, editorial Temis, Bogotá, 1996).

[382] En el espíritu de la revolución Francesa –afirma Zagrebelsky- la proclamación de los derechos operaba como legitimación de una potestad legislativa que, en el ámbito de la dirección renovadora que tenía confiada, era soberana, es decir, capaz de vencer todos los obstáculos del pasado que hubieran podido impedir o ralentizar su obra innovadora. La idea –o mejor, la ideología- de la codificación, esto es, la idea de la fundamentación *ex novo* de todo el derecho en un único sistema positivo de normas precisas y completas, condicionado solamente por la coherencia de sus principios inspiradores, es la primera y más importante consecuencia de la *Déclaration*...Al final, cualesquiera que pudiesen haber sido las intenciones de los constituyentes de 1789-1791, la idea, teóricamente muy prometedora, de la ley como codificación del derecho, no podía más que revelarse enemiga del valor jurídico de la *Déclaration*, arrojada al limbo de las genéricas proclamaciones políticas, carentes de incidencia jurídica por sí mismas e insusceptibles de aplicación directa en las relaciones sociales (op. cit., p.61).

y menos aun homogeneizar la tarea de interpretación cuando se trata de confrontar en causas eminentemente privadas o públicas de contenido constitucional).

Por otra vertiente aparece el problema del control de constitucionalidad. Recién en las últimas décadas se han efectuado cambios al modelo tradicional del control difuso, donde tienen potestad y deber de fiscalización todos los jueces. Se sublimó *Marbury vs. Madison* sin percatarse que el *stare decisis* (doctrina del precedente obligatoria) americano daba un tinte singular a la actividad política del Juez. Latinoamérica hizo caso omiso a esta nota peculiar del sistema y derivó en los inconvenientes conocidos de no poder controlar desde la Ley ni desde la Constitución toda una época oscura e ingrata de dictaduras y gobiernos de facto.

1.1 El concepto tradicional de "debido proceso"

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

En el primer volumen de nuestro conjunto de libros sobre el *Derecho Procesal Constitucional (Amparo,* 2002), habíamos destacado que el debido proceso responde en el constitucionalismo argentino al concepto formal de cómo debe sustanciarse un procedimiento, aun cuando al mismo tiempo, reconozca un aspecto sustancial, declarado como principio de razonabilidad ([383].

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

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

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

Es cierto que en sus comienzos el *due process of law* tuvo un valor fundamental que fue señalado en el capítulo 39 de la Carta Magna inglesa de 1215, donde se desarrolla este derecho de los barones normandos frente al Rey "Juan Sin Tierra" a no

---

[383] 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* (Cfr. Gozaíni, Osvaldo Alfredo, *Derecho Procesal Constitucional*, tomo I, editorial de Belgrano, Buenos Aires, 2000).

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.

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

La primera idea de estas garantías fue evitar el castigo arbitrario y las ilegales violaciones a la libertad personal y de los derechos de propiedad. Al mismo tiempo orientó a los jueces hacia un juicio justo y honesto. Creaba y protegía inmunidades que las personas nunca habían disfrutado hasta entonces, así como los derechos propios, atinentes a la persona o a sus bienes, y también significa que su disfrute no podía ser alterado por el Rey por su propia voluntad y, por ende, no podía arrebatárselas ([384]).

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

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

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

La razonabilidad estableció límites a la potestad judicial, y constituyó un llamado o advertencia al Estado en el sentido de que deben ajustarse, no sólo a las normas o preceptos concretos de la Constitución, sino también al sentido de justicia

---

[384] El contenido original de la Carta –se explica- era mucho más específico y restringido, como salvaguarda para asegurar un juzgamiento por árbitros apropiados, compuestos por los propios poseedores, por los barones mismos o por los jueces reales competentes. La cláusula no pretendía acentuar una forma particular de 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 (Zagrebelsky, op. cit., p. 79 y ss.).

contenido en ella, el cual implica, a su vez, el cumplimiento de exigencias fundamentales de equidad, proporcionalidad y razonabilidad ([385]).

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

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

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

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

1.2 Ideas equívocas sobre el "debido proceso"

La historia del debido proceso poco aclara para una definición; podemos colegir la misma vaguedad e imprecisión conceptual que tienen los preceptos expuestos al comienzo, como la importancia que tiene para establecer un dogma jurídico ([386]).

En rigor, la idea pilar originaria que tuvo el "debido proceso" fue de limitación al poder, porque el mentado principio de legalidad que se constituyó por el desarrollo constitucional del siglo XVIII y buena parte del siglo XIX, le otorgaba una autoridad

---

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

[386] Sostiene Morello que la historia y las referencias que pasan por el horizonte de los Estados Unidos de América marcan en la normativa, la consagración de los derechos y las garantías; a un primer tramo, etapa o período de "iusnaturalización" caracterizado por la simple "declaración" de los derechos junto a los principios básicos del Estado, sigue una segunda etapa, en la que los derechos y garantías se ven convertidos en "derechos fundamentales", positivizados con rigor y afán de cubrirlos con una coraza de operatividad, y concretar resultados efectivos. La tradición inglesa y el criterio manifiesto del juego real de las libertades recorta el perfil de esa clara distinción que potencia el plafón del ciudadano, que al seguir la línea de sentido americana, también vio el desarrollo que asumió desde Francia, mediante la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano, del 27 de agosto de 1789 (Morello, Augusto Mario, *Del debido proceso y la defensa en juicio al proceso justo constitucional*, en Rev. La Ley, 2003-D (diario del 13/06/2003).

soberana a las Cámaras legislativas, que se valieron del "imperio de la ley" para subordinar las acciones del gobierno y de los jueces.

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

La autoridad de la ley era la expresión suprema de la hegemonía, y el debido proceso legal no podía ser otro que el que las leyes modelaran, especialmente cavilando en el proceso penal ([387]).

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

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

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

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

Recuérdese que nuestro modelo instrumental fue tomado con estas características, y en consecuencia, debe quedar impresa en la memoria esta conclusión primera: *El debido proceso legal se sostiene en los principios de bilateralidad y*

---

[387] Así pues, las leyes, al ocupar la posición más alta, no tenían por encima ninguna regla jurídica que sirviese para establecer límites, para poner orden. Pero no había necesidad de ello. Jurídicamente la ley lo podía todo, porque estaba materialmente vinculada a un contexto político-social e ideal definido y homogéneo. En él se contenían las razones de los límites y del orden, sin necesidad de prever ninguna medida jurídica para asegurarlos. El derecho entra en acción para suplir la carencia de una ordenación expresada directamente por la sociedad, y no era éste el caso. Una sociedad política "monista" o "monoclase", como era la sociedad liberal del siglo XIX, incorporaba en sí las reglas de su propio orden (Zagrebelsky).

contradicción; ejercicio efectivo del derecho de defensa y garantías suficientes para la independencia e imparcialidad del juez interviniente en el conflicto.

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

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

El "*common law*" presta suma atención a la confiabilidad y honorabilidad de sus jueces, y por eso es tan importante la primera instancia, en lugar de los tribunales de apelaciones europeos que se distinguen por la formación de la jurisprudencia o doctrina judicial.

La fuerza del Juez americano está en sus potestades, antes que en las leyes. Tiene un sistema donde el poder se tiene y se ejerce, sin limitaciones obstruccionistas afincadas en principios estancos (como la bilateralidad y la contradicción) o en solemnidades inútiles que solamente sirvieron para hacer del proceso una regla de comportamientos y actitudes, de acciones y reacciones, de alegatos y réplicas, en los cuales la verdad de los hechos quedó bastante difuminada ([388]).

Ahora bien, si nuestra idea latinoamericana de debido proceso tiene raigambre en el modelo anglosajón, habrá que rememorar que no es el sistema procesal dispuesto para nuestros códigos.

De allí, entonces, el temor de precisar el alcance que tiene el debido proceso legal, el que termina siendo una referencia al Juez para evitar transgredir la vida, la propiedad o la libertad sino es en función de actuar una controversia entre partes.

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

1.3 El debido proceso constitucional

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

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

---

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

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 ([389]).

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

En definitiva, el proceso jurisdiccional tiene suprema importancia para el derecho procesal constitucional porqué es la auténtica protección de las garantías. Desde este punto de vista, hasta podría afirmarse que es la única garantía ([390]).

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

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

El sentido trasciende los espacios propios; va más allá de las soberanías resignadas al papel penetrante que tienen los Tratados y Convenciones sobre Derechos Humanos. Se abandona el señorío de la voluntad y se posterga las conveniencias particulares del Estado. La voluntad que se protege no es particular sino la universal del hombre que quiere para sí y por sí, con independencia de los particulares contextos de la relación, es decir, del hombre que actúa para la realización de sí mismo como sujeto absoluto ([391]).

---

[389] No debe creerse 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.

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

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

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 fundada 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 ([392]).

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

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

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

2. Conflicto de aplicación del nuevo "debido proceso"

---

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

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

Con la comprensión ofrecida para un *debido proceso constitucional* no se pretendió imponer desde la Norma Fundamental un criterio rígido ni un diseño preestablecido. Todo lo contrario, se han mantenido los esquemas ya dispuestos (v.gr.: art. 18, CN) y se los complementó con las nuevas garantías (v.gr.: art. 43, CN) ([393]).

La perspectiva reformadora, quizás, tuvo en cuenta que los principios constitucionales sobre la jurisdicción y el proceso necesitaban de reafirmaciones y progresos, antes que de reglas y leyes dictadas en consecuencia (v.gr.: el ejemplo del uso efectivo del amparo sin haberse reglamentado el art. 43, es una muestra contundente acerca de cómo se pueda hacer una realidad práctica y efectiva de una institución nueva, sin necesidad de aplicar leyes concretas que, a veces, terminan encarcelando o limitando las renovaciones).

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

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

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

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

---

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

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

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

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

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

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

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

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

Entonces, vinieron las cuestiones enojosas y hasta baladíes donde difieren los llamados *garantistas* que quieren a rajatabla que el debido proceso se constituya como un respeto absoluto a la regla de bilateralidad y contradicción, a la independencia absoluta del Juez, y para asignar a éste únicamente la función dirimente del conflicto;

respecto de quienes persiguen el *decisionismo judicial*, valorando la autoridad del Juez en el proceso, la búsqueda de la justicia a través de la verdad, la entronización del principio de igualdad, la colaboración en la prueba, etc.

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

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

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

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

Capítulo XVI

EL PLAZO RAZONABLE EN LOS PROCESOS CONSTITUCIONALES

1. Introducción

La historia de los procesos latinoamericanos tiene tras sí el empeño conceptual de seguir una tradición europea que, propiamente, no se adapta al sistema constitucional que los latinoamericanos tenemos.

En efecto, nuestra prosapia llega de la Ley de Enjuiciamiento civil española de 1881, que fue un sistema de procedimientos comunes pensado para un modelo constitucional donde se desconfía en los jueces, toda vez que, cuando se trata de interpretar la norma fundamental, la tarea se delega en el Tribunal Constitucional.

Mientras que en lo constitucional, propiamente dicho, venimos repitiendo mansamente a “Marbury vs. Madison”, afirmando sin cuestionamientos que hemos adoptado el método difuso para el control de constitucionalidad; cuando esencialmente, este es un mecanismo del “common law”, que confía plenamente en los jueces al punto de apoyar en ellos toda la vigencia de la ley. No nos olvidemos que en Estados Unidos vale más la jurisprudencia que la doctrina, y que las apelaciones son escalas formales de aplicación técnica, antes que una posibilidad de cuestionamiento a la decisión judicial.

Esta historia hoy se puede revertir sin se adopta cabalmente la influencia de lo transnacional en los contenidos de un nuevo proceso: un debido proceso americano que tenga como base la igualdad entre latinoamericanos que necesitan de un modelo común.

Entre los contenidos esenciales que modifican la tradición conceptual del debido proceso, aparece la regla del plazo razonable para determinar los tiempos que debiera insumir un procedimiento judicial.

Desde una perspectiva más amplia suele nominarse como el derecho a un proceso rápido, sencillo y eficaz, interesando en cada adjetivo un aspecto puntual a resolver.

Sin embargo, "plazo razonable" es un concepto indeterminado y, como tal, puede tener lecturas diferentes y hasta contradictorias entre sí, porque como suele ocurrir cuando se realiza interpretación, las opiniones tienen sentidos y objetivos, como sensaciones e influencias que afectan los criterios a seguir.

Por ejemplo, para un sector de la ciencia procesal el proceso no tiene necesidad de tiempos porque la satisfacción de los litigantes no proviene de la rapidez que tenga el sistema donde ventilar las controversias. En consecuencia, son las partes quienes disponen de los tiempos del proceso, porque solo a ellas les interesa la oportunidad para que el Juez resuelva con carácter definitivo.

> Cipriani, analizando el principio de impulso procesal desde la visión de Franz Klein, sitúa la cuestión entre dos ideologías. Los garantistas -dice- encuentran lógico que las partes, siendo libres de disponer de la relación sustancial, gocen de una cierta libertad en el proceso, y agregan que, desde

> el momento en que los recursos disponibles son limitados, debemos agradecerle al cielo que, sobre cien causas, sesenta no lleguen a sentencia. Los publicistas, por el contrario, sostienen que, durante el proceso, la libertad de disponer de la relación sustancial es en realidad sólo una concesión y, por lo tanto, aquella no implica disponer de los tiempos del proceso.
>
> Señala el profesor italiano: Podemos deducir que Klein, dando poderes a los jueces para hacer avanzar imperativamente los procedimientos civiles, fuerza una puerta que se abre para aquellas causas que, de otro modo, dormirían y, tal vez, no llegarían jamás a sentencia. Lo que significa, si no me equivoco, que el discurso de Klein no lleva tanto a acelerar el proceso civil sino más bien a imponer el tratamiento forzado de las causas que las partes querrían, al menos por el momento, mantener en *surplace*. De esto surgen algunas consecuencias.
>
> La primera es que el discurso de Klein presupone que el juez tenga poco que hacer; más precisamente, que las causas que las partes quieren ver decididas le dejen tiempo libre...La segunda consecuencia es que obliga al juez a ocuparse también de las causas que las partes no quieren tratar, se resuelve no sólo en menoscabo de la libertad de las partes, sino también en daño del juez, que se ve constreñido a trabajar de más (a cambio de la misma retribución). El juez, en efecto, para conducir el proceso desde el inicio, lo debe conocer y, para conocerlo, debe estudiarlo. Con el riesgo que supone, al inicio, de estudiarlo inútilmente. Así se explica por qué Klein, como Guardasellos, estuviera constreñido a controlar «con mano dura» a los jueces. La tercera consecuencia nos atañe de cerca: el discurso de Klein, si tiene sentido cuando el juez tiene poco que hacer, se torna peligroso cuando las causas a decidir por voluntad de las partes toman ya todo el tiempo del juez y pierde toda razonabilidad cuando sobre el escritorio del juez se forma, como en la Italia de hoy, que tiene 2200 jueces para más de dos millones de causas pendientes, una montaña de trabajo atrasado.

En cambio, otros han instalado el derecho a la celeridad del proceso jurisdiccional entre los terrenos abonados por la evolución de los derechos humanos, y en esa categoría, se convierte en un derecho fundamental que supone dos obligaciones inmediatas: *a)* reconocer el carácter de garantía procesal interna para asegurar un proceso rápido, eficaz y expedito, y *b)* admitir que se tiene un compromiso internacional al haber incorporado (art. 75 inciso 22, Constitución Nacional) los Tratados y Convenciones sobre Derechos Humanos que, expresamente, contienen este derecho fundamental.

Obviamente, este emplazamiento conduce a evidenciar responsabilida-des por la demora inusual, de manera tal que el derecho a evitar un proceso con dilaciones indebidas, supone también encontrar responsables que indemnicen al perjudicado por la rémora judicial.

> Sostiene Cançado Trindade que, toda la jurisprudencia internacional en materia de derechos humanos ha desarrollado, de forma convergente, a lo largo de las últimas décadas, una interpretación dinámica o evolutiva de los tratados de protección de los derechos del 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.

Por su parte, el derecho procesal se ocupó del tiempo en el proceso a través del *principio de economía*, pensando deberes, cargas y obligaciones de las partes a cumplir bajo ciertas formalidades (principio de legalidad instrumental), y en plazos y términos poco flexibles (generalmente, perentorios y fatales) que urgían las actuaciones procesales en períodos que raras veces se conseguían.

El desatino entre la norma y la realidad se hizo evidente, y convirtió en letra muerta buena parte de las disposiciones adjetivas vinculadas.

> Por eso, la moderna orientación doctrinaria apunta que, un plazo procesal, independientemente del número de unidades temporales que reúna, debe ser flexible, objetivo y razonable, y, además, responder a un criterio uniforme de asignación; de tal manera que cuando se susciten controversias respecto de la duración adecuada de una concreta actuación procesal, el Juez pueda recurrir a una regla general que permita superar formalismos innecesarios. Por ello -dice Riba Trepat- si decimos que un proceso constituye una sucesión de actos a través de los que se verifica la interacción entre la acción y la jurisdicción; la duración de un juicio no es otra cosa que la duración del conjunto de sus actuaciones, y, en consecuencia, la razonabilidad temporal del proceso se construye también mediante el establecimiento de plazos razonables.

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 desde la realidad, es decir, midiendo en términos de lentitud o celeridad la eficacia que del servicio judicial se transmite.

Veamos entonces, esta primera etapa del estudio, para observar 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.

> 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».

El primer aspecto es consecuencia de la llamada *publicización del proceso civil*, que significa poner entre los postulados del proceso, la necesidad de conseguir eficacia en el término más breve posible e invirtiendo para ello la menor cantidad de actos procesales.

Celeridad y concentración se integran para dar unidad e inteligencia al principio; pero también ambos reciben la influencia de otros presupuestos o reglas notables que inciden para la buena marcha del litigio, relacionándose entonces, el principio de eventualidad, de saneamiento y otros que se anexan en etapas específicas del trámite (v.gr.: adquisición, preclusión, entre otros).

Algunos autores consideran que no es correcto tomar del principio de economía procesal el objetivo de la rapidez, porque ello depende de otro principio que es el de celeridad; de todos modos, si el fin es lograr un proceso ágil, rápido y efectivo, en el menor tiempo, habrá que poner el acento en las características que se persiguen conseguir, sean éstas acentuadas en la conducta que de las partes se espera, o en la simplificación de la estructura del procedimiento.

Por tanto, la economía de esfuerzos (primer aspecto del principio) acierta para definir algunas condiciones, mientras que la celeridad será una consecuencia del empeño propuesto para dar eficacia al proceso. A su vez, esa celeridad se apoya en otras pautas previstas para diseñar un trámite determinado, sin perjuicio de las que se dirigen a quienes litigan ante la jurisdicción.

En base a ello, el principio de economía procesal orienta al justiciable para obrar con interés y celeridad, poniéndole condiciones técnicas a sus actos.

2.1. El principio de eventualidad

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 distintas variantes. El meollo de la cuestión radica en cumplir todas las secuencias del procedimiento en la menor cantidad posible de actos.

Claro está que la adscripción a la oralidad o a la escritura subordinan las modalidades del tipo; pero la interpretación cabal de la idea está en resumir la actividad a las etapas necesarias, útiles y conducentes, eliminando las que fueses 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 visión economicista de la celeridad procesal

Con otra visión, se señala que la función social del proceso consiste en la satisfacción de pretensiones, desplazando el *prius* de la resolución justa de los conflictos intersubjetivos.

De este modo, la actividad jurisdiccional se establece como una obligación de hacer constante, que evite los tiempos muertos del proceso, y con el fin de lograr la máxima cobertura asistencial en el menor tiempo posible.

Esta imagen acotada se instala en los intereses a tutelar y en la persona que reclama la intervención del Estado a través del proceso jurisdiccional.

No obstante, el proceso como garantía constituida en las normas fundacionales de la organización jurídica, no puede transportar al justiciable las penurias del sistema político económico ante una situación financiera angustiosa; porque al Estado le corresponde ofrecer una vía rápida y expedita para concretar la tutela judicial sin que la misma se coarte o convierta en una utopía por cuestiones de diversa restricción.

Es decir, el acceso a la justicia no puede tener vinculación con la economía, porque el proceso es una garantía para el hombre; a él se debe la formación lógica de esta vía de pacificación que reconoce en los jueces una especie de representantes sociales que tienen el poder-deber de resolver los conflictos por la delegación obtenida a través de la confianza en ellos depositada cuando la sociedad se organizó para vivir en comunión.

En nuestro concepto, desligados de afanes economicistas que ven al proceso como un medio de inversión a riesgo donde las ventajas que otorga la presunción de obrar a derecho puede generar un cierto índice de seguridad que se desvirtúa por el costo adicional no previsto (honorarios regulados, honorarios de peritos, tasas posteriores del trámite, etc.), creemos que el tema merece abordarse desde otra perspectiva.

La situación se puede observar como un problema de pérdida constante de interés (espiritual y económico) para solucionar la controversia, cuanto mayor sea el tiempo que insuma el trámite para llegar a la sentencia. Es evidente que el costo que tiene el actor difiere del que asume el demandado, como también lo es que ambos pierden, cuanto más distante se vea el horizonte de la solución definitiva.

Por ello, ninguna regla puede resolver el problema de la celeridad sino se adecua a la realidad que lo trasciende, para comprender que cuanto más presupuestos se pongan para la rapidez procesal más lentas serán las respuestas del sistema, porque como ha dicho el Comité de Ministros del Consejo de Europa: *para preservar las garantías de todos los justiciables, contenidas en las reglas tradicionales del procedimiento, y la cualidad de la justicia exigida en una sociedad democrática, convendría que el procedimiento civil fuera más simple, más flexible y más breve...*

> En el plano del derecho internacional -donde se pasó a estudiar los distintos aspectos del derecho intertemporal- del mismo modo, se tornó evidente la relación entre el contenido y la eficacia de sus normas y las transformaciones sociales ocasionadas en los nuevos tiempos. Un *locus classicus* al respecto reside en un célebre *obiter dictum* de la Corte Internacional de Justicia, en su Opinión Consultiva sobre Namibia de 1971, en que afirmó

> que el sistema de los mandatos (territorios bajo mandato), y en particular los conceptos incorporados en el artículo 22 del Pacto de la Sociedad de Naciones, "no eran estáticos sino por definición evolutivos". Y acrecentó que su interpretación de la materia no podría dejar de tomar en cuenta las transformaciones ocurridas a lo largo de los cincuenta años siguientes, y la considerable evolución del *corpus juris gentium* en el tiempo: "un instrumento internacional debe ser interpretado y aplicado en el marco del sistema jurídico vigente en el momento de la interpretación" (Voto concurrente del Dr. Cançado Trindade, en Opinión Consultiva 16/99 del 1 de octubre de 1999).

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.

> 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.

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.

> Aparece así la "paralización del proceso civil" que fuera advertida por Guasp hace muchos años, sin perder vigencia esta observación. Decía el maestro español que cuando se manejan criterios sistemáticos diferentes a los clásicos para estudiar las causas de la suspensión de los tiempos del proceso, se incurre en un error palmario porque no se atienden los requisitos que deben cumplir los sujetos, el objeto procesal y la misma actividad. En efecto, si se atiende a las partes, una de las causas de la paralización (mejor llamada de *interrupción*) proviene de las circunstancias que a ellos le ocurre (v.gr.: muerte, pérdida de capacidad), o que otros les provoca (v.gr.: renuncia del procurador, fallecimiento o promoción del Juez de la causa), de modo tal que el proceso se interrumpe hasta que se valida nuevamente la relación jurídica procesal. Cuando la paralización procesal reconoce como causa directa o razón fundamental de ser la producción de una circunstancia que no afecta a los sujetos, sino al objeto, entonces nos hallamos ante una de las manifestaciones de la figura menos reconocida por la teoría y por la práctica, pese a su indiscutible significación dogmática y real. Por ejemplo, las cuestiones prejudiciales que significan un motivo de *detención* procesal. El problema está en paralizar el proceso en toda su práctica, por esperar una resolución que podría no afectar todo el continente litigioso. Finalmente existe una tercera manifestación de la paralización procesal que se da independientemente de los sujetos y del objeto procesal, son los actos procesales mismos; aquellos que engendran la quietud normal del procedimiento por cuestiones vinculadas con la actividad estricta que deben desarrollar. Surge aquí la idea de *suspensión*, concepto empleado por el derecho positivo en general, pero que en realidad, debiera recibir un acotamiento técnico que lo limite a supuestos específicos.

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 de apelaciones con aprobación de aquélla, o accidentalmente, por los tribunales o jefes de la oficina que lo requieran.
>
> 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.

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.

"*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 Trepat el horario de trabajo de los tribunales supone un quebranto a las garantías de acceso a los órganos judiciales, y también una dejación de tiempo por parte de los máximos órganos de gobierno del Poder Judicial. Y es que éste se debate en el tema entre dos disyuntivas: su función de juzgar y de proteger el valor justicia -que no conoce horarios-, y el carácter funcionarial de las personas a él adscritas.

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 pueden aplicarse por semanas sin paralizar en ningún momento la actividad judicial.

> Según Morello, los órganos de la Administración de justicia deben asegurar la eficiencia de los tribunales, necesitados de aplicar también otros criterios de los que le suministra la ciencia del derecho. Las apreciaciones de los ciudadanos -el peso de la opinión pública- respecto a la duración del proceso, depende no solamente de la cultura jurídica, del género o naturaleza de los asuntos que se llevan a los tribunales, sino de una multitud de factores o causas, de entre las cuales una *buena organización* de la empresa judicial, el nivel específico de la formación de los jueces, la cooperación en el consejo y selección del abogado con más el apoyo de otras instituciones del Estado, permiten instalar la discusión de los problemas en un nivel de maduración, control y ajuste inéditos. Y la actitud del consumidor jurídico (en algunos países, se dice que "los peores enemigos de la justicia" son los litigantes).

3.3 Los plazos y términos para el ejercicio de la función jurisdiccional

Los plazos procesales se estudian desde ópticas distintas, permitiendo alcanzar conclusiones igualmente diferentes conforme el ángulo de observación analizado.

Una de estas variables consiste en dividir los plazos en *propios* e *impropios.* Los primeros, se dirigen al interesado que plantea pretensiones ante la jurisdicción, a quien se lo somete a exigencias de tiempo, espacio y forma que se amparan bajo el principio de legalidad instrumental.

Los llamados plazos *impropios* son 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.
>
> Incluso, agrega el profesor de Barcelona en otra obra, que el mero enunciado de la distinción y atribución de distintos efectos a uno y otro tipo de plazos es de suyo el reconocimiento del relativo fracaso de someter a disciplina procesal a la jurisdicción.

La ambivalencia se refleja en los efectos que tiene el incumplimiento de los tiempos legalmente previstos. Para las partes los plazos son perentorios y fatales, mientras que los términos precluyen sin posibilidad de repetición; en cambio, el órgano jurisdiccional solamente recibe sanciones disciplinarias que se eluden o derivan hacia el Secretario u otros funcionarios o empleados, siendo el Juez únicamente la custodia formal prevista por el art. 34 inciso 5º en sus distintos apartados, del Código Procesal nacional.

Recién con la sanción de la Ley 25.488 se 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 2º, 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.

> Magníficamente resume Riba Trepat que, el plazo, por sí mismo, no presenta elementos suficientes como para sustentar una clasificación más allá de consideraciones superficiales, pues lo verdaderamente significativo es la respuesta del ordenamiento jurídico ante la verificación de una actuación procesal que carece de regularidad temporal. Otra cosa es que, por ser los actos de parte predominantemente potestativos, sea la ineficacia la consecuencia propia de la inobservancia de los plazos que les afectan, de modo que la responsabilidad subjetiva recae fundamentalmente sobre el órgano jurisdiccional, que es quien tiene que cumplir con la obligación de resolver, y de hacerlo en el tiempo que marca la ley.

4. Los Tratados y Convenciones Internacionales

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 nuestro "*Derecho Procesal Constitucional*" (editorial Belgrano) sostuvimos que la inexistencia de un recurso efectivo contra las violaciones a los derechos reconocidos por la Convención constituye una transgresión de la misma por el Estado Parte en el cual semejante situación tenga lugar. En ese sentido debe subrayarse que, para que tal recurso exista, no basta con que esté previsto por la Constitución o la ley o con que sea formalmente admisible, sino que se requiere que sea realmente idóneo para establecer si ha incurrido en una violación a los derechos humanos y proveer lo necesario para remediarla.
>
> No pueden considerarse efectivos aquellos recursos que, por las condiciones generales del país o incluso por las circunstancias particulares de un caso dado, resulten ilusorios. Ello puede ocurrir, porque el Poder Judicial carezca de la independencia necesaria para decidir con imparcialidad o porque falten los medios para ejecutar sus decisiones; por cualquier otra situación que configure un cuadro de denegación de justicia, como sucede cuando se incurre en retardo injustificado en la decisión; o por cualquier causa, no se permita al presunto lesionado el acceso al recurso judicial (Considerando 24, OC8/87)

En resumen, si tenemos en cuenta que el art. 75 inciso 22 de la Constitución Nacional establece la complementariedad de estos tratados y convenciones supranacionales con las garantías y derechos reconocidos en la primera parte de la ley superior, queda demostrado que todas las garantías enumeradas deben formar parte de los mínimos requeridos para el debido proceso legal.

Para comprender con mejor definición como se articula el derecho a tener resuelto un proceso judicial en un *plazo razonable*, es conveniente recordar la doble lectura que tiene el artículo 18 de la Constitución Nacional, de modo tal que, por una parte deben analizarse las condiciones previstas para la seguridad personal y la defensa individual; y por otra, las garantías que en todo proceso judicial deben mantenerse vigentes.

4.1 Derecho subjetivo a obtener sentencia en un plazo razonable

Los tratados y convenciones sobre Derechos Humanos, sumado a la interpretación jurisdiccional que de ellos realizan los tribunales supranacionales, además de la influencia que ejercen los organismos internacionales y la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, todos en conjunto, concitan un llamado a modificar la tradición conceptual del derecho de defensa, para aumentar la garantía hacia un calificación más amplia del *debido proceso.*

Este proceso no ha de ser un simple procedimiento tomado de los ordenamientos procesales, es preciso reformular el método y la ideología, con el fin de propiciar la eficacia del servicio jurisdiccional a través de un proceso sin restricciones (legitimación amplia, prueba conducente y efectiva, sentencia útil y motivada); y de lograr que el enjuiciamiento llegue en su tiempo, que no es otro que el de los intereses que las partes persiguen cuando ponen el conflicto en conocimiento de los tribunales.

> De alguna manera es una reconversión del derecho subjetivo, que conservando la noción de tutela perseguida, exige de ahora en más, que la protección (la sentencia) llegue oportunamente; es decir, cuando se necesita seguridad y certidumbre, evitando las sentencias que por el paso del tiempo pierden interés de los justiciables.

Se propicia trabajar los conceptos en armonía, porque de no hacerlo, cualquier infracción al derecho fundamental de simplicidad, celeridad y eficacia en los procesos, serviría para encontrar manifiesto el incumplimiento en el derecho al proceso debido; y de resultar así, bastaría con condenar al órgano judicial que infringe cualquiera de estos deberes.

Además, en la idea de sencillez, brevedad y eficacia implícita, no pueden eludirse las categorías de problemas y conflictos, en la medida que es muy distinta la prioridad que merece una controversia privada respecto de una crisis constitucional; recordando al efecto que, en América, la actuación jurisdiccional cubre varios frentes que en Europa se desgranan en tribunales independientes, ejerciendo una verdadera "administración de justicia", antes que un Poder auténtico como el que tiene el método difuso de actuación constitucional de los jueces americanos.

> Por eso señala Gimeno Sendra que algunos países europeos no aplican internamente el citado art. 6.1, habiéndose dicho por la Comisión de Derechos Humanos que, en lo que concierne al procedimiento instruido en el recurso de amparo, se recuerda que, tratándose de la República Federal de Alemania o de Suiza, ellas han declarado que el artículo 6 párrafo primero, es inaplicable a los procedimientos de examen de los recursos de carácter constitucional. En efecto, una Corte Constitucional no se ocupa más que de los derechos fundamentales; dicho en otras palabras, ella soluciona los litigios declarando la compatibilidad con la Constitución nacional de los actos o de las medidas tomadas por los poderes públicos en el ejercicio de la potestad pública.

4.2 El plazo razonable en el discurso Europeo

Esto último no es un detalle, porque son demasiados los estudios que reproducen ideas traídas desde el viejo continente, sin advertir nuestras particularidades e idiosincracias. Concretamente, el "plazo razonable" y las "dilaciones indebidas", son temas resueltos en la dimensión del proceso penal, o del contencioso administrativo, principalmente, aun reconociendo sus proyecciones a la jurisdicción ordinaria y constitucional.

Pero lo cierto es que en Europa hay varias jurisdicciones claras y concretas que actúan diferente respecto de nuestros jueces de América; allí la justicia administrativa, comunitaria, constitucional y ordinaria tienen independencia recíproca, no comulgan con el mismo procedimiento; mientras que nuestro país, por ejemplo, aplica el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación para resolver el mismo tipo de cuestiones litigiosas sin diferenciar la magnitud o dimensión de los problemas.

> Bien apunta Gimeno Sendra que, ciertamente, cuando las dilaciones indebidas inciden sobre el derecho a la libertad, el celo del juzgador a la hora de reparar dicho derecho ha de ser mucho mayor, puesto que, tal y como declara el propio Tribunal Constitucional, "cuando se juzga en materia penal o desde otro orden, en materia de derechos a los que el constituyente ha asignado una preferencia, la idea de plazo razonable tiene otros componentes y otras exigencias. Mientras un proceso, más allá de ciertos límites temporales, puede generar un rechazo claro cuando se trata de materia penal, no lo es cuando la demora se da en otras materias".

Del conjunto normativo antes mencionado, el *Pacto de San José de Costa Rica* se muestra con rasgos que lo singularizan, porque refiere al derecho que tiene toda persona para ser oída *dentro de un plazo razonable,* escapando al restriccionismo del "Pacto de Derechos Civiles y Políticos" (art. 14 inciso 3º, *c*) que incorporó al proceso penal la obligación de resolver sin dilaciones indebidas.

Este concepto, articulado con el resto de los Tratados y Convenciones que se agregan como derechos fundamentales a nuestra Constitución nacional (art. 75 inciso 22) generan un nuevo marco al debido proceso: *el derecho a un proceso rápido, sencillo y eficaz*.

4.3 Proceso rápido y dilaciones indebidas

El problema de la *rapidez* que ha de lograr un proceso se asocia con las *dilaciones indebidas* para definir la garantía a la seguridad jurídica que deben tener las partes en el conflicto judicial.

Lo que no hay que hacer es vincular celeridad con demoras incorrectas para deducir de ello la responsabilidad del órgano jurisdiccional; este no es el tema del acápite, pues existen procesos rápidos con lentitudes provocadas por el mismo sistema, así como hay juicios ordinarios que se resuelven con apuros intencionados.

En realidad, la conexión trata de establecer un plazo razonable, adecuado a las circunstancias de cada conflicto, pero siempre asociado al principio de economía procesal y de eficacia de la institución.

Debe quedar en claro que la rapidez no supone establecer una finitud perentoria, vencida la cual el proceso quedaría anulado. Solamente es un marco referencial que significa distribuir en cada etapa del procedimiento la mayor parte de actos de impulso y desarrollo, de modo tal que se permita, en el menor número de ellos, alcanzar el estado de resolver sin agregar trámites.

> En el art. 6.1 del Convenio de Roma -informa Riba Trepat-, promovido por el Consejo de Europa, los Estados contratantes coincidieron en atribuir la condición de derecho humano a la garantía procesal consistente en obtener una decisión judicial en un plazo razonable; y consecuentemente, asumieron la obligación de Derecho Internacional Público, de articular los mecanismos jurídicos necesarios para que las causas que se sustancien ante sus órganos jurisdiccionales sean resueltas en un plazo que, permitiendo el adecuado ejercicio del derecho de defensa, incorpore el factor temporal indispensable para no hacer ilusoria la tutela judicial.

La rapidez prevista como destino tiene en cuenta las características del objeto a resolver; la presencia de partes múltiples; las dificultades de encontrar el Juez competente o la jurisdicción a intervenir; la complejidad del asunto; entre muchas otras variables que obligan a dar pautas, antes que condiciones de tiempo preciso.

No es posible establecer una regla finita como se ha establecido en el proceso penal cuando establece como criterio de orientación el plazo de dos años sin resolver la situación procesal del individuo detenido. Ello así, porque la razonabilidad de un plazo se debe compulsar en su contexto específico, sin más limitación que el sentido común.

> La Comisión Interamericana de Derechos Humanos sigue al Tribunal Europeo de Derechos Humanos cuando expresa que, hasta que recaiga sentencia condenatoria, el acusado debe ser considerado inocente y la finalidad del precepto que otorga derecho a un proceso sin dilaciones indebidas es, fundamentalmente, que se conceda la libertad provisional desde que la continuación de la detención deja de ser razonable. Por ello, esta razonabilidad de la medida, o de un plazo, debe apreciarse en su circunstancia, toda vez que no existen criterios generales de validez universal.
>
> 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.

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.

> 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).

4.4 La reforma constitucional argentina de 1994 impuso el derecho a un proceso rápido y expedito

La renovación constitucional argentina surgida en el año 1994, trajo un emplazamiento distinto al concepto de celeridad del trámite judicial, cuando el art. 43 dispone que *toda persona tiene derecho a un proceso rápido y expedito.*

Esa obligación fundamental de actuar en tiempo y oportunamente, se acentúa en los procesos constitucionales, pero supone, además, incorporar a todo proceso el valor de la *tutela judicial efectiva*.

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 tutela judicial sería ilusoria, haciendo cierto el aforismo que dice "*injusta la sentencia que juzga cuando ya no debe juzgar*".

4.5 Proceso sencillo

La *sencillez* es una de las dificultades superiores para comprenderlo en la noción de "debido proceso". Sencillo puede ser simple, respondiendo así a la idea de simplificar el trámite judicial de manera que pueda ser comprensible para todo neófito en lidias o conflictos ante la justicia.

El modelo a desarrollar podrá ser oral u escrito, pero tiene que resultar entendido por quien debe acudir al proceso. La simplicidad de las formas y la comprensión del método empleado para el debate es el problema acuciante en la actualidad, por el cual se observa en los trámites y procedimientos más ficciones que realidades.

Se persigue concretar reglas elementales carentes de formalismo y solemnidad, donde la ceremonia no domine el desarrollo central del acto procesal.

Un análisis superficial demuestra cuánto de este absurdo ocupa el territorio del procedimiento. Desde la formalización sacramental de la demanda, hasta la redacción de la sentencia, pasando por la confección de cédulas, testimonios y comunicaciones entre Tribunales, actuaciones testimoniales, declaraciones de terceros, etc., en todos ellos queda impresa la emoción del leguleyo de encontrarse en un pasado glorioso de pelucas, y entogados.

Por tanto debe quedar en claro que el argumento dogmático que trasunta el "debido proceso" cuando preconiza el ideal de información y derecho de defensa, no puede resultar bastante para una sociedad moderna que exige participación plena y reconocimiento efectivo sobre la forma del debate.

"Saber de qué se trata", "resolverlo sin absurdos ritualismos", "en el menor tiempo posible", y *fundadamente*, parecen ser las consignas necesarias para la sencillez procesal.

En nuestro país un ejemplo elocuente para observar como las formas procesales agreden el derecho de defensa, y proyectan una severa restricción al concepto constitucional del "proceso debido", ocurre con el denominado "exceso ritual manifiesto", por el cual el litigante es afectado por la estricta aplicación de los principios procesales, llevados a extremos de increíble restricción (v.gr.: no poder defenderse ante una demanda por contestarla un minuto después de vencido el plazo;

imposibilidad de llevar al proceso prueba documental esencial para el esclarecimiento de la litis cuando se pretende hacerlo fuera de los tiempos previstos para ello; negativa de recepcionar escritos o peticiones por la falta de cumplimiento en los tipos o caracteres de impresión; etc.).

Es evidente que la esencia de tratamiento injusto para un reclamo aparece cuando se produce esa desviación grotesca del proceso, la cual supera un margen de error tan grande que resulta intolerable para la sociedad.

> Dice Comoglio que se pueden trazar algunas bases mínimas de armonización para un proceso justo: a) La enunciación de algunos conceptos fundamentales; b) La formulación de numerosas normas generales sobre la jurisdicción; c) La individualización de precisas directivas de política procesal. En lo primero, se ha trabajo con intensidad en las convenciones internacionales que procuran que la jurisdicción actúe mediante un proceso justo y ecuánime regulado por la ley. Se presenta, luego, la expresión de otros corolarios que se refieren a las estructuras procedimentales de la justicia (y de la civil, en particular). En línea de principio, el proceso civil se desenvuelve en el contradictorio entre las partes en condiciones de paridad, ante los órganos jurisdiccionales. Estos últimos, en primer grado, son preferiblemente monocráticos y, de todas formas, son compuestos por jueces terceros independientes e imparciales, a los cuales le corresponde: -el poder/deber de desarrollar las actividades a ellos atribuidas por ley como "diligentes directores"; -el deber de adoptar las resoluciones jurisdiccionales en el momento oportuno, *asegurando en todo momento, la razonable duración y finiquito de los litigios.*

Procedimiento sencillo también puede ser aquél que resume las actuaciones procesales en etapas bien delimitadas en sus posibilidades de tiempo y actuación efectiva.

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 Cabildo; las formas complicadas de los interrogatorios al testigo que deben preparar con anterioridad las partes, cuando el que debe interrogar es el Juez y *prima facie*, no necesitaría de esas piezas de orientación; etc., etc., etc.)

4.6 Proceso eficaz

La *eficacia* es un concepto pragmático. Se mide con resultados. De seguir este piso de marcha seguramente la noción de "debido proceso" golpearía su realidad ante cada litigio, frente a los avatares que sufre con su eficacia intrínseca.

Pero la eficacia que referimos se debe valorar desde una perspectiva constitucional. No hay un proceso debido por sí mismo. La garantía se le debe a la sociedad y a cada individuo en particular, por eso, el proceso existe con anterioridad al

conflicto, y puesto en marcha, "mide" su eficacia en relación con los derechos que viene a tutelar.

> Por ello algunos juristas americanos interpretan que el "debido proceso procesal" no puede ser asimilado a la condición de un derecho humano que tenga existencia por sí mismo y que como tal goce de ese rango.
>
> Hasta ese punto -dice De Bernardis- va la concepción predominante en el constitucionalismo norteamericano. A partir de ella, se intenta desarrollar la idea de que existe un interés de la justicia para resolver con soluciones procesales definitivas -sin interesar la materia controvertida ni la trascendencia de los intereses que están siendo afectados- que se encuentra inmerso en el derecho a la libertad y, por tanto, para afectar este derecho se requiere de un debido proceso.
>
> De esta manera, por un camino indirecto, se estaría consagrando la calidad de derecho autónomo del debido proceso con rango constitucional. Si la libertad solamente puede ser afectada por un debido proceso y dentro del concepto de libertad se enmarca la imposibilidad de ser afectado por sentencias arbitrarias, entonces se llegaría al absurdo lógico que solamente se podría dar una sentencia arbitraria luego de observarse un debido proceso de ley, lo cual, siendo una contradicción en sus términos, resulta imposible de verificarse en la realidad puesto que la observancia de un debido proceso resulta la vacuna más efectiva para prevenir los males que las sentencias arbitrarias pueden causar.

En el fondo, la cuestión "debida" resuelve su efectividad confrontada con el mérito que obtiene el tratamiento de los derechos en juego. El procedimiento será importante pero no por sí mismo, sino antes bien, como un modelo técnico solvente para debatir los conflictos que la sociedad y las personas tienen.

Una vez más queda de manifiesto la doble naturaleza del "debido proceso", con su *status* negativo (libertad frente al Estado) como por su *status* positivo (pretensión frente al Estado).

Si cotejamos la "eficacia" como valor declamado, un buen signo lo obtenemos del art. 24 constitucional de España, por el cual surge el famoso derecho a la "tutela judicial efectiva". Este concepto, se ha dicho, obliga a los procesalistas a realizar el esfuerzo de abandonar la reconducción del principio a los moldes acuñados en el derecho procesal, porque necesariamente al tratarse de un derecho cívico, de un derecho subjetivo público, debe engarzarse con naturalidad y con vigor en el ámbito del derecho procesal constitucional.

> La consideración del derecho al proceso debido, al proceso dotado de las suficientes garantías, como derecho encuadrado en los derechos de seguridad frente a los derechos personalísimos, o los derechos cívico-políticos, o los derechos de sociedad, de comunicación o de participación en la tradicional clasificación de Gregorio Peces Barba, plantea la cuestión de la necesidad de su desarrollo legal.
>
> A diferencia de aquellos otros derechos fundamentales cuyo ejercicio, dependiendo de la voluntad humana no necesita de ninguna intermediación, y exigen un desarrollo legal como presupuesto para su ejercicio, el derecho al proceso se desenvuelve necesariamente dentro de la actividad procesal enmarcada por las leyes reguladoras de los procesos jurisdiccionales.
>
> Se advierte así la aparente contradicción al constatar que si el derecho al proceso debido no necesita leyes complementarias de desarrollo en su condición de derecho fundamental, sin embargo la actualización de su contenido sólo es posible dentro de los formalismos procesales definidos por el Estado a través de la ley, para posibilitar al ciudadano en ejercicio de este derecho, actuar ante la Administración de Justicia, de modo que el derecho al proceso se escinde en el cauce de una multiplicación de preceptos legales, operación no urgida por ningún otro derecho fundamental (Bandrés Sánchez-Cruzat)

5. 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.

A veces, estas actitudes propias de la rémora judicial se convalidan por la ausencia de denuncia de los perjudicados, haciendo real e irritante, el principio que sostiene que en el proceso, *todas las nulidades son relativas.*

En otras, el mismo sistema deja sin defensas al interesado que afronta, en tal caso, la imposibilidad de reclamar y contradecir el método que se le impone, debiendo quedarse a la espera de una sentencia que nunca llega.

Muchas veces, la inercia se produce en el escalonamiento de las etapas del procedimiento, y en el desinterés de actuar conforme a la obligación ya anunciada, es decir, de "tutelar el derecho, en un proceso rápido y expedito".

Cuando las demoras procesales son producto de la acción de las partes, la dilación compromete el deber jurisdiccional de controlar la regularidad de las actuaciones que el proceso suscita; mientras que si la lentitud se produce por la injustificada reacción de la judicatura a los pedidos de los litigantes, la consecuencia es hacer responsable al órgano judicial.

Por tanto, el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas se vincula con el derecho a la jurisdicción y no puede entenderse como algo desligado del tiempo en que debe prestarse por los órganos del Poder Judicial, sino que ha de ser comprendido en el sentido de que se otorgue por éstos, dentro de los razonables términos temporales en que las personas lo reclaman en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos.

> Por eso, dijo el Tribunal Constitucional español que, "el ámbito temporal en que se mueve el derecho a la tutela efectiva de los jueces y tribunales lo viene a consagrar el párrafo segundo del artículo 24 de la Constitución, al hablar de un proceso público sin dilaciones indebidas, y aunque pueda pensarse que por el contexto general en que se utiliza esta expresión sólo está dirigida en principio a regir en los procesos penales, ello no veda que dentro del concepto general de la efectiva tutela judicial deba plantearse como un posible ataque al mismo, las dilaciones injustificadas que puedan acontecer en cualquier proceso" (TC, sentencia del 14 de Julio de 1981).

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.

5.1 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.

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.

No se castiga la simple inactividad, ni la rémora por la desorganización, sino la tardía producción de actuaciones necesarias para evitar perjuicios materiales o morales en la persona que ha requerido la intervención judicial.

> Riba Trepat sostiene que hay un género de dilaciones que está a medio camino entre la omisión, entendida como ausencia total de actividad jurisdiccional, y el acto judicial expreso de contenido dilatorio; y es aquel en el que el Tribunal Constitucional español entra a valorar la trascendencia temporal en la sustanciación de un proceso como resultado de la impugnación de una resolución judicial que, por sí misma, no es capaz de producir dilación alguna, sino que únicamente sirve a la parte como vehículo formal de acceso al Tribunal. De alguna forma, el núcleo del debate constitucional en asuntos como éste, gravita en torno al contenido del deber de impulso de oficio que incumbe al órgano judicial responsable del proceso.

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. "*Giroldi, 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 voto en disidencia de los doctores Petracchi y Boggiano (CS, 1998/03/16, "*Kipperband, Benjamín*", La Ley, 2000-B, 831 [42.449-S]).

> Informa Albanese que, en el ejercicio de sus atribuciones, la Comisión Interamericana ha desarrollado algunos aspectos de la normativa convencional; entre ellos, el derecho al plazo razonable como elemento indisoluble del debido proceso legal (art. 8º.1); el principio de inocencia (art. 8º.2); y el derecho a la libertad personal y a la razonabilidad de la duración de la detención preventiva (art. 7º.5).
>
> Con respecto al art. 7º.5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos -dice-, la Comisión, entre otras consideraciones sostuvo que el principio de legalidad que establece la necesidad de que el Estado proceda al enjuiciamiento penal de todos los delitos, no justifica que se dedique un período de tiempo ilimitado a la resolución de un asunto de índole criminal; destacando "*...de otro modo, se asumiría de manera implícita que el Estado siempre enjuiciaría a culpables y que, por lo tanto, es irrelevante el tiempo que se utilice para probar la culpabilidad*" (Informe nº 12/96, Caso 11.245).

En la causa " *Sánchez Reisse, Leandro y otros*", explicó que el concepto de plazo razonable de detención, previsto en el art. 7º.5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en el art. 9º, inc. 3º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ambos de jerarquía constitucional -art. 75, inc. 22, Constitución Nacional-, tiene como fundamento la injusticia que significa la morosidad en un proceso donde una persona encarcelada espera su veredicto, y tiende a acelerar el proceso penal. Con ello se debe evitar razonablemente la prisión preventiva, y dar cauce a la excarcelación durante su trámite, con subordinación a garantías que hacen a la eficacia del mismo (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]).

El análisis del tiempo de detención preventiva, llevó a tener que estudiar si existe un plazo máximo de prisión para los procesados aún no condenados,

circunstancia que se articula con la excarcelación del inculpado frente al delito que se le imputa.

> En la causa "*Fasciutto, Julián*" resuelta por la 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).

La detención preventiva se aplica sólo en casos excepcionales y su duración se debe examinar a fondo, especialmente cuando el plazo es superior al límite que estipula la ley para todo el proceso penal.

De todos modos, la prisión sin condena puede no ser razonable aunque no exceda dos años, como, asimismo, dicha detención puede ser razonable aun después de cumplido el límite de dos años.

Esta es la lectura que hace el *Informe de la Comisión 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.

En suma, no se puede juzgar que un plazo de detención preventiva sea razonable "*per se*" solamente basándose en lo que prescribe la ley, sino que debe fundamentarse en la sana crítica del juez, quien llega a una decisión utilizando los criterios que establece la ley.

- *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.

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 Buccholz, 1981/05/06); mientras que en materia penal, se trata de saber a partir de cuándo una persona se encuentra delante de una "acusación": puede ser el momento del arresto (caso Wemhoff, 1968/06/27, caso Corigliano, 1982/12/10); de la acusación (caso caso Neumeister, 1968/06/27); de la iniciación de incidentes preliminares contra el presunto acusado (caso caso Ringeisen, 1971/6/16); de la fecha en la cual el presunto acusado recibe la notificación de una orden de arresto (caso Eckle, 1982/7/15), entro otros momentos a tener en consideración.

- *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 (Fallos, 272:188, "*caso Mattei*).

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 (Fallos, 272:188, "*caso Mattei*").

> Riba Trepat explica que la noción de rapidez se debe asociar también a la tutela judicial efectiva, porque la permanencia de incertidumbre conspira con la garantía de seguridad que el proceso debe ofrecer. Así sostiene que existe una idea de equilibrio entre la actividad procesal tendiente a determinar la verdad jurídica subyacente en el caso se sustancia, y el tiempo invertido en la resolución del mismo. Todo lo cual necesariamente conduce a la identificación, en dicha noción constitucional, del principio de economía procesal, entendido como factor de ponderación jurídica que articula e integra los diferentes derechos contenidos en el art. 24 (Constitución española), para que obedezcan a un fin último, cual es la eficacia del proceso como instrumento indispensable para una verdadera realización de la Justicia.

- *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 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).

La Corte nacional ha dicho 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. 6° 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. 7° inc. 5° de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos -art. 75 inc. 22, Constitución Nacional- en un número fijo de días, meses o años, o en variar la duración según la gravedad de la infracción, sino que hay que tener en cuenta la complejidad de los acontecimientos analizados, el número de personas involucradas y otras circunstancias; como que en varias oportunidades el legajo haya necesitado el pronunciamiento del tribunal de alzada (CNCrim. y Correc., Sala IV, 1997/08/05, "*Kipperband, Benjamín*", La Ley, 1999-A, 493 [41.208-S]).

El principio de legalidad, que establece la necesidad de que el Estado proceda al enjuiciamiento penal de todos los delitos, no justifica que se dedique un período de tiempo ilimitado a la resolución de un asunto de índole criminal.

De otro modo, como ya se adelantó, se asumiría de manera implícita que el Estado siempre enjuicia a culpables y que, por lo tanto, es irrelevante el tiempo que se utilice para probar la culpabilidad, cuando, conforme con las normas internacionales, el acusado debe ser considerado inocente hasta que se pruebe su culpabilidad (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 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, 1999-C, 266).

En materia civil los principios no son diferentes, aunque se puedan encontrar distancias respecto al tiempo preciso que debe tener un determinado procedimiento.

Partiendo de los planteos antes efectuados, existen condiciones necesarias para evidenciar las dilaciones indebidas (injustificadas) del Juez o Tribunal. No se trata únicamente de sancionar la conducta omisiva, ni la pasividad o lentitud asumida en el trámite, sino de advertir que el deber de respuesta judicial oportuna se desvirtúa por la inacción *in tempore*.

> El Tribunal Constitucional español dice respecto a un proceso examinado, que en él se han producido actuaciones redundantes e inútiles que provocaron una zigzagueante tramitación, de tal manera que el retraso ocasionado es imputable total y exclusivamente a la burocracia judicial, cuya despreocupación en este caso fue la causa de que se prolongara indebidamente una situación tan penosa como la estancia en una cárcel, cuando ello se pudo haber evitado desde el principio (TC, sentencia del 17 de enero de 1994, cfr. Riba Trepat).

- *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.

La privación de libertad previa a la sentencia no debe basarse únicamente en el hecho de que un presunto delito es especialmente objetable desde el punto de vista social (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 requisa invasiva del cuerpo.

En suma, es oportuno precisar el concepto de dilación, caso por caso, de forma tal que permita discernir algunas pautas sobre lo que debe entenderse por razonabilidad de los tiempos de duración de un proceso, y el significado y alcance de su exceso. Además, permite descubrir cuando esa dilación es indebida, por superar negativamente todos los criterios de justificación y pertenecer al ámbito de diligencia exigible a los tribunales de justicia, con abstracción de la laboriosidad de su titular.

Una vez más dice el Tribunal Constitucional español que, en estos casos, sólo al órgano judicial es reprochable el retraso. Que éste sea imputable al titular del órgano judicial, o sea producto de defectos estructurales o de organización carece de relevancia para apreciar la lesión del derecho fundamental (TC, sentencia del 5 de mayo de 1990). De este modo, dice Riba Trepat, se institucionaliza la imputación de la violación del art. 24.2 de la Constitución, de manera que, en principio, se objetivaría la responsabilidad derivada del ilícito procesal.

- *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 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.

Pese a que el criterio tiene fundadas resistencias. En este aspecto se ha dicho que, no se advierte la necesidad de que a quien se le haya revocado la excarcelación o la eximición de prisión deba constituirse como detenido para peticionar su libertad, pues la concesión del beneficio de disfrutar de ella mientras dure el proceso no depende de que el procesado la pida desde el encierro, sino de las prescripciones permisivas del ordenamiento iguales, como ya se dijo, para uno y otro instituto. Por otra parte, la ley no autoriza a hacer distinciones, pero si alguna duda subsistiere al respecto, el espíritu de aquélla indica que debe evitarse todo encarcelamiento inútil (del voto en disidencia del doctor Gómez) (CNCrim. y Correc., Sala III, 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).

En materia civil, el problema de las demoras injustificadas deben ponerse en paralelo con la interpretación judicial que se tenga respecto al deber de instar el proceso, la pertenencia del objeto procesal y, en mayor medida, el sentido que se asigne a la garantía de la defensa en juicio.

En efecto, la dinámica procesal permite considerar como se dijo al comienzo, dos posiciones claves en la cuestión. Quienes dicen que el proceso es cosa de partes, no autorizarían bajo ningún concepto que se pudiera sancionar la demora judicial o la inactividad de las partes; mientras que el sector que procura el activismo judicial -donde predicamos-, estima que el control y dirección del Juez es imprescindible, y obliga a cumplir tiempos y responsabilidades para los litigantes y para el mismo órgano jurisdiccional, porque el plazo razonable se concibe en términos de solución justa, equitativa y oportuna.

> Hemos mostrado en otro libro ("Problemas actuales del Derecho Procesal Garantismo vs. Activismo") la diferencia que se traza entre estas dos tendencias de la teoría procesal, para tomar posición sosteniendo que, el proceso judicial tiene dos variables. Por un lado se puede interpretar que es una actividad política del Estado por medio de la cual ejerce el poder de resolver el conflicto que tienen las personas que habitan en su suelo. Ese poder es una derivación de la confianza de las personas que antes resolvían por sí mismas las diferencias (siendo una evolución que va desde la venganza privada a la confianza en un tercero que puede ser el más anciano, el buen padre de familia, el jefe del clan, etc.), y por ello, la recepción de esa delegación del poder de juzgar se convierte, al mismo tiempo, en un deber inexcusable.
>
> Por otro lado, el proceso judicial es una garantía constitucional. Preexiste al conflicto y es la reserva de justicia que tiene asegurada cualquier persona cuando encuentra que sus derechos están afectados. Esta garantía puede ser vista desde un modelo estanco y simple, que asegura el derecho de defensa en juicio y con ello, dejar en manos de las personas el ejercicio activo de esa defensa y en el poder del Estado la facultad de ofrecerle un instrumento, medio o lugar donde debatir en igualdad de condiciones y bajo un sistema de absoluta imparcialidad. O bien, se puede exigir del Estado algo más, es decir, que la justicia que ofrece sea útil y efectiva. Que no se destine a un formalismo simplista de dar u ofrecer el instrumento o medio de debate, sino que esos jueces estén atentos y vigilantes al contenido de la contienda, para dar un servicio activo, basado en la prudencia, donde la oportunidad y la justicia deben llegar juntas. Es decir, el proceso judicial es una esperanza que no se puede desvanecer por su ineptitud para llegar a tiempo con sus respuestas.

La defensa en juicio es otro aspecto de una misma cuestión. Nuestro sistema procesal permite repetir actuaciones inoficiosas y desgastantes que se amparan en el derecho de postulación, alegación y réplica, exagerando demasiado los tiempos procesales que se dilatan ante la obligación de sustanciar.

Si a ello se agrega el poco, escaso o nulo control judicial -oportuno-, observaremos que la dilación procesal y todas las demoras tienen justificaciones formales, pero inapropiadas en el marco actual donde se emplaza el debido proceso constitucional.

El principio de colaboración debiera revertir la noción de lucha en el proceso, y aunque esto pueda verse como un desatino teórico, no está lejos del fin último que la justicia persigue: alcanzar la verdad y resolver con justicia dando satisfacción a cada litigante.

De otro modo, pervive el criterio respecto a unos ganan y otros pierden y ambos salen insatisfechos por circunstancias diversas.

Por eso, si la conducta procesal tiene consecuencias, será posible remediar la eficacia de sus actuaciones en orden a mejorar los tiempos y pese a que se diga que ello es un acto propio del autoritarismo judicial. Por otro lado, cuando la prolongación judicial sea fruto de la inadecuada actuación del Juez o del Tribunal, el comportamiento de las partes no tendrá importancia porque el impulso ha de ser de oficio, y aunque no lo sea, será deber judicial encontrar en los principios procesales enunciados al comienzo, las pautas certeras para alcanzar una sentencia oportuna.

> Esta es la tendencia que trae el Tribunal Europeo de Derechos Humanos al considerar sobre hechos concretos la noción de "plazo razonable". Sea como fuere -dice Riba Trepat-, lo cierto es que el planteamiento que actualmente subyace en la doctrina constitucional en materia de dilaciones indebidas se ha subjetivizado de tal forma que en realidad el carácter indebido de la dilación descansa en el agente de la produce; de modo que si se entiende que la misma obedece al comportamiento de la parte, se resuelve desestimando el recurso. Por el contrario, cuando de las circunstancias del caso, más allá de la mera contemplación de su dimensión temporal, se llega a la convicción de que el recurrente en nada interfirió respecto al desarrollo del proceso, se imputa al órgano judicial y, en consecuencia, se declara la lesión del art. 24.2 de la Constitución (española).

5.2 El concepto de **dilaciones indebidas** *ante el Tribunal Europeo*

Sin perjuicio de estos criterios, la dilación indebida fue analizada con anterioridad por la Corte Europea de Derechos Humanos (CEDH), originando una amplia cobertura jurisprudencial que interpreta el art. 6.1 de la Convención, habiendo dictado más de un centenar de sentencias.

Hay que observar que estos pronunciamientos analizan la garantía del plazo razonable en el contexto de los tribunales administrativos y judiciales nacionales, y pensando inclusive, en que el mismo procedimiento ante el tribunal debía ser simplificado a tono con las exigencias que a los demás se recomendó.

> En lo que respecta al debido proceso legal, el art. 6.1 citado sostiene que toda persona tiene derecho a que su causa sea vista equitativa y públicamente en un plazo razonable, por un tribunal independiente e imparcial establecido por la ley, que decidirá sea sobre sus derechos y obligaciones civiles, sea sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella

Entre ellos, los más resonados fueron los casos *König* del 28 de Junio de 1978 (Serie A nº 27), *Buchholz* del 6 de mayo de 1981 (Seria A nº 42), *Zimmermann y Steiner* del 13 de Julio de 1983 (Seria A nº 66), *Baraona* del 8 de Julio de 1987 (Seria A nº 122) por tomar solo algunos.

El caso *König* fallado por el Tribunal de Estrasburgo (CEDH) pone en claro que el carácter razonable de la duración de un procedimiento debe aplicarse en cada caso y de acuerdo con sus circunstancias a cuyo fin se toman como pautas la complejidad del asunto, el comportamiento del demandante y la manera en que el problema fue llevado por las autoridades administrativas y judiciales.

El primer aspecto se mide en relación con la mayor o menor sencillez del tema conflictivo, de manera que la dificultad para el esclarecimiento depende del tipo de asunto a considerar.

Estos inconvenientes pueden asentar en la complejidad de la prueba; en la imposibilidad de practicar notificaciones personales imprescindibles; en cuestiones prejudiciales que dejan latente la continuidad de las actuaciones, etc. Sin embargo, como se comprenderá, estas son contingencias procesales que no alteran el conocimiento jurisdiccional, porque se trata de dilaciones probables y no de demoras injustificadas.

Por eso, la precisión se busca a partir del complejo mundo de situaciones que el juez debe resolver.

La conducta procesal de las partes se confronta en su comportamiento activo y pasivo. Es decir, en las maniobras utilizadas para dilatar sin causa el procedimiento,

obligando a demoras inusitadas; o a través de alegaciones inconducentes que evidencian la conciencia de obrar sin derecho.

> El caso König se refiere a la situación de un médico que, sancionado disciplinariamente por el colegio profesional al que pertenece (faltas éticas), tuvo como consecuencia la condena impuesta por un tribunal administrativo de Alemania retirándole la autorización para funcionar de la clínica que le pertenecía.
>
> Se recurren ambas resoluciones en 1967 y 1971 respectivamente, para llegar a la CEDH denunciando la excesiva duración del procedimiento. En 1978, se dicta sentencia y se reconoce la dilación indebida al encontrar injustificada la suspensión del trámite por espacio de 21 meses, entre otros aspectos.

Esta forma de prolongar sin razones puede castigarse en la misma sede jurisdiccional por las medidas sancionatorias a la conducta desleal y artera o temeraria y maliciosa. No obstante, la pasividad de los jueces que con su tolerancia propician el descontrol, admiten prever el supuesto de procesos demorados a causa del tribunal.

En efecto, la disposición puesta a nivel constitucional pretende conseguir la eficacia del servicio jurisdiccional de manera que las demoras inusuales injustificadas puedan generar responsabilidades civiles, esto es, pretensiones indemnizatorias que reparen el daño efectivamente adquirido por la tardanza del tribunal.

> En palabras de Gimeno, "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".

En el caso "Buchholz" se dijo que el plazo razonable se mide en proporción con el entorpecimiento pasajero de las tareas que el tribunal debe remediar con la presteza debida.

> En esta causa el problema que se trataba era el reclamo que hizo el actor por la larga tramitación que tuvo el procedimiento judicial seguido ante los tribunales laborales de Alemania, a raíz del despido que padeció. Si bien las demoras eran, esencialmente, de la segunda instancia, se estimó que en gran medida ellas fueron producto de determinadas cuestiones que el mismo demandante había propuesto. Además, el Tribunal de Estrasburgo expresó en su sentencia que no se podía olvidar que las demoras procedimentales sucedieron en un período durante el cual la República citada estaba inmersa en una aguda crisis económica que había aumentado notablemente el volumen de conflictividad.

Si las demoras provienen de sucesivos requerimientos del interesado, la dilación injustificada se torna con causa, de manera que aunque transcurra un tiempo demasiado prolongado hasta llegar a la sentencia definitiva, no se puede descartar que en ese tránsito procesal fatigoso y pausado ha tenido seria influencia la conducta de la parte.

Uno de los precedentes más renombrados fue "*Zimmermann y Steiner*", donde estos dos ciudadanos de Suiza demandan al Estado a consecuencia de las demoras sufridas en el proceso que habían entablado contra el Cantón de Zurich, reclamando indemnización por los daños y perjuicios que les provocaba el ruido y la polución del aire como consecuencia del tráfico del aeropuerto cercano a sus respectivos domicilios.

En ese expediente, al no poderse llegar a un acuerdo amistoso, las autoridades resolvieron someter las propiedades de los demandantes a un procedimiento de estimación de valores con el fin de expropiarlos. De todos modos, tras una larga tramitación, se decidió que la pretensión era de contenido moral y no material, de manera que no era procedente aplicar la ley federal de expropiación.

Estas actuaciones se suscitaron ante jueces con jurisdicción administrativa, y el recurso se articuló ante el Tribunal Federal, que al conocer de la queja, sostuvo que "según las estadísticas facilitadas por el gobierno, de 1969 a 1979, el número total de recursos pasó de 1.629 a 3.037, es decir que el aumento fue del 86 por ciento. La tasa de crecimiento supone el 107 por ciento para los recursos de derecho público (1.336 contra 634), y alcanza incluso al 318 por ciento para los de derecho administrativo (590 contra 141)".

Con este argumento pretendió solapar las lentitud procesal.

La CEDH terminó por resolver que si el propio tribunal federal había tomado medidas de orden práctico para hacer frente a la situación que lo abrumaba, debía considerarse ese gesto de voluntad.

Por ello, si estaban convencidos de que la tramitación de los litigios por orden cronológico produciría injusticias graves, adoptando en su lugar el temperamento o sistema denominado "*triage*" o "*sorting*", fundado en el grado de urgencia y en las implicancias de cada asunto, podían tener un fundamento contrario al que se les denunciaba.

No obstante, en el fallo del 13 de Julio de 1983 se fijan los criterios para encontrar dilaciones indebidas. De este modo se analiza: a) *la complejidad del asunto*, diciendo que el mismo Estado había reconocido que el problema no era complejo; b) *la conducta de los demandantes*, que demostraba su falta de participación en las causas que motivaron las demoras, y c) *la conducta de las autoridades Suizas*, donde si bien se había invocado el precedente Buchholz para excusar responsabilidades, la diferencia era manifiesta, pues mientras en aquél el tránsito por varias instancias indicaba un devenir apropiado aunque lento, en el presente solamente había un largo y único período de completa pasividad que no encontraba justificación por circunstancias excepcionales.

Finalmente, la cita estadística aun cuando fue considerada, se advirtió que existía inacción del tribunal para revertir ese cuadro que, antes que afectar al proceso en sí mismo, provocaba una clara afectación en la estructura judicial.

El caso "*Baraona*" se dio la misma extensión de plazos, con la diferencia que esta vez el alongamiento se produce por las reiteradas peticiones del Ministerio Público en pos de lograr ampliaciones de tiempo para cumplir determinadas diligencias procesales.

La CEDH sostiene que, aun cuando la legislación interna permita al Estado demandar una prórroga de plazos, no excluye su responsabilidad por los retardos resultantes, ya que hubiese podido renunciar a solicitar esas prórrogas o el Juez, rechazarlas.

> Por eso, dice Albanese que, cuando los diversos órganos que componen el Estado no asumen su nivel de responsabilidad y, por ejemplo, no aplican la jurisprudencia de los tribunales internacionales competentes, provocan con su accionar el desarrollo del procedimiento internacional correspondiente, con todas las consecuencias que ello implica para el Estado denunciado, donde la reparación es solo una de las fases que debe ser considerada.

6. El *plazo razonable* en la interpretación jurisprudencial

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.

6.1 Detención, excarcelación y plazo razonable

El 1º de marzo de 1996, la CIDH emitió el ya mencionado informe relacionado con el significado y alcance que, confrontado con las circunstancias analizadas, se ha dado en nuestro país al plazo razonable en materia penal.

El caso 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 este caso la privación de libertad prolongada sin condena dejó de ser razonable. Otra cuestión es determinar si dicha privación de libertad, más allá de un plazo razonable, constituye una violación del principio de presunción de inocencia recogido en el artículo 8.2. Asimismo, la Comisión estimó si la detención prolongada del señor Giménez vulneró también su derecho a un juicio dentro de un plazo razonable conforme el artículo 8.1 de dicha Convención.

Con dicho encuadre, estudió las disposiciones procesales internas y, en particular, el artículo 701 del Código de Procedimientos en Materia Penal, que previene que *todas las causas deben terminarse completamente dentro de los dos años; pero no tuvo en cuenta las demoras resultantes de las peticiones de las partes, los procedimientos relacionados con oficios o cartas rogatorias, declaraciones de testigos o expertos u otros trámites necesarios* cuya duración no dependiera de la actividad del juzgado.

El Gobierno argumentó que el término de dos años que estipulan los artículos 379.6 y 701 constituyó la base para "un plazo razonable" que guarda relación con las garantías establecidas en el artículo 7.5 de la Convención. Sin embargo, se le dijo que dichas leyes no podían tener una interpretación que llevara al uso de la palabra "podrá" como una consagración de facultades judiciales antes que constituir una verdadera obligación de conceder la libertad a un acusado que está bajo prisión preventiva.

Por tanto, la denegación de la excarcelación en la creencia del Estado era un espacio discrecional del Juez, que se revierte con la opinión que emana de la Comisión.

En definitiva, se establece que no se puede constituir en forma abstracta el "plazo razonable" de prisión sin condena y, por lo tanto, contradice el punto de vista expresado por el Gobierno de que el plazo de 2 años que estipula el artículo 379.6 encierra un criterio de razonabilidad que guarda relación con las garantías que ofrece el artículo 7.5 de la Convención.

Agrega diciendo que, no se puede juzgar que un plazo de detención preventiva sea "razonable" *per se*, solamente basándose en lo que prescribe la ley. Por lo tanto, la Comisión, para llegar a una conclusión en este caso sobre la compatibilidad o falta de compatibilidad de la detención sin condena con lo estipulado en la Convención, debe determinar qué se entiende por "plazo razonable" de prisión sin fallo de culpabilidad de conformidad con lo dispuesto en el artículo 7.5 de la Convención.

La Comisión ha mantenido siempre que para determinar si una detención es razonable, se debe hacer, inevitablemente, un análisis de cada caso. Sin embargo, esto no excluye la posibilidad de que se establezca una norma que determine un plazo general más allá del cual la detención sea considerada ilegítima *prima facie*, independientemente de la naturaleza del delito que se impute al acusado o de la complejidad del caso. Esta acción sería congruente con el principio de presunción de inocencia y con todos los otros derechos asociados al debido proceso legal.

> Aunque la Comisión concuerda con el Gobierno que el artículo 701 del Código de Procedimientos en Materia Penal no implica necesariamente una excarcelación automática cuando se trata de detención preventiva, cualquier detención preventiva que se prolongue más allá del plazo estipulado debe ser considerada ilegítima *prima facie*. Esto guarda relación con el razonamiento de que la interpretación de una norma que autoriza la excarcelación de un prisionero no puede conducir a una detención sin sentencia más prolongada que el plazo considerado razonable en el Código de Procedimientos para todo el proceso judicial (Jorge A. Gimenez v. Argentina; dictamen de la Comisión; 1º de marzo de 1996).-

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. (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 vistas y valoradas las circunstancias del artículo 380.

En este alcance la Comisión acoge el punto de vista de que el Estado Parte aludido "no está obligado (por la Convención) a fijar un plazo válido para todos los casos con independencia de las circunstancias". Este punto de vista es también el de la Corte Europea.

Segundo, la excarcelación de los detenidos en las condiciones como las que se encuentra Mario Eduardo Firmenich 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.(dictamen de la Comisión del 13 de abril de 1989, *in re* "Firmenich, Mario").

6.2 Extensión del plazo razonable a todo tipo de procesos

En materias que conciernen con la determinación de los derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter, sostiene la Comisión que el artículo 8º de la Convención Americana no especifica garantías mínimas, como lo hace en el numeral 2 al referirse a materias penales.

Sin embargo, 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. Cabe señalar aquí que las circunstancias de un procedimiento particular, su significación, su carácter y su contexto en un sistema legal particular, son factores que fundamentan la determinación de si la representación legal es o no necesaria para el debido proceso. (Opinión Consultiva 11/90; 10 de agosto de 1990).

Los artículos 8 y 25 de la Convención Americana confieren a todas las personas el derecho de tener acceso a recursos, a ser procesadas y oídas en procedimientos judiciales y a una decisión adoptada por autoridad competente (dictamen de la Comisión del 15 de octubre de 1996, *in re* "Gral Gallardo, José Francisco") .

La Convención Americana requiere que los Estados ofrezcan recursos efectivos a las víctimas de violaciones de sus derechos humanos. En el presente caso el General Gallardo no tuvo un recurso de este tipo que lo ampare contra los acosos y hostigamientos de que fuera objeto y víctima, pues a pesar de haber sido favorecido por la Justicia federal en numerosas oportunidades, la efectividad de esas decisiones fue mínima, ya que no lograron el cese de las denuncias e investigaciones en su contra.

> 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 Comision del 15 de octubre de 1996, *in re* "Gral Gallardo, José Francisco").
>
> 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: la complejidad del litigio; la conducta de los demandantes y de las autoridades judiciales y la forma como se ha tramitado la etapa de instrucción del proceso (dictamen citado).

7. Conclusiones

La protección judicial que se propicia desde los tratados y convenciones internacionales incorpora, como uno de los derechos fundamentales que se agregan al "debido proceso", la garantía de sustanciar el procedimiento en un plazo razonable.

Se trata, nada más que de concretar el derecho a un juicio justo, imparcial y rápido, que brinde la posibilidad, pero nunca el respaldo para un resultado favorable.

En sí mismo, una sentencia contraria emanada de un proceso regular y equitativo no constituye una violación de la Convención, tal como se dijo en la causa "*Marzioni c. Estado Argentino*" (conclusión de la Comisión del 15 de octubre de 1996).

En las sociedades democráticas, en que los tribunales funcionan en el marco de un sistema de organización de los poderes públicos establecido por la Constitución y la legislación interna, corresponde a los jueces competentes considerar los asuntos que ante ellos se plantean, auspiciando una cobertura completa que cubra espacios para el acceso, la contradicción oportuna y una sentencia fundamentada, todo ello en un tiempo ajustado a los intereses en litigio y de acuerdo con sus propias circunstancias.

La Corte Interamericana ha interpretado este conjunto de garantías, estableciendo que según la Convención Americana, los Estados partes se obligan a suministrar recursos judiciales efectivos a las víctimas de violación de los derechos humanos, recursos que deben ser sustanciados de conformidad con las reglas del debido proceso legal, todo ello dentro de la obligación general a cargo de los mismos Estados de afianzar el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos por el Pacto a toda persona que se encuentre bajo su jurisdicción (artículo 1) (Informe de la Comisión del 22 de diciembre de 1999 *in re* "Ellacuria, Ignacio").

El hecho de que los retrasos no sean imputables a conducta dolosa o negligente alguna, sino al exceso de trabajo que pesa sobre determinados órganos judiciales, puede exculpar a los Jueces y Magistrados de toda responsabilidad personal, pero no priva a los ciudadanos del derecho a reaccionar frente a los retrasos, ni permite considerarlos inexistentes o, dicho con mayor exactitud, no autoriza a considerar que la dilación no es injustificada, sin prueba alguna de que se haya intentado agotar todos los medios que las circunstancias permiten para evitarla.

Cuando la vulneración del derecho al proceso sin dilaciones indebidas no se invoca frente a una situación de simple inactividad, sino como reacción 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 menor 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 suertes del estudio transnacional, en hechos relevantes que se constatan y confrontan sin excepciones.

Por tanto, la misión de estos sistemas de protección a los derechos humanos, no piensan ni se detienen en sistemas procesales, sino en el conjunto de garantías aceptados como reglas mínimas que ningún Estado puede interpretar a su antojo.

> Desde ese punto de vista -se ha dicho-, el lugar del remedio para el individuo, con independencia de lo importante que sea, principalmente vinculado con las infracciones más graves, es secundario en relación con el primer objetivo, que consiste en elevar el nivel general de protección de los derechos humanos, y en extender la jurisprudencia al conjunto de la comunidad de los Estados que forman parte del Convenio. Desde la perspectiva de la efectividad del sistema, se pone entonces acento en la necesidad de evitar la repetición de las circunstancias que dan lugar a la infracción. Sin embargo, este contexto debe adecuarse con la situación actual de los Tribunales, que tienen una carga de asuntos que crecen sin cesar procedentes de diversidad de lugares. En Europa, son cuarenta y tres Estados, que serán pronto cuarenta y cuatro, y después cuarenta y cinco... Además, reúnen -continúa afirmando-, una población de más de 800 millones de habitantes. El futuro del sistema no debería depender de una reparación legal individual. Esto nos lleva a algunas cifras. El Tribunal tiene actualmente 23.000 consultas pendientes ante sus órganos decisorios. Una 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 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).

Capítulo XVII

LA IMPARCIALIDAD DE LOS JUECES Y EL DEBIDO PROCESO

1. Introducción.

Una de las partes esenciales en el estudio de la garantía actúa en la dimensión de los jueces. No se trata de considerar que ellos sean parte del debido proceso, sino que es preciso tener jueces independientes e imparciales para que no se vea afectado el principio fundamental.

En todo caso, la investigación tiene dos aspectos. El primero se ocupa de lo *objetivo* del problema, debiendo encontrar jueces designados con anterioridad a los hechos de la causa (garantía del juez natural) para evitar conflictos de competencia. Es decir, *Juez Natural* es aquél que tiene jurisdicción para entender en un hecho concreto y que solo por circunstancias excepcionales puede delegar o transferir esa capacidad para actuar.

La segunda parte es más compleja, porque radica en el ámbito de lo *subjetivo*, donde anidan condiciones personales que se necesitan para que el Juez sea cabalmente quien concrete las reglas y principios del debido proceso. En este sentido, los adjetivos que se piden son numerosos, y no todos tienen los significados o sentidos que se esperan. Por ejemplo, que el Juez sea neutral, idóneo, equitativo, que razone y fundamente sus sentencias, son varias exigencias que puestas en práctica pueden ser confusas para la realización efectiva del debido proceso.

Localizado el tema con precisión, cada característica da una impronta a la actividad jurisdiccional; de este modo el Juez neutral puede ser una persona indiferente y apartada de todo interés que no sea resolver el conflicto aplicando la ley, tal como quería el modelo europeo del siglo XVIII; la idoneidad se puede consagrar en ilustración manifiesta y versación acreditada, que aun presente, no asegura que las sentencias estén relacionadas con el sentimiento de justicia; lo equitativo no siempre refleja lo justo, y podría ser más un pronunciamiento distributivo que puramente objetivo, y también la fundamentación de la sentencias, como requisito constitucional, tiene manifestaciones que necesitan explicarse.

Hay además una perspectiva adicional que se fija en la independencia como una cuestión de autonomía en la decisión. Se trata más bien de considerar la eficacia de la sentencia que se pronuncia sin influencias ni subordinación jurídica. Dicho esto como si fuera un problema de tensión o conflicto entre quien resuelve y quien revisa, más allá de la autonomía propia que exige el Juez como parte de un Poder, el Judicial, que no debería ser interferido en sus sentencias por agentes externos.

Díez Picazo dice que entre estos frenos y contrapesos propios de un sistema de jerarquías, sin duda la responsabilidad de los jueces juega el papel protagonista, en el sentido de que de cuál sea la configuración positiva de los tipos de responsabilidad judicial depende en buena medida la efectividad de la independencia real. Por eso, agrega González Granda, un tema recurrente siempre que se habla de independencia es el de la responsabilidad, planteada en términos de tensión o conflicto, por tratarse en ambos casos de valores constitucionales e igualmente dignos de tutela. Conflicto o

tensión que, en el fondo, lo que traduce es, ni más ni menos, que la cuestión de los cometidos del Juez en el contexto de un sistema de impronta continental, y, en último extremo la del propio emplazamiento del Poder Judicial en el seno de un sistema democrático.

La cuestión se posiciona en la lectura del significado y alcance que tiene el recaudo de la independencia; dicho en términos de resolver si se trata de una autonomía del Poder; o si es independencia en el sentido de abstracción (*los jueces son la boca de la ley*), o una calidad especial que los entroniza y hace distintos (como en el despotismo ilustrado).

La diferencia no es baladí, en la medida que los tiempos han cambiado y los paradigmas iniciales que relacionaron la independencia con la autonomía del Poder ya no son los mismos. Antes se medía en relación al control y equilibrio en la actividad y gestión del Estado. Hoy, aun siendo cierta y continua la mención constante de tres factores aislados en la elaboración de la ley, la aplicación de ella y el control de razonabilidad, respectivamente, las posiciones primitivas han mudado.

Lo cierto es que la función jurisdiccional no sigue el camino trazado otrora; si en el positivismo se marcó desde las Normas el objetivo del bienestar general, y por eso, la voluntad del pueblo era un señorío invulnerable para la interpretación judicial; actualmente, el origen de la Ley dista de ser una expresión del anhelo popular, y lejos está de ser una orientación para la eternidad (la constante adaptación de la ley con reformas constantes no hace más que demostrar la necesidad de legislar a tono con los tiempos, antes que proyectar ilusiones estériles).

Zagrebelsky define esta constatación diciendo que, en la concepción antigua, los derechos no sirven para liberar la voluntad del hombre, porque ésta de por sí, es origen de arbitrio y desorden. Sirven, por el contrario, para reconducirla a su justa dimensión. Su realización consiste en la adopción de medidas políticas orientadas a la justicia o, como suele decirse, al bien común. Por tanto, la visión que se ofrece de ellos es esencialmente de derecho objetivo: los derechos como consecuencia o reflejo de un derecho justo; los derechos como tarea a realizar por los gobernantes, como deber de los poderosos a favor de los más débiles. Así pues, también en esto se da una contraposición. Mientras que para la tradición “moderna” los derechos son el complemento de la naturaleza positiva del hombre, para la tradición “antigua”, en cambio, son el remedio contra su maldad y contra los males que derivan del ejercicio de su voluntad. Si se mira bien, la concepción “objetivista” de los derechos, o de los derechos orientados a la justicia, habla de derechos esencialmente como una concesión al espíritu de los tiempos, pero en realidad se refiere a deberes. En efecto, hace recaer sobre todos los hombres el deber de no impedir que los demás cumplan con su deber y el deber de cumplir con los suyos propios. La categoría primaria es la de los deberes, de la que los derechos no son más que la consecuencia cuando aquellos sean violados. No se contempla la posibilidad de renunciar a los derechos, porque eso significaría negar los deberes de los que derivan y a los deberes, evidentemente, no se puede renunciar.

Igual sucede con la independencia entendida como abstracción, que ha suscitado una gran producción literaria a través de la teoría del argumentación jurídica y de la decisión judicial. En este campo, hay planteos diferentes que analizan las circunstancias cuando la sentencia se produce, provocando interpretaciones disímiles según se entienda que la función del Juez es un tipo de obediencia al Derecho y a las normas; o quienes aducen que, precisamente por ser los jueces independientes, es factible y aconsejable la desobediencia a la ley en contingencias especiales.

Abona en este terreno la formación moral de la judicatura que implica diferenciar iguales hechos ante distintos temperamentos o actitudes para interpretar el conflicto. No se puede eludir, en un estudio completo de la independencia, este aspecto tan intrincado que produce estragos en sistemas constitucionales donde la interpretación constitucional de la ley es abierta a todo el aparato jurisdiccional, con apenas un control extraordinario sobre la razonabilidad.

> Asís Roig ha desarrollado en profundidad esta relación con la obligación moral de obedecer al derecho, donde destaca tres argumentos que en la historia han sido utilizados para su justificación. Estos tres argumentos versan sobre el consentimiento, el contenido y la autoridad. La justificación de la existencia de una obligación moral de obedecer al derecho, centrada en el valor del consentimiento, tiene su origen en el célebre diálogo de Sócrates con las Leyes expuesto por Platón en el *Critón*, si bien puede encontrarse también en Locke, dentro de su *Ensayo sobre el gobierno civil.* Atendiendo los argumentos de Locke, se puede hacer una distinción que ha cobrado ciertamente relevancia en el tema de la obediencia. Se trata del diferente sentido y alcance del consentimiento según sea tácito o expreso. El primero es aquel que se produciría por la simple utilización de las normas; el segundo, por una actuación expresa del reconocimiento del valor del Derecho o de sometimiento al mismo.
>
> Por su parte, la justificación de la obligación moral de obedecer al Derecho centrada en el contenido, tiene también como exponente histórico al pensamiento de Sócrates, si bien está reflejado más claramente en el pensamiento cristiano medieval. Este tipo de argumentación alude a la obligación de obedecer el Derecho que se considera justo, trasladando el problema, pues, a la justicia.

Por último puede destacarse otro grupo de argumentos que se centran en la idea de la autoridad y que vendrían a justificar la obediencia al Derecho proveniente de determinada autoridad. Exponente histórico de este tipo de argumentación vuelve a ser el pensamiento de Max Weber. Desde esta perspectiva se relaciona obediencia con legitimidad, y por ende, existe una estrecha relación con los dos argumentos anteriores.

En síntesis, atender la imparcialidad y la independencia desde el atalaya de los principios, tiene la ventaja de concretar las llamadas “garantías de la jurisdicción”, donde se tienen que señalar cuáles son los reaseguros que muestran los jueces hacia las demás garantías, recordando para ello que, en esencia, la eficacia de los derechos fundamentales se reflejan con su vigencia y puesta en práctica.

> En otra obra (*La justicia constitucional*) agregamos que, esta parcela del debido proceso podría denominarse como *derecho al Juez*, porque el proceso se desarrolla y cumplimenta desde la magistratura; por tanto en enfoque real del *derecho al juez* ha de observarse desde la perspectiva del justiciable que confía en la justicia, sin atender la faz interna de la organización judicial que, aun siendo de pertenencia constitucional (garantía del juez natural, designación de magistrados, etc.), mejor se ajusta a los problemas intrínsecos de la jurisdicción.

La noción de justicia *independiente* e *imparcial* es, entonces, un requisito de validez para el proceso, y una garantía que promete la jurisdicción. A veces depende de factores externos como decisiones políticas (v.gr.: cuando se designan jueces comisionados, de excepción, incompetencias manifiestas, etc.) o situaciones de excepción (v.gr.: gobiernos de facto, dictaduras, estado de sitio, etc.) que comprometen la regularidad del trámite y socavan los cimientos del debido proceso; en otras, se ponderan las calidades de la función y, en consecuencia, la independencia e imparcialidad pasan a la condición de valores.

Cabe aclarar que la independencia que referimos se relaciona con la autonomía que tiene el Juez para resolver liberado de influencias y hostilidades; sin tratar en el punto la independencia funcional como Poder Judicial del Estado.

En este campo aparece una proyección del problema, porque de la conclusión que se obtenga se podrán encontrar las actividades centrales que se quieran para definir como "garantías de la jurisdicción" las funciones esenciales que los jueces deben cumplir. Así la doctrina tiene diferencias importantes donde se enfrenta el garantismo procesal ilustrado en la dimensión de la teoría de Ferrajioli, Kelsen, Hart y el positivismo italiano; y el decisionismo judicial, también llamado "activismo jurisdiccional" que faculta a los jueces a realizar la justicia en un marco de coexistencia y axiología.

Podemos afirmar así, que los frentes que tiene la independencia judicial son diversos y complejos y que no se ocupan solamente de la actividad dentro de un procedimiento. El compromiso con la realidad pone en debate la necesidad de aflorar nuevas conquistas en la tarea de hacer justicia, porque ello lo demanda el desarrollo social; y también porque no, para consagrar un diseño del debido proceso donde el Juez no esté aislado ni inerte.

Vale recordar que fueron los jueces quienes pusieron equidad en los contratos cuando nuestro país transitó por períodos altamente inflacionarios; que también fueron ellos los que asumieron el riesgo de vulnerar las cuestiones no justiciables obrando a favor de la judicialización de todas las causas de interés público; que con valor y coraje le dieron al juicio de amparo una dimensión constitucional jamás lograda en Argentina; y en definitiva, todo conduce a demostrar que no son los marcos constitucionales los que consagran la independencia judicial, sino la aventura por encontrar una justicia comprometida con la sociedad que le ha confiado la resolución de sus conflictos.

> A título informativo, porque lo siguiente no se integra en los requisitos del debido proceso, no se pueden eludir las conclusiones de la VII Cumbre Iberoamericana de Cortes Supremas y Tribunales Supremos de Justicia, que destacan entre los principios y derechos de la función jurisdiccional, los siguientes: **a***) Principio de justicia transparente***,** concretado en la declaración de que todas las personas tienen derecho a recibir información general y actualizada sobre el funcionamiento de los juzgados y tribunales y sobre las características y requisitos genéricos de los distintos procedimientos judiciales; derecho de todas las personas a recibir, cuando así lo soliciten, información sobre el estado, la actividad y los asuntos tramitados y pendientes ante todos los órganos jurisdiccionales; derecho a conocer el contenido actualizado de las leyes de su Estado y de la normativa internacional; derecho a conocer el contenido y estado de los procesos en que se tenga legítimo interés de acuerdo con lo dispuesto en las leyes procesales; **b***) Principio de justicia comprensible*, traducido en el derecho a que en los actos de comunicación procesal, vistas, comparecencias, resoluciones y sentencias se utilice un lenguaje sencillo y comprensible, sin desmedro de las exigencias técnicas necesarias; **c)** *Principio de justicia atenta con todas las personas***,** particularizado en el derecho a ser atendido por los tribunales dentro del plazo adecuado, de forma respetuosa y adaptada a las circunstancias psicológicas, sociales y culturales de la persona de que se trate. Derecho a la puntualidad en las actuaciones judiciales y a que las comparecencias personales ante los órganos de la Administración de justicia resulten lo menos gravosas posibles para lo cual éstas solamente podrán ser exigidas cuando sean estrictamente indispensables conforme a la ley, procurando concentrar en un solo día las distintas actuaciones que las hagan necesarias. Derecho a ser adecuadamente protegido cuando se declare como testigo o se colabore en cualquier forma con la administración de justicia. Derecho a conocer la identidad y categoría de la autoridad o funcionario que le atienda en el tribunal; **d)** *Principio de justicia responsable ante el ciudadano***,** materializado en el derecho a formular reclamaciones, quejas y sugerencias relativas al incorrecto funcionamiento de la administración de justicia, así como a recibir respuestas a las mismas con la mayor celeridad. Se dará a conocer el procedimiento de tramitación de la sugerencia o queja, debiendo mantenerse en lugar visible los formularios necesarios para el ejercicio de este derecho**, e)** *Principio de justicia ágil y tecnológicamente avanzada***,** traducido en una tramitación ágil de los asuntos que le afecten, que deberán resolverse estrictamente dentro de los plazos legales. Derecho a que no se exija la aportación de documentos que

obren en poder de la Administración Pública, salvo que las leyes procesales expresamente lo requieran. Derecho a comunicarse con los órganos jurisdiccionales a través del correo electrónico, videoconferencia y otros medios telemáticos con arreglo a lo dispuestos en las leyes procesales. Los documentos emitidos por los órganos jurisdiccionales y los particulares a través de estos medios tendrán plena validez y eficacia, siempre que quede acreditada su autenticidad e integridad conforme a las leyes **; f)** *Principio de una justicia que protege a los más débiles***,** diversificada en protección a las víctimas que tendrán, entre otros derechos, el de una protección inmediata y efectiva por los juzgados y tribunales, especialmente frente al que ejerce violencia física o psíquica en el ámbito familiar. Derecho a ser informadas con claridad sobre su intervención en el proceso, la posibilidad de obtener la reparación del daño sufrido y sobre el curso del proceso. Derecho a que su comparecencia personal tenga lugar de forma adecuada a su dignidad, preservando su intimidad y propia imagen. En este principio protector se incluye, además, a los indígenas; niños y adolescentes y personas que sufran discapacidades.

2. *Análisis objetivo*: el Juez natural

La garantía del juez natural exige que el tribunal se halle establecido por ley, y que en virtud de esa prelación normativa, el juez tenga competencia porque está nominado con anterioridad a los hechos que originan su jurisdicción para entender en una causa determinada.

En nuestro país se ha dicho que, la garantía del juez natural no impide la inmediata vigencia de la restricción constitucional a la competencia militar derivada de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas -en el caso, sustracción de un menor-, pues la atribución de la competencia a los órganos permanentes del Poder Judicial, establecida de forma general para todos los casos de similar naturaleza, no reúne ninguna de las características de los tribunales "ex profeso" que veda el art. 18 de la Constitución Nacional (del voto del doctor Petracchi) (CS, 2000/08/02, "*Nicolaides, Cristino y otro*", La Ley, 2000-E, 556 - DJ, 2000-3-649).

La denominación de "juez natural" se debe aclarar en el sentido de especificar que se trata de jueces que son designados para ocuparse de determinados procedimientos, a los que se clasifica por razón de distintas variables que discriminan la competencia. En otros términos, no es juez natural al que se designa para entender en un proceso especial, porque la neutralidad se difumina o, al menos, queda en sospecha.

Ocurre que los procesos adjetivos se presumen sancionados en salvaguarda de los derechos fundamentales de los justiciables contenidos en los mandatos de la Constitución Nacional y, sobre esto, cabe señalar que la garantía del debido proceso, en la que se integra la del juez natural determinado por las normas sobre competencia, ha sido consagrada fundamentalmente en favor del acusado, motivo por el cual no es válido recurrir al argumento de la incompetencia para adoptar una decisión que importe someterlo nuevamente a juicio (CS, 1998/10/15, "*Polak, Federico G.",* DJ, 1999-2-888 - JA, 1999-I-335).

A veces, el problema de la neutralidad desconfiada, provoca una suerte de recelo sobre la acción del Juez, que a éste le provoca cierta confusión, cuando no, perturba su obrar y diligencia.

Si bien el magistrado puede apartarse, sólo los que alegan la causal de violencia moral están en condiciones de saber hasta qué punto aquélla afecta su espíritu e influye en el ejercicio de su profesión y su poder de decisión libre e independiente.

En el caso de los jueces cuya imparcialidad se pone en duda, atiende a la naturaleza de las funciones que les corresponden, y debe considerarse que la

excusación, como la recusación con causa, son de interpretación restrictiva, con supuestos taxativamente establecidos para casos extraordinarios, pues su aplicación provoca el desplazamiento de la legal y normal competencia de los magistrados, con afectación del principio constitucional del juez natural.

Por otra parte, la garantía jurisdiccional que analizamos, tampoco es un reaseguro del debido proceso, sino una parte de medición objetiva que se integra con las demás calidades de eficacia que el principio requiere.

Por eso, desde otra perspectiva, decíamos en nuestro libro "*La Justicia Constitucional*" que, cuando hablamos de juez legal o predeterminado, no solamente se involucra la garantía de la designación constitucional del órgano jurídico sino, además, la imposibilidad de que sean otros no ordinarios quienes obtengan elípticamente la asignación del problema, pues si fuera de este modo, quedaría agraviada la mentada confianza ante la hipótesis probable del oportunismo intencionado.

> Se trata, en definitiva, de saber quiénes son los jueces naturales u ordinarios de la causa, desplegando precisos interrogantes sobre la diversidad de organismos que resuelven conflictos de distinta naturaleza, como de aquellos que vienen designados por la voluntad personal de los contendientes relegando (o postergando) la actuación judicial típica.

2.1 El Juez natural en América Latina

La historia americana del siglo XX fue un modelo del intervencionismo militar en la órbita del Poder Judicial. No solo se alteró el desarrollo normal de los juicios, sino también, se alteraron reglas del debido proceso que hoy vemos reproducidas en la revisión de sucesos que por desaparición forzada de personas realiza la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

> Dice Margaret Popkin que, en años recientes, conforme la mayoría de los líderes militares se han retirado del escenario, se han introducido reformas en toda la región para mejorar los métodos de selección judicial, ampliar y en algunos casos proteger del control político el presupuesto del poder judicial, incrementar los salarios de los jueces y establecer o reformar las leyes de carrera judicial. En algunos países, se han conformado o reformado consejos de la judicatura para desempeñar un papel en la selección judicial y, en diferentes grados, en el gobierno judicial. Además, los países latinoamericanos están enfrentando el reto de lograr que los jueces se sometan a estándares éticos y profesionales sin que esto afecte su independencia. Por medio de estas iniciativas de reformas se ha logrado alcanzar importantes avances, pero además se han encontrado una serie de obstáculos y limitaciones. Adicionalmente, en años recientes, en varios países en la región, incluyendo a Argentina, Guatemala y Honduras, los jueces han seguido percibiendo que aquellos que detentan el poder político y económico continúan ejerciendo o tratan de ejercer una influencia indebida en sus decisiones. En *Panamá*, a pesar de los avances en la independencia judicial anunciados a finales del gobierno militar en 1989, un Presidente reciente trató de tomar control de la Corte Suprema creando una nueva Sala, para lo cual luego se requería el nombramiento de tres nuevos magistrados. Su sucesor, de un partido de oposición, disolvió la Sala recién creada, eliminando de esta forma las plazas de los tres nuevos magistrados. Aun en *El Salvador*, donde ha mejorado significativamente la independencia judicial tras los acuerdos de paz, "la mayoría de los jueces integrantes de la Corte Suprema de Justicia no sienten plena independencia frente al poder político, pronunciando sentencias, en varios casos, que restringen la eficacia del Derecho ante posibles "trastornos" que puedan generar los efectos del fallo..."[7] De la misma manera, los actores políticos poderosos esperan que la Corte Suprema de Justicia no adopte resoluciones contrarias a sus intereses. Los jueces en *Colombia* y *Guatemala* continúan enfrentando serias amenazas de violencia. En 1999, ONGs guatemaltecas convencieron al Relator Especial de Naciones Unidas sobre la Independencia de Magistrados y Abogados para que visitara Guatemala e investigara las amenazas a la independencia judicial reflejadas en la falta de progreso en casos delicados y la preponderancia de amenazas en contra de jueces y fiscales

Actualmente la cuestión ha variado, pero la influencia de la política en la designación de magistrados, así como en la organización institucional del Poder Judicial, han mostrado signos evidentes de que aun queda mucho camino para lograr una judicatura absolutamente independiente.

La inamovilidad en el cargo que se establece en unas cuantas Cartas Constitucionales no resuelve el problema, y a veces, lo agrava por garantizar una estabilidad funcional a quienes manifiestamente son baluartes de la ineficacia.

> Muchos sectores se han resistido a la reforma porque prefieren un poder judicial que se pueda controlar fácilmente. "La Suprema Corte de Justicia se ha convertido en el blanco favorito de aquellos que consideran que el Estado de Derecho es una amenaza a sus intereses particulares. La clase política dominicana, y especialmente los sectores conservadores, no termina de aceptar que el uso de poder del Estado está sujeto a la obediencia de la Constitución y las leyes y que el Poder Judicial está en el deber y tiene la capacidad de controlarlo."
>
> Las propias Cortes Supremas se han resistido a democratizar el poder judicial y a reconocer la necesidad de permitir que cada juez tome decisiones respecto al caso que está en sus manos, únicamente sobre la base de su propia interpretación de la evidencia y la ley aplicable. Aunque las Cortes Supremas reconocen que están sobrecargadas con tareas administrativas en detrimento de sus responsabilidades jurisdiccionales, se han resistido a las reformas que tendrían como consecuencia que renuncien a su poder administrativo, disciplinario o de realizar nombramientos para el resto del poder judicial. Este documento revisa algunas de las reformas emprendidas a la fecha en diferentes países de la región, examina cómo sucedieron y en la medida de lo posible presenta los resultados obtenidos.

Es verdad que toda Latinoamérica ha procurado reformar el sistema judicial impulsando mejoras y reaseguros para lograr la independencia judicial, pero también es cierto que se debe tener en cuenta la necesidad de asegurar la rendición de cuentas en el ámbito judicial.

Así, -como dice Popkin- si el poder judicial debe tener un pleno control de su presupuesto, es necesario crear mecanismos para evitar el uso inadecuado de los fondos y garantizar la transparencia en su uso. Tal como lo enfatizaron los expertos de los diferentes países, para garantizar la imparcialidad judicial por medio de, por ejemplo, reformas de la justicia penal que se dirigen hacia un sistema más acusatorio, se requiere que los fiscales y abogados defensores desempeñen sus roles en forma adecuada.

> Al considerar lo apropiado de algunas reformas particulares, es esencial recordar que éstas no se pueden considerar aisladamente y que lo más probable es que se requerirá de reformas adicionales para que éstas sean eficaces. Debido a la complejidad del proceso de reforma y la necesidad de involucrar a diferentes instituciones del sector judicial en el desarrollo y la implementación de reformas, puede ser útil que los donantes incentiven la creación de comisiones interinstitucionales del sector judicial con representantes de alto nivel de entidades como la Corte Suprema, el Consejo Judicial, el Ministerio Público, la Oficina de Defensa Pública, el Procurador de los Derechos Humanos y el Ministerio de Justicia. Una comisión coordinadora puede ayudar a coordinar las iniciativas de reforma y además brindar apoyo en la coordinación de donantes.

En pocas palabras: el juez natural de los sistemas americanos es propio de un mecanismo articulado en base a la ley y a la organización jerárquica de la magistratura. La revisión por el último tribunal de la escala, instalado en el tramo final del nivel, de alguna manera constituye un reaseguro del Poder central que se pude convertir en impunidad si éste cuerpo no es autónomo, independiente e imparcial.

También es cierto que el *juez natural* ofrece una cobertura inicial que tranquiliza al sujeto que debe tramitar ante él. *Prima facie* supone que no está comisionado para

condenarlo u ofrecer sus oficios al más fuerte o poderoso, porque preexiste su competencia antes del hecho que origina su intervención.

Pero al mismo tiempo, mientras el sistema americano antes descrito, tiene fe en sus jueces y les dispensa estabilidad y confianza para que sean ellos quienes controlen las leyes y las apliquen con justicia y equidad, se advierte que los conflictos de competencia son numerosos e insistentes, privando al justiciable de la necesaria respuesta inmediata, como derecho a la tutela judicial efectiva.

En fin, podemos concluir que la garantía del Juez natural es útil como mecanismo garantista que le impide al legislador actuar en contra de sus preceptos guías; constituye un sistema de orientación para la normativa ordinaria, y otorga fundamento constitucional a quienes persiguen perturbar la intervención de quienes acreditan y tienen jurisdicción originaria que no puede ser desplazada.

Por tanto, el Juez natural es el Juez de la Constitución; aquél que ejerce su jurisdicción de manera *ab origine* y no por delegación o subterfugios ilegítimos.

Es el precepto que se vincula con la prohibición de ser juzgado por "comisiones especiales" o por "tribunales especiales". Y todo esto, claro está, no asegura el debido proceso del Juez natural, porque la cobertura legal no supone convalidar el obrar negligente o desaprensivo de quienes no asumen la función constitucional que están llamados a cumplir.

> También en los documentos internacionales se denomina "Tribunal competente" a aquel que de acuerdo a determinadas reglas previamente establecidas (territorio, materia, etc), es el llamado para conocer y resolver una controversia. Esta garantía presenta dos alcances: por un lado, la imposibilidad de ser sometido a un proceso ante la autoridad de quien no es juez o que carece de competencia para resolver una determinada controversia; y por otro, que la competencia de los jueces y tribunales se encuentre previamente establecida por la ley.

2.2 El Juez natural en la interpretación de la CIDH

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.

> 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. Este extremo mina considerablemente la imparcialidad que debe tener el juzgador.

> Por otra parte, de conformidad con la Ley Orgánica de la Justicia Militar, el nombramiento de los miembros del Consejo Supremo de Justicia Militar, máximo órgano dentro de la justicia castrense, es realizado por el Ministro del sector pertinente. Los miembros del Consejo Supremo Militar son quienes, a su vez, determinan los futuros ascensos, incentivos profesionales y asignación de funciones de sus inferiores, concluyendo que, ésta constatación pone en duda la independencia de los jueces militares.

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".

2.3 El Juez predeterminado por la ley en Europa

La reducción de la justicia a los hechos determinados por la ley, fueron el molde que ajustó la función jurisdiccional de los jueces. El positivismo jurídico dominó buena parte de las actividades, evitando extralimitaciones y antes que otra cosa, logró persuadir a la judicatura de la imposibilidad de interpretar la ley, simplemente porque la justicia se cumplía con el simple hecho de aplicarla.

Tan claro fue el mandato que el Juez europeo se forma y condiciona en la idea de la generalidad y permanencia de los conceptos, donde el dominio de la voluntad individual es un riesgo para el orden social, la que por otra parte, esta previamente limitada por el principio de legalidad. Es decir, la ley es la fuente donde abrevar y tomar los derechos, y no pueden las personas y menos aun el Juez, cambiar el destino fijado por la voluntad soberana del legislador, que es el legítimo representante del Pueblo.

Por eso se habla que son derechos que no tienen fin en el tiempo; y que si hay alguna variación en ellos que los torna absurdos o directamente inconstitucionales, no pueden revocarse sino es por la actividad de un órgano especialmente creado para verificar el desatino, y permitir en su caso, una declaración singular.

Estos no son otros que los Tribunales Constitucionales, espejo donde se refleja el principio de la desconfianza en los jueces ordinarios y predeterminados por la ley.

> En la visión de Zagrebelsky, cualesquiera que pudiesen haber sido las intenciones de los Constituyentes de 1789-1791, la idea teóricamente muy prometedora, de la ley como codificación del derecho no podía más que revelarse enemiga del valor jurídico de la *Declaración*, arrojada al limbo de las genéricas proclamaciones políticas, carentes de incidencia jurídica por sí mismas e insusceptibles de aplicación directa en las relaciones sociales.
>
> No tuvo lugar, pues, el sometimiento de la ley al control de los derechos sino que, al contrario, se produjo el control de legalidad de los derechos, cuya verdadera "Constitución" jurídicamente operante ni fue la *Declaración* sino el *Code Civil*, no en vano denominado con frecuencia, la "Constitución de la burguesía" liberal.

Se comprende por ello que en Francia, y en los países que se remiten a los desarrollos constitucionales franceses, se haya atribuido históricamente a los jueces la posición de "servicio pasivo" a la ley. No se habría podido asignar a éstos ninguna tarea de equilibramiento el legislativo, porque ello habría presupuesto que fueran

precisamente los jueces, y no el legislador, quienes pudiesen erigirse en defensores de los derechos.

Al mismo tiempo, pero con una perspectiva adaptada a esta constatación, se afirma que esta manera de resolver la función jurisdiccional, era la forma más preciada de lograr la auténtica independencia de cada Poder del Estado, precisamente, porque la exclusividad en la aplicación de la ley solo era potestad de los jueces.

La sumisión al principio de legalidad era la misión primera, pero también la única y exclusiva; que tiempo más tarde provocó la necesidad de reafirmaciones a través de la inamovilidad judicial. Sin embargo, *mutatis mutandi*, la pretensión de afianzar la estabilidad e independencia de los jueces con la permanencia en sus cargos, en realidad significó perseguir la más estricta fidelidad a la regla de aplicar la ley, antes que interpretar su ajuste con la Norma Fundamental.

Sobre las bases de la doctrina de kelsen, que destaca el papel de Juez en el proceso de aplicación de las Leyes y la reserva de un espacio creativo que le corresponde a él y que no puede ser llenado por el legislador, toda la doctrina de principios del siglo XX subraya que el sometimiento de los jueces únicamente a la ley, es la clave de su independencia. La subordinación a la ley explica la exclusión de relaciones de dependencia con otros Poderes; también es corolario de esta concepción que ninguna otra autoridad u órgano pueda interferir en el ejercicio de la función judicial, de tal manera que están en estas exposiciones "echadas las raíces doctrinales para una explicación estrictamente jurídica de la independencia de los jueces" (González Granda).

Con este encuadre, el Juez Natural no tiene la misma trascendencia que en América se estudia, sencillamente porque es una parte de la independencia funcional y no tiene que ver con la autonomía institucional que se tiene como más importante.

El problema se reduce a resolver si el Juez que interviene es el que "de ordinario" la ley tiene como competente; ésta ley ha de ser previa a los hechos y, en términos generales, son de carácter procesal (no constitucional) y fijan las reglas para el reparto o distribución interna de los asuntos entre Juzgados y Tribunales.

De este modo, dice Gimeno Sendra, el principio recién se introduce con la Constitución española de 1978 encerrando una doble garantía: de un lado, lo es para el justiciable, a quien se le asegura que en momento alguno podrá ser juzgado por un órgano distinto al de los que integran la Jurisdicción, evitándose de esta manera la figura a la que tanto se acudió en el antiguo régimen, consistente en crear por parte del monarca o del dictador de turno algún pseudo tribunal cuyo veredicto pudiera estar formado desde el inicio de las sesiones; pero, por otra parte, constituye al propio tiempo una garantía de la propia Jurisdicción, pues los principios de unidad y monopolio de la Jurisdicción, así como el de independencia judicial, podrían verse amenazados si el Poder Ejecutivo dispusiera a su antojo de la constitución y funcionamiento de los Tribunales, manipulando en la composición de las Salas y metiendo en ellas a los funcionarios más sumisos o simplemente prescindiendo de los Tribunales ordinarios por la vía de atribuir funciones judiciales a determinados órganos administrativos.

3. *Análisis subjetivo:* la independencia e imparcialidad

Las calidades personales del Juez son conceptos pragmáticos que se miden y evalúan con los resultados siempre variables de las sentencias judiciales; en el sentido

que todo pronunciamiento judicial, a unos conforma y a otros mortifica, siendo para los primeros eficaces y solventes, y para los otros, arbitrarios e insustanciales.

Procuraremos evitar el inconveniente eludiendo el compromiso de opinar donde no es necesario, toda vez que las cualidades que se quieren para un Juez modelo (neutral, ilustrado, justo, etc.), no son garantías del debido proceso, solamente ofrecen una seguridad preliminar al desarrollo. En todo caso, se podría hablar de una "independencia moral" que trata de aislar al Juez de presiones o influencias extrañas, y que exige acciones concretas para evitar que así suceda.

Es que la independencia judicial, a los fines de resolver la vigencia total del debido proceso, no se interpreta como principio, sino como herramienta para un servicio esencial: la imparcialidad.

> 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.

Ahora bien, cuando se encuentra parcialidad en el proceso, los correctivos pueden variar de acuerdo con la finalidad y el interés en obrar. Por ejemplo, la sentencia se puede revocar, anular, modificarse solo en cuanto fue proclive a inclinarse sin fundamento a favor de una parte; castigar al Juez con las costas originadas; sancionarlo por prevaricato, o disponer castigos de tipo moral como: amonestación, inhabilitación, etc.

Sin embargo, vista las cosas desde otra perspectiva, la misma imparcialidad es un conflicto de lógica que no puede reducirse a una apreciación meramente objetiva. Por ejemplo: si en un proceso la prueba es insuficiente, y a pesar del déficit se dicta sentencia favorable al renuente, ¿es una sentencia que viola el principio de imparcialidad?, en su caso ¿no es un problema derivado de la razonabilidad?, o si se quiere ¿no acusa una ponderación de valores diferentes donde la persuasión se ha adquirido sobre hechos antes subjetivos que objetivos?.

> Compartimos así con Fernández Viaga que, la necesidad del Juez imparcial como garantía es una consecuencia directa del carácter no mecánico de la función judicial. Los jueces y magistrados no recitan un texto previamente establecido para cada caso. La interpretación de la norma, como nos recuerda Ferrajioli, no es ni ha sido nunca, una actividad solamente recognoscitiva, aunque en ocasiones, así se haya querido, sino que siempre es el fruto de una elección práctica respecto de hipótesis interpretativas de carácter alternativo. Los Tribunales son libres para resolver conforme el ordenamiento jurídico. Y, si lo son, sus decisiones implican el ejercicio de un poder del que hay que alejar el peligro de la arbitrariedad. Por ello, exigencias como la de la imparcialidad se refuerzan en los modernos Estados de Derecho que pretenden, mediante la institucionalización de la sospecha, asegurar el correcto y racional funcionamiento de sus órganos.

Lo que se quiere expresar es que la imparcialidad tiene sonidos que suenan diferentes al oído de quien los interpreta. Para una parte, el problema que ante el Juez plantea tiene una armonía acordada a sus preferencias; para el otro, los compases suelen ser distintos, de modo tal que la sintonía que adopte la sentencia siempre tendrá un diapasón propio, de elección. Es una disputa entre predilecciones, que cuando se trata de decir el derecho, y para evitar elecciones, se opta por sostener que la voluntad de la ley es el único criterio a tener en cuenta.

> Dice Picó I Junoy que el mito de la absoluta neutralidad de quienes ejercen la función jurisdiccional debe relativizarse. El Juez, como cualquier otra persona, posee una determinada escala de valores adquirida por muy diversas vías (su origen y posición social, formación, cultura, etc...) que inexorablemente incide en sus resoluciones judiciales. Partiendo de esta realidad, la ley pretende garantizar el máximo de objetividad en el enjuiciamiento de las cuestiones litigiosas, instaurando mecanismos dirigidos tanto al propio juez (abstención) como a las partes (recusación) para denunciar la posible falta de objetividad.

En definitiva, un pensamiento asentado con tal rigidez, simplemente afirma que la función jurisdiccional es aplicar el derecho con justicia e imparcialidad; pero al mismo tiempo, es una doctrina claudicante porque toda cuestión de hecho a la que se debe aplicar el derecho, es una simple tarea mecánica de subsunción, al devenir contingencias radicadas en emociones, sentimientos, e irracionalidades inmanentes propias de toda persona que vive en sociedad.

Y el Juez no es un fugitivo de la vida; no está instalado en el atalaya para ver las cosas desde una altura inalcanzable. Son las cuestiones del diario acontecer las mismas que al tribunal le sucede y le afectan. La formación profesional, la experiencia adquirida, la coexistencia social, son improntas ineludibles, que sin sospechas de parcialidad, inciden y afectan las variables de elección.

Una vez más, se observa porque el sentimiento de justicia no es un dato objetivo y cotejado por baremos: hay todo un conjunto de elementos subjetivos que nutren la actividad y le dan un sentido propio.

> De todas formas, en esta cuestión –dice Fernández Viagas- hay que partir de un cierto recelo intelectual. El Juez al elaborar sus planteamientos, al emitir sus "fallos", está condicionado por las influencias sociales que le han acompañado durante su formación. Esto es algo evidente que, desde una perspectiva intelectual, es imposible de negar [...] El buen funcionamiento del sistema exige partir de la creencia de que los jueces son libres al fallar, pudiendo hacerlo con arreglo exclusivo a las exigencias de su conciencia. Y con ello basta, sin olvidar que se trata de una ficción que, para ser mantenida, exige la posibilidad de admitir en casos concretos lo contrario.

La dificultad del juzgamiento aparece, entonces, proyectada en muchas contingencias que podrían afectar la imparcialidad, porque como dice Kaufmann, "*cuando el juez dice el derecho introduce siempre algo propio, de su entendimiento; de lo contrario no podría nunca poner en correspondencia la ley y el caso. La objetividad, propia de las ciencias naturales, la eliminación de toda subjetividad, no puede ser ideal adecuado para la ciencia del derecho".*

3.1 La imparcialidad como abstracción de toda influencia

Una de las manifestaciones más frecuentes para señalar la imparcialidad como presupuesto esencial del debido proceso, llega del principio de aislamiento del Juez de toda influencia externa o interna. Dicho en otros términos, si la función judicial es aplicar la ley, la responsabilidad que tiene es solo ésta, que se traduce en justicia cuando emite la sentencia para el caso concreto, habiendo dispuesto una resolución equitativa, ecuánime y prudente.

Esta idea piensa en un magistrado con una función inocua: solamente aplica la ley sin mirar a quien, y sin considerar los efectos que produce. La sociedad debe confiar en los jueces por la autoridad que de ellos emana, y por el respeto que merecen.

Implica una obligación automática antes que una actividad racional; y en los hechos, eleva la posición del Juez al tecnicismo de reconocer los hechos y el derecho a ellos aplicable.

Tiene reminiscencias del juez romano que era el único que conocía la ley y podía decirla en sus mandatos (*juris dictio*); acepta que las influencias del medio son posibles, pero las elude con el deber de cumplir el mandato legal, y si ésta no se adapta al contexto, lamentablemente no es su función corregir o encausarla; él no tiene posibilidad alguna so riesgo de convertir al juez en legislador.

De algún modo, también, es la consagración del sistema de la desconfianza, a la que tanto apego 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.

> Originariamente existió el juez mágico, brujo o sacerdote (como el pontífice del más antiguo derecho romano), separado de todos los demás mortales por su don sobrenatural de entrar en contacto con los dioses; después vino el juez carismático, gran sabio o notable (quizás haya que pensar en las justicias señoriales del siglo XVIII o en los jueces de paz del XIX –conforme el planteo que hace Ruiz Pérez-), personaje al que envolvía un aura de clemencia y de equidad más que de derecho, respetado por su paciencia, por su buena voluntad y espíritu de conciliación; y, en fin, tenemos el juez lógico, que es el nuestro, que memoriza y racionaliza, que es la memoria de todas las reglas y la inteligencia de todas las deducciones (si no de todas las dialécticas).

En esta consigna hay una parte muy cierta y precisa: la ley fue hecha para cumplirla, y ante el desconocimiento o perturbación, debe el Juez ordenar la sanción respectiva y obligar el acatamiento.

Pero al mismo tiempo, la ley encierra una verdad que se debe desentrañar para ponerla en contacto con la realidad viviente (Ruiz Pérez); por eso es necesario que la sentencia no sea la emisión de un resultado analítico aislada del contexto.

> Ha dicho Carbonnier que, la justicia erudita reviste muchas formas, pero su postulado es desde siempre la idea de que en el derecho hay una verdad a descubrir. Por eso, el juez que ha estudiado la ley, hace de la cuestión que le es presentada, un verdadero tema de estudio. Reflexiona sobre ella, pone a contribución sus conocimientos generales y mide el alcance y consecuencias de la resolución que le ha sido solicitada.

En resumen, el problema que se afronta es propio de la filosofía del derecho, y puede forjar argumentos políticos y constitucionales que, si queremos reflejarlos en la interpretación del debido proceso, hace jugar valores y entendimientos que no son propios de este trabajo.

Con ello se quiere decir que la imparcialidad no es un valor neutro que signifique no beneficiar a uno ni otro; porque una sentencia siempre obrará a favor de alguien que ha controvertido.

En realidad, la imparcialidad que apuntamos en esta perspectiva, supone que el Juez aplique el derecho, pero que al imponer el orden y la legalidad no se desprenda del tiempo que transita, con sus adaptaciones y las angustias que lo inciden, porque “hacer justicia” es dar a cada uno lo suyo sabiendo y conociendo la realidad que se comprende.

> Del Vecchio recuerda que por encima de las leyes escritas hay otras no escritas que se reflejan en todas las leyes sin agotarse en ninguna y que, en momentos decisivos de la historia, pueden imponerse al hacer saltar los órdenes positivos para perfeccionar con un orden nuevo el proceso de reivindicación de la justicia, que tiene por teatro la historia y por fuente inagotable el espíritu humano.

> También Legaz y Lacambra traen a colación un resultado evidente de una justicia asentada sobre la realidad. La seguridad y la justicia no son solo dos "valores" jurídicos fundamentales, sino que más bien se trata de las dos dimensiones radicales del derecho, de sus dos estamentos ontológicos, que lo trascienden, pero que en él se integran como constitutivos formales y que, al integrarse en una zona interferente, lo hacen ser lo que es: pues el derecho es justicia y es seguridad, pero justicia que solo existe como tal en cuanto está montada sobre un orden seguro; y seguridad que solo es pensable sin contradicción en cuanto está transida íntimamente de alguna justicia. Por eso, aun cuando la justicia y la seguridad son realidades distintas y su existencia se puede considerar separadamente, pues al diferir su esencia también se existencia está separada, sin embargo a su esencia pertenece igualmente su implicación recíproca y por ello también su existencia se halla recíprocamente implicada. Cuando se la considera abstraída de la seguridad, la justicia es pura idea o virtud del individuo. Y al margen de la justicia, la seguridad sería inauténtica, no sería otra cosa que una pura fuerza dominadora de la existencia, exenta del más elemental sentido ético; y solo en su zona de interferencia con la justicia, que es el derecho, es donde la seguridad constituye un orden dotado de intrínseca justificación. Cuando todas las instituciones jurídicas estén modeladas de suerte que resulte garantizada para las más diversas zonas sociales la seguridad efectiva de una vida humana digna y decorosa, entonces podrá decirse con verdad que ese orden jurídico está efectivamente transido de justicia.

En todo caso, la imparcialidad supone estar atentos y vigilantes con la adaptación de la ley a la sociedad que la determina y en tal sentido, la función jurisdiccional se mide con el alcance que le signa el sistema político donde se aplica. Es diferente en Europa, donde la aplicación de la ley es más clara y exigente, al requerir la intervención de un tribunal Constitucional cuando existe crisis de legalidad; mientras América pone en la imparcialidad del Juzgador un compromiso muy grande, teniendo presente que él debe controlar la constitucionalidad de las leyes y fiscalizar la política de la administración.

En Europa hay un Poder Judicial que administra justicia; en América también existe un Poder Judicial, pero con ejercicio pleno, limitado o interferido únicamente por sus propias resignaciones.

3.2 La imparcialidad respecto de las partes

Esta es una interpretación más sesgada porque se reduce a dos momentos del proceso. Uno, afincado en las causales de abstención o recusación que las partes puedan tener contra el Juez, a quien le ponen en duda su imparcialidad; y otra, de carácter más objetivo, que persigue demostrar con hechos evidentes la parcialidad del juzgamiento procurando con ello revertir la decisión (v.gr.: causales de arbitrariedad de las sentencias).

a) Las *causales de recusación* son el remedio legal del que los litigantes pueden valerse para separar al juez del conocimiento del juicio, si las relaciones o actitudes de aquél con alguna de las partes, sus letrados o representantes, o con la materia del proceso, son susceptibles de poner en duda la imparcialidad de sus decisiones.

La finalidad de la recusación es asegurar la garantía de imparcialidad, inherente al ejercicio de la función judicial. La parte que encuentra un magistrado que no le inspira confianza de imparcialidad, sólo puede hacer uso del derecho que le acuerda el art. 17 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación –y los que siguen sus aguas-, recusando con causa, pues es excepcional la recusación sin causa.

En suma, esta facultad le permite al litigante excluir a un juez 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 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.

Para apreciar la procedencia de la recusación con causa, corresponde atender tanto al interés particular como al interés general que pueda verse afectado por el uso inadecuado de este medio de desplazamiento de la competencia de los jueces que deben entender en el proceso, debiendo ser interpretada tal apreciación con carácter restrictivo (CNCiv., Sala C, 1999/08/19, "*Montero, Susana D. c. Caracco, Mauricio*", La Ley, 2000-B, 455 - ED, 185-404).

Al interponer la recusación con causa es imprescindible señalar concretamente los hechos demostrativos de la existencia de causales que pongan en peligro la imparcialidad del juez. La invocación de las causales constituye un acto relevante, por lo que se requiere una argumentación seria y fundada.

Las causales de recusación son de carácter taxativo, y deben entenderse con criterio restrictivo, por tratarse de un acto grave y trascendental, una medida extrema y delicada (CNCiv., Sala B, 1992/06/16, "*Consorcio Ramallo 2356 c. Kamenszein*", La Ley, 1993-B, 447, J. Agrup., caso 8867).

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, 1995/11/30, "*Calomite, Alberto c. Consorcio de Propietarios Avda. Pueyrredón 1774/78*", La Ley 1996-C, 790).

Por ejemplo, se han rechazado como causales de excusación: la demora en dictar resoluciones; el presunto mal desempeño de la función jurisdiccional; el error de hecho o de derecho; etc.

Como ha sostenido la Corte Nacional, con la recusación se intenta preservar la imparcialidad necesaria de los tribunales de justicia, pero a su vez, se intenta evitar que el instituto se transforme en un medio espurio para apartar a los jueces del conocimiento de la causa que por la norma legal le ha sido atribuido" (CS, 1996/04/30, La Ley, 1998-A, 711).

En Estados Unidos el Código de Etica judicial apunta a demostrar la imparcialidad, contestando un interrogatorio y demostrando estas cualidades:

1. *Escuchará con una mentalidad abierta.*
2. *Tratará a la gente en forma imparcial, justa y equitativa dentro de su capacidad.*
3. *Será consistente cuando su conducta afecte a otras personas.*
4. *Será cuidadoso y consciente al juzgar y tomar decisiones que afecten a otras personas.*
5. *Procederá justa y abiertamente al tomar decisiones que afecten a otras personas.*

b) Respecto a lo que podríamos indicar como *parcialidad objetiva* o *manifiesta*, es el punto central para resolver el debido proceso, en el sentido que es causal de nulidad la ausencia evidente de imparcialidad judicial.

Una forma de evitar este riesgo es la exigencia constitucional de motivar las sentencias, haciendo que la decisión no se consagre como el acto fundamental y definitivo de la jurisdicción si el mismo no está suficiente y debidamente fundado en la ley. Hay que resolver dando a conocer las causas y razones por las que se obtiene la convicción. No olvidemos que la fundamentación de los fallos puede ser también interpretada como una expresión de la desconfianza que en los jueces se tiene, obligándolos a justificar la confianza depositada por el pueblo.

Tampoco se trata de justificar el razonamiento de la actividad, porque una sentencia plenamente fundada puede ser igualmente arbitraria y colmada de parcialidad objetiva.

> Aunque como dice Colomer Hernández, la motivación como actividad actúa como mecanismo de autocontrol a través del cual los jueces no dictan las sentencias que no puedan justificar. Esto significa que en la práctica la decisión adoptada viene condicionada por las posibilidades de justificación que presente y que el juez estará apreciando al desarrollar su actividad de motivación. De ahí la trascendencia que tiene la motivación como actividad, por cuanto constituye la operación mental del Juez dirigida a determinar si todos los extremos de una decisión son susceptibles de ser incluidos en la redacción de la sentencia, por gozar de una adecuada justificación jurídica.

La argumentación de un fallo se vincula con la imparcialidad cuando se logra convencer que la racionalidad aplicada es producto de una tarea de intelección justificada con los hechos probados de la causa.

Las exigencias son de calibre distinto, como el respaldo de la ley, la deducción del derecho aplicable, la selección de los hechos litigiosos que se han probado suficientemente, la valoración probatoria despojada de intereses parciales para analizar lo objetivamente comprobado, la incidencia de los derechos fundamentales, la conexión correcta entre los hechos y las normas, etc. etc.

Todo esto demuestra porque la motivación de la sentencia es una parte independiente en el derecho al debido proceso; lo que no obsta para encontrar algunos ejemplos guías en la determinación de parcialidades que torna arbitraria la sentencia.

El catálogo de causales de arbitrariedad de las sentencias contiene señalamientos particulares:

a) *Decidir cuestiones no propuestas por las partes* en los escritos postulatorios, poniendo en evidencia la intención de beneficiar con lo resuelto solamente a una de ellas.

b) *Omisión de considerar decisiones* de un tribunal jerárquicamente superior, persiguiendo con ello eludir el deber de resolver como se lo pide la parte que invoca el precedente. Es éste un supuesto difícil en los sistemas donde no rige la doctrina del precedente obligatorio y el Juez está en libertad de decidir conforme sus convicciones. Por eso, el caso exige arbitrariedad manifiesta y no simple apartamiento de un deber moral de acatamiento.

c) *Errar a favor de una parte aplicando derecho que no está en vigor o se ha derogado*; causal que como en el caso anterior requiere una acción manifiestamente equívoca y culposa.

d) *Prescindir de prueba decisiva*, relegando con ello, el derecho de una parte a beneficiarse con la actividad probatoria desenvuelta. Punto que necesita completarse con el desarrollo del punto siguiente de este capítulo.

e) *Invocar prueba inexistente o contradecir la agregada en autos*, es decir, considerar que la prueba producida tiene un sentido benéfico para una sola de las partes, cuando la apreciación conjunta demuestra claramente una solución contraria.

4. La independencia del Juez respecto a los demás poderes

Suele denominarse como independencia institucional, y solamente afecta al debido proceso cuando le priva al Juez de libertad para resolver.

Es una exigencia constitucional antes que una garantía judicial; mucho más para quienes ven en la jurisdicción plena el ejercicio de un poder autónomo y suficiente por sí mismo.

> Margaret Popkin en un logrado trabajo ha mostrado la evolución de la independencia judicial en Latinoamérica desde la llegada de gobiernos democráticos y la instauración de exigencias constitucionales en los mecanismos de selección de jueces y magistrados. Por medio de estas iniciativas de reformas se ha logrado alcanzar importantes avances, pero además se han encontrado una serie de obstáculos y limitaciones. El señor Coomaraswamy (Relator de *la Comisión Especial para la independencia e imparcialidad de jueces y abogados* –ver anexo-) descubrió que las inquietudes respecto a las amenazas, el acoso y la intimidación de los jueces "son fundadas" y concluyó que en algunos países la Corte Suprema "no ha cumplido sus obligaciones respecto de esos jueces" en parte porque "nunca ha formulado una declaración pública condenando las amenazas, hostigamientos e intimidaciones." En muchos países de la región, los jueces no gozan de una estabilidad laboral, incluyendo a algunos países que declaran que garantizan inamovilidad en el cargo judicial. Aunque los salarios judiciales han mejorado notablemente en la mayoría de los países estudiados, en algunos países siguen siendo demasiado bajos como para atraer a profesionales calificados. En algunos países, los salarios han mejorado considerablemente en la parte superior de la pirámide judicial pero siguen siendo bajos para los jueces de tribunales inferiores que realizan la mayor parte del trabajo del poder judicial. La educación legal requiere con urgencia de reformas y, en general, no ha seguido el mismo ritmo que las iniciativas de reforma. La coordinación de los donantes sigue presentando problemas. La prensa tiene una escasa comprensión de la independencia judicial y muchas veces debilita al poder judicial, responsabilizándolo por la incapacidad del Estado de controlar el crimen.
>
> Las reformas judiciales se han resistido porque se prefiere un poder judicial que se pueda controlar fácilmente. Inclusive, las propias Cortes Supremas se han resistido a democratizar el poder judicial y a reconocer la necesidad de permitir que cada juez tome decisiones respecto al caso que está en sus manos, únicamente sobre la base de su propia interpretación de la evidencia y la ley aplicable. Aunque las Cortes Supremas reconocen que están sobrecargadas con tareas administrativas en detrimento de sus responsabilidades jurisdiccionales, se han resistido a las reformas que tendrían como consecuencia que renuncien a su poder administrativo, disciplinario o de realizar nombramientos para el resto del poder judicial.
>
> Se ha constatado que el hecho de cambiar a los miembros de la Corte Suprema no resuelve la falta de independencia interna si los tribunales menores permanecen totalmente sujetos al control de la Corte. De manera similar, al mismo tiempo que se introducen las reformas para mejorar la independencia judicial, se debe tener en cuenta la necesidad de asegurar la

> rendición de cuentas en el ámbito judicial. Así, si el poder judicial debe tener un pleno control de su presupuesto, es necesario crear mecanismos para evitar el uso inadecuado de los fondos y garantizar la transparencia en su uso.

En la senda argumental antes anunciada, sucede con las reglas del debido proceso, iguales inconvenientes. No es la independencia judicial, libre de influencias e interferencias, un problema que deba ser resuelto desde las garantías jurisdiccionales, a no ser que se analice la cuestión enfocando solamente la crisis que con la imparcialidad de ello deviene.

Ahora bien, si tanto la independencia como la imparcialidad, a los fines de conducir por el debido proceso constitucional, se reúnen en la valoración objetiva de la sentencia, será preciso entender que la misión judicial no es la elucubrada por la tradición decimonónica que ha dejado sin discutir el rol social que tiene la magistratura, más allá de las reglas comunes de la bilateralidad, contradicción y apego a la congruencia con el objeto del proceso.

> En cualquier caso –dice Fernández Viagas-, es evidente que en los últimos años se ha producido un fenómeno de protagonismo judicial totalmente sorprendente para una cultura jurídica clásica. La justicia, antes anónima, y sobre todo discreta, empieza a tener unos nombres y apellidos cuya popularidad, brillantez y éxito social no van a dejar de ejercer influencia sobre el propio contenido de sus resoluciones. El descrédito de la clase política en determinados países europeos, mera consecuencia psicológica en lo que aquí interesa de haber sido levantado todos sus velos, refuerza el interés por un poder hasta ahora desconocido, y al que de hecho aparecen sometidos los restantes. Por otra parte, los jueces y magistrados son detentadores de un saber técnico de reglas no accesibles al profano, lo que refuerza su misterio y prestigio.

5. La actividad imparcial del Juez en las etapas del proceso

Todo lo expuesto conduce a verificar la imparcialidad del Juez al tiempo de dictar sentencia, para deducir del pronunciamiento la inclinación tenida, y el beneficio que una u otra parte obtiene, confrontado con los hechos suscitados y probados en la causa.

Esta lógica no es correcta, porque la parcialidad no siempre es un resultado, aunque en ella se manifieste y compruebe. El proceso judicial es un conjunto de procederes, de acciones permanentes y constantes que se van articulando en etapas que llevan hacia la sentencia.

El principio dispositivo que caracteriza al proceso civil, en particular, coincide que el material fáctico lo ponen las partes, y que ellos son los que enmarcan la cuestión litigiosa, sin que el Juez pueda apartarse de esa *litiscontestatio.*

También afincado en ese principio juega su suerte la prueba, porque la sentencia es el producto de lo alegado y probado por las partes.

Sin embargo, esta concepción es propia de un tiempo donde el Juez no tenía participación alguna en el debate; su rol era de simple espectador, y su deber era dictar sentencia, nada más.

La publicización trajo un cambio de funciones en el Tribunal; debía “actuar dirigiendo”; su deber era buscar la verdad, no en el sentido de ponerlo a cargo de la instrucción y la investigación, sino con el fin de colaborar con las partes para que el proceso fuera resuelto sobre realidades antes que sobre ficciones.

> Frente a la idea de que el proceso es “cosa de las partes” –dice Montero Aroca-, a lo largo del siglo XX se ha ido haciendo referencia a la llamada publicización del proceso,

estimándose que esta concepción arranca de Klein y de la Ordenanza Procesal Civil austríaca de 1895. Las bases ideológicas del legislador austríaco, enraizadas en el autoritarismo propio del imperio austro-húngaro de la época y con extraños injertos, como el del socialismo jurídico de Menger, pueden resumirse, como han destacado Sprung y Cipriani, en estos dos postulados: 1) El proceso es un mal, dado que supone una pérdida de tiempo y de dinero, aparte de llevar a las partes a enfrentamientos con repercusiones en la sociedad, y 2) El proceso afecta a la economía nacional, pues impide la rentabilidad de los bienes paralizados mientras se debate judicialmente sobre su pertenencia. Estos postulados llevan a la necesidad de resolver de modo rápido el conflicto entre las partes, y para ello el mejor sistema es que el juez no se limite a juzgar sino que se convierta en verdadero gestor del proceso, dotado de grandes poderes discrecionales, que han de estar al servicio de garantizar, no sólo los derechos de las partes, sino principalmente los valores e intereses de la sociedad.

El fenómeno de la publicación así presentado, tiene una visión parcial que lleva a Montero a creer que se está ante una gravísima confusión entre las facultades materiales y las facultades procesales de dirección del proceso. Una cosa es aumentar los poderes del juez respecto del proceso mismo (en su regularidad formal, en el control de los presupuestos procesales, en el impulso, por ejemplo) y otra aumentarlas con relación al contenido del proceso y de modo que pueda llegarse a influir en el contenido de la sentencia. No hay obstáculo alguno en aumentar las facultades procesales (y de ahí que nadie se oponga a convertir el tradicional impulso de parte en impulso de oficio), y con ello puede entenderse que se prima al interés público sobre el privado, pero sí lo hay en que el juez pueda de oficio iniciar el proceso o alegar hechos o practicar prueba no pedida por las partes, pues de este modo se está afectando a la existencia de los derechos subjetivos reconocidos en la norma material.

La postergación del dogma sostenido en el principio dispositivo se debe a la preferencia que se asume por la dirección material del proceso (en oposición al criterio de dirección formal) con la cual el magistrado, una vez instaurado un proceso civil, el modo, el ritmo y el impulso del proceso mismo son separados de la disponibilidad, inmediata o mediata de las partes, y por consiguiente también de las maniobras dilatorias y retardatarias de alguna de las partes.

Ambos temperamentos, como vemos, enfrentan el concepto de "pertenencia" del proceso; para algunos, el litigio es una cosa privada, en tanto otros lo definen como publicista, desprivatizando el objeto del proceso.

Esta idea ha progresado notoriamente en el mundo, desplazando prácticamente por completo la idea del Juez neutral y desinteresado.

5.1 ¿Se viola la imparcialidad cuando se busca la verdad?

Si el dualismo que enfrenta la conducción y dirección del proceso muestra, de alguna manera, el diseño político institucional del ordenamiento adjetivo; al principio dispositivo y la iniciativa de prueba en el Juez, le cabe resolver una cuestión metodológica.

El principio dispositivo cuenta con un bagaje de presupuestos que no lo instalan solamente en el campo de la prueba; sus condiciones y manifestaciones estructuran una experiencia propia que llega, inclusive, a resolver problemas sobre la naturaleza pública o privada del proceso.

Quizás por esta característica, el principio suele interpretarse al conjuro de esa confrontación procesal, como si de ello dependiera la pertenencia del proceso y su adscripción a una corriente determinada. La polarización entre el proceso como "cosa de

las partes", a veces, consigue idealizarse en la tipología de lo dispositivo; pero el proceso, como "cosa pública" no tiene réplica contra la disposición del objeto procesal.

El principio dispositivo, a nuestro criterio, debe reducirse a la libertad que tienen las partes en el proceso civil, para deducir de ese marco la esfera de derechos, deberes, posibilidades y cargas que acondicionan el inicio y el desenvolvimiento procedimental.

En puridad de conceptos, el principio dispositivo persigue que sean las partes quienes proporcionen los fundamentos para alcanzar la sentencia, a partir de los autos de postulación, demostración y alegación; de modo tal que, sea consecuencia de ello que el Juez debe tener por verdad lo no controvertido.

> En nuestro libro "*Problemas actuales del derecho procesal. Garantismo vs. Activismo",* sostenemos que la disposición involucra numerosos aspectos que pueden resumirse en dos direcciones: una dirigida hacia la relación jurídica sustancial que traba el proceso; y otra focalizada a lo puramente procedimental o formal. El primero contiene, los mecanismos de disponibilidad de los hechos e intereses que se portan al proceso con su incidencia en la transformación y extensión del mismo; el restante, atrapa el desenvolvimiento, y la serie de actividades tendientes a probar y alegar.
>
> El principio dispositivo en sentido material (disponibilidad de los derechos) se presenta por los aforismos "*ne procedat iudex ex officio*", y "*nemo iudex sine actore*". En ambos casos supone la libertad de incoar al órgano jurisdiccional sin restricciones de acceso. La postulación del derecho determina el interés concreto que se tiende tutelar; por su parte, la contestación de la demanda fija el contenido litigioso, de modo tal que el objeto procesal dispuesto por los contradictores se cuadra en los límites que fijan la pretensión y la re-sistencia.

Si son las partes quienes disponen del material en disputa, son ellas también quienes pueden modificarlo, transformarlo, o extinguirlo. Por eso, puede el demandado allanarse a la pretensión y someterse voluntariamente a las exigencias deducidas en el juicio. También el actor está facultado para desertar del proceso, debiendo contar con la anuencia de la contraparte si el litigio estuviese notificado; ambos pueden transigir, o componer el conflicto ante terceros elegidos (amigables componedores, árbitros, juicios de peritos, etc.).

Asimismo, como la disposición del objeto supedita la actuación del órgano jurisdiccional en los límites de la demanda, también la sentencia está recortada a pronunciarse dentro de esa parcela, sin ir más allá *(ne eat iudex ultra petita partium*) ni por menos de lo pedido (*citra petita*).

El castigo por sentenciar con alguna de estas deficiencias, es decir, resolviendo fuera del marco de congruencia con los hechos litigiosos importa la nulidad del decisorio. La única libertad que ostenta el Juez radica en el conocimiento y aplicación del derecho, provocando con esta facultad la calificación jurídica del hecho (*iura novit curia*) y la deducción de los efectos consecuentes a partir de las previsiones legales dispuestas.

La característica anticipada por la cual el principio favorece el interés de las partes, determina que la sentencia lograda sólo pueda impugnarse por quien sufre el agravio, es decir, la diferencia negativa entre lo que pidió y fue resuelto. También este principio fija los límites de la intervención de la alzada por cuanto sus facultades de revisión no pueden exceder el marco de la queja (*tantum devolutum quantum appellatum*).

Atendido en su aspecto formal el principio dispositivo informa el proceso civil en distintas etapas de su secuencia. El impulso de las instancias y la aportación de la prueba, especialmente, son ejemplos de esta previsión.

Referir al impulso procesal dentro del principio en comentario lleva a relacionarlo con un modelo de proceso donde el interés privado supedite la actividad jurisdiccional.

La distinción efectuada entre proceso público y proceso privado cobra en la especie una significativa trascendencia porque faculta la injerencia del órgano en la continuidad y celeridad del proceso cuando se ventila una cuestión que importa atraer el interés público.

Por ejemplo, en los procesos penales y laborales, se privilegia la actividad oficiosa por la naturaleza de la cuestión, desplazando el impulso de los actos hacia el tribunal. En cambio, cuando no existen esas consideraciones sociales, el monopolio de la rapidez en la marcha del juicio reposa en la voluntad exclusiva que las partes dispongan.

La mayor preocupación del principio dispositivo radica en la aportación de la prueba, toda vez que, estando a los lineamientos teóricos puros, solamente las partes pueden allegar los medios de confirmación que pretenda desarrollar, sin que el Juez tenga posibilidad alguna de investigación oficiosa (*iudex iudicare debet secundum allegata et probata partium).*

El giro hacia la toma de posición directa del Juez en el proceso, muestra como la historia recorre esa visión estática del Juez espectador en oposición al Juez inquisidor del absolutismo, o del Juez dictador de algunos regímenes totalitarios. El tramo final de este camino lo cubre el rol activo del órgano judicial para convertirse en el Juez director.

La iniciativa probatoria no desnaturaliza el principio dispositivo, sino que coexiste con él. En materia probatoria referimos al principio respecto al poder de disposición de los elementos de convicción, sin interesar la relación jurídica procesal.

> Cuando se habla del principio dispositivo en materia de pruebas, se refiere al poder de disposición de los elementos probatorios y no a la relación jurídica en litigio. Para Sentís Melendo, la confusión tiene su origen en no percibir esa distinción o en prescindir de ella; así como en querer atribuir un significado político a ese principio. Se trata ni más ni menos que un principio exclusiva o eminentemente técnico, que permite referir a un principio dispositivo en sentido material y a un principio dispositivo en sentido formal.

El producto que se obtiene de esta evolución, no es político como lo entiende Guasp, sino de técnica procesal porque facilita alcanzar los resultados axiológicos del proceso sin someterse a los designios interesados de las partes.

Es cierto que la verdad quizás nunca se alcance en su trascendente y significativa dimensión, pero la aproximación que consigue el Juez a partir de su decisión y compromiso con ella permite avizorar un decisorio más cercano a la justicia y de bases más reales que las expuestas por los litigantes.

5.2 Las medidas para mejor proveer

Las medidas para mejor proveer responden al principio de autoridad en el proceso desde que entroniza la figura del Juez como rector del instituto. Pero también estas medidas proponen esclarecer hechos, en controversia, de modo tal que, en principio, no puede suprimir la contradicción inicial en base a investigar contingencias o aportar medios que no fuesen ofrecidos por los litigantes.

El principio de igualdad quedaría indefenso si el Juez obrara abusando de la discrecionalidad que obtiene, llegando a ser parcial y sin la debida distancia que caracteriza su gestión desinteresada.

Se afirma también que el órgano jurisdiccional verifica sin averiguar; esto es, comprueba pero no inquiere, porque esas son obligaciones (cargas) del propio interés.

Empero tal rigidez debe instalarse en la distinción imperiosa entre fuentes y medios de prueba, porque unos responden a la disposición de las partes, y otros son resortes exclusivos del órgano judicial.

> Guasp decía que el Juez no podía ir en busca de testigos porque no los conoce, y aun conociéndolos lo sabe por declaraciones que los señalan; en cambio, las otras pruebas: confesión, documentos, peritajes, reconocimiento judicial, preexisten al proceso y llegan a él como fuentes que el propio magistrado adopta para su práctica

Las providencias en comentario ostentan, en nuestra opinión, una particularidad inicial que las contiene: ellas no pueden suplir la negligencia de las partes, pero tampoco pueden evadir, a sabiendas, el compromiso hacia la verdad y la justicia.

Las etapas a superar estribarían en el ofrecimiento, la producción, y la incorporación oficiosa de una prueba que propicie el esclarecimiento definitivo de los hechos.

Por eso interpretamos que, aun ante la ausencia de prueba ofrecida, puede el Juez convocarla y producirla si considera que, mediante ella, reportaría un elemento decisivo para solucionar el conflicto.

Asimismo, si llega a su conocimiento la existencia de una prueba que puede trascender en el proceso, y aun siendo ésta de testigos, podrá generar su desenvolvimiento sin quebrar por ello el principio de igualdad procesal, porque con esa decisión no sustituye la actividad de alguna de las partes, sino que tiende a despejar las dudas emergentes de la situación enojosa.

Bajo el marco que presentan nuestros códigos, puede afirmarse que el juez debe procurarse el conocimiento de los hechos controvertidos y conducentes cuando ello le sea imprescindible para poder dictar una sentencia justa, pudiendo a esos fines valerse de todas las medidas de prueba que a su juicio sean razonables y suficientes, a condición de que no medie agravio sustancial para el derecho de defensa, ya que una actividad pasiva o de libertad negativa que adscribe el pronunciamiento final a una solución formal o aparente, no se conforma con el servicio de justicia.

6. La independencia de los Jueces en la interpretación de la C.I.D.H.

La independencia judicial, en la jurisprudencia de la Corte Interamericana y en la interpretación que de ella hace la Comisión, se relacionan con el marco político - institucional donde los jueces desarrollan la función de resolver, y como consecuencia de esa influencia, se deduce el cumplimiento de las garantías judiciales.

Es importante tomar como ejemplo, el caso del gobierno Peruano conocido como la *destitución de magistrados del Tribunal Constitucional.*

Alberto Fujimori fue elegido Presidente del Perú el 28 de julio de 1990, de conformidad con la Constitución Política de 1979, por el término de cinco años. El artículo 205 de dicha Constitución no permitía la reelección presidencial inmediata. El 5 de abril de 1992 el Presidente Fujimori disolvió el Congreso y el Tribunal de Garantías

Constitucionales, y destituyó a numerosos jueces de la Corte Suprema de Justicia. El 31 de octubre de 1993 fue aprobada, mediante referéndum, la nueva Constitución Política del Perú, la que se promulgó el 29 de diciembre de 1993. El artículo 112 de la nueva Constitución dispone: "*El mandato presidencial es de cinco años. El Presidente puede ser reelegido de inmediato para un período adicional. Transcurrido otro período constitucional, como mínimo, el ex presidente puede volver a postular, sujeto a las mismas condiciones*".

Al ser convocadas las Elecciones Generales de 1995, el Presidente Fujimori inscribió su candidatura y ésta fue objeto de tacha, por lo cual el Jurado Nacional de Elecciones mediante Resolución No. 172-94-JNE de 26 de octubre de 1994, haciendo uso de su facultad de instancia última, definitiva e inapelable en asuntos electorales, sostuvo que en 1995 el Presidente Fujimori ejercía para esa contienda electoral su derecho a la reelección consagrada en el artículo 112 de la Constitución de 1993.

Los días 15 y 16 de junio de 1996 se conformó el nuevo Tribunal Constitucional. Y el 23 de agosto del mismo año se promulgó la Ley nº 26.657 o Ley de Interpretación Auténtica del artículo 112 de la Constitución.

Dicha Ley interpretó el mencionado artículo al establecer que la reelección presidencial "*está referida y condicionada a los mandatos presidenciales iniciados con posterioridad a la fecha de promulgación del referido texto constitucional*". La Ley concluye, entonces, afirmando que "*en el cómputo no se tienen en cuenta retroactivamente, los períodos presidenciales iniciados antes de la vigencia de la Constitución*".

El 29 de agosto de 1996 el Colegio de Abogados de Lima presentó una acción de inconstitucionalidad contra la Ley nº 26.657 ante el Tribunal Constitucional, por la violación del artículo 112 de la Constitución. El Tribunal admitió la misma el 23 de septiembre de 1996. A partir de ese momento se inició una campaña de presión e influencia sobre el órgano judicial con el fin de amilanarlo en la independencia para resolver el conflicto suscitado.

Cuando se tuvo conocimiento que el Tribunal dictaría una sentencia a favor de la inconstitucionalidad de la Ley nº 25.567 se procedió a destituir a tres de los vocales del Tribunal Constitucional, que conforme las leyes de organización del cuerpo, eran quienes estaban en condiciones de emitir el fallo con jurisdicción y competencia suficiente.

La cuestión fue objeto de numerosos planteos internos, y se llevó como denuncia ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos que estimó el reclamo y dedujo la demanda respectiva ante la Corte.

La Corte Interamericana consideró que los magistrados fueron destituidos sin proceso alguno y que al nombrar el Poder Ejecutivo sus reemplazantes sin motivo ni argumento válido, demostró que no existen en Perú garantías contra presiones externas al Poder Judicial.

> En tal sentido, la Comisión en su Informe Especial sobre Perú manifestó que "la ausencia de proceso en la destitución de los miembros del Poder Judicial permite pensar que los jueces que continúan en sus cargos o aquellos que han sido designados en reemplazo de los destituidos se encuentran a merced de las decisiones del Poder Ejecutivo ...".

Los razonamientos esbozados llevan a la Comisión a considerar que el Gobierno de Perú, al proceder a la remoción de un número importante de sus magistrados, entre ellos los miembros de la Corte Suprema y los del Tribunal de Garantías

Constitucionales, y a la designación de nuevos magistrados omitiendo, en ambos casos, cumplir con los procedimientos especialmente previstos por sus normas constitucionales, ha comprometido seriamente la independencia e imparcialidad de sus tribunales y, con ello, ha omitido garantizar, en su jurisdicción, el debido proceso legal.

> Por su parte, la Corte sostuvo que, la inexistencia de debido proceso en la jurisdicción de un Estado debilita la eficacia de los recursos previstos por la legislación interna para proteger los derechos de los individuos. En este aspecto señaló que el artículo 25.1 de la Convención "incorpora el principio, reconocido en el derecho internacional de los derechos humanos, de la efectividad de los instrumentos o medios procesales destinados a garantizar tales derechos...". Este principio genera una obligación sobre los Estados partes de la Convención de proveer medios judiciales efectivos en caso de una violación de derechos humanos de individuos sujetos a su jurisdicción.
>
> Su incumplimiento implica una transgresión del mencionado principio y en consecuencia el Estado que incumple incurre en responsabilidad internacional.

En consecuencia, centrado el problema a la autonomía del Poder Judicial, sostuvo que no pueden considerarse efectivos aquellos recursos que, por las condiciones generales del país o incluso por las circunstancias particulares de un caso dado, resulten ilusorios. Ello puede ocurrir cuando su inutilidad haya quedado demostrada en la práctica; porque el Poder Judicial carezca de la independencia necesaria para decidir con imparcialidad.

CAPÍTULO XVIII

LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA
¿GARANTÍA DE TODOS LOS PROCESOS?

1. Características del principio

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

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

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

De todas maneras suele utilizarse la expresión "presunción de inocencia" en los tratados internacionales y en algunos códigos, quizás más por tradición que por una exacta precisión lingüista ([394]).

1.1 Antecedentes

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

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

También suele considerarse a la presunción de inocencia como un factor determinante para la carga de la prueba en el proceso penal. La regla *in dubio pro reo*, supone para el juzgador la imposibilidad de condenar cuando no tiene plena convicción sobre los hechos y sus responsables; por otro lado, cuando la duda razonable (típica expresión del derecho anglosajón) se elimina con la obtención de pruebas

---

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

suficientemente persuasivas para demostrar la culpabilidad, el principio deja de regir por haberse superado el estado de incertidumbre o inseguridad ([395]).

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

El derecho a la presunción de inocencia, dice Picó i Junoy, despliega su virtualidad, fundamentalmente, en el campo procesal, con influjo decisivo en el régimen jurídico de la prueba. Desde este punto de vista, el derecho a la presunción de inocencia significa que toda condena debe ir precedida siempre de una actividad probatoria, impidiendo la condena sin pruebas. Además, indica que las pruebas tenidas en cuenta para fundar la decisión de condena han de merecer tal concepto jurídico y ser constitucionalmente legítimas. Denota, asimismo, que la carga de la actividad probatoria pesa sobre los acusadores y que no existe nunca carga del acusado sobre la prueba de su inocencia ([396]).

1.2 Aplicación y extensión del principio

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

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

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

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

---

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

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

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

2. La garantía procesal de inocencia

Observemos el primer aspecto, antes citado. El principio de inocencia es, como dijimos, un derecho del imputado, pero nunca una franquicia para su exculpación.

Esto significa que la producción probatoria y el sistema de apreciación que tengan los jueces, integran en conjunto, el principio de razonabilidad que se espera de toda decisión judicial.

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

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

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

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

2.1 La confesión y el principio de inocencia

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

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

Sin embargo, la amplitud como se entiende en otras latitudes el derecho a negarse a declarar, no está consagrado como garantía constitucional en el derecho

interno, por cuanto resulta suficiente, a los fines previstos en la disposición fundamental, la simple oposición del imputado a prestar ese acto ([397]).

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

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

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

2.2 La autoincriminación

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

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

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

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

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

---

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

2.3 La presunción de inocencia ante la prueba de cargo

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

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

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

a) Las pruebas corporales

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

El consentimiento no es esencial, pero la obtención de la prueba no puede ser coactiva, lo cual puede llevar a cierta contradicción o peligro con el derecho de defensa.

No deben quedar dudas respecto a la plena libertad del individuo para someterse a las inspecciones de su cuerpo.

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

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

b) Violación de domicilio

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

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

Un procedimiento con estas características es ilegítimo y viola la garantía en estudio. La ilegalidad se transmite a todos los efectos resultantes del acto; elementos secuestrados, declaraciones obtenidas de los moradores de la vivienda, pierden todo valor probatorio ([398]).

---

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

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

a) emitida por Juez competente

b) fundamentada

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

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

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

c) Apertura y revelación de documentos privados

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

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

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

2.4 Síntesis

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

Sus principales características serían:

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

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

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

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

3. La presunción de inocencia en procesos no penales

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

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

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

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

Además, el concepto de procedimientos relativos a los derechos y obligaciones de carácter civil no requiere que ambas partes sean personas privadas; por lo tanto, ese concepto abarca las audiencias realizadas ante órganos administrativos, en las que una de las partes es una autoridad pública y la otra una persona privada ([399]).

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

3.1 Lectura del Tribunal Constitucional español

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

---

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

para convertirse en un derecho fundamental que vincula a todos lo poderes públicos y es de aplicación inmediata ([400]).

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

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

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

Con relación a los *procesos no penales*, la sentencia del 19 de junio de 1997 dijo claramente: «el principio de presunción de inocencia se aplica a todo el campo del Derecho pero sólo en caso de normas represivas, punitivas o sancionadoras; en general, para el Derecho civil, el principio no se aplica, porque no contiene este tipo de normas, sino relativas a derechos o intereses privados, por lo que muy raramente es aplicable tal presunción; en concreto, para el Derecho de obligaciones: se trata de acreedor y deudor, no de culpable o inocente, incluso en materia de responsabilidad extracontractual» ([401]).

Esta lectura constitucional tendrá algunas variaciones en la sentencia 5/2004, del 16 de enero de 2004, dictada en el recurso de amparo promovido por el partido político Batasuna.

La denunciante había alegado la vulneración del derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE) en un proceso de naturaleza electoral. Criterio que resistirá el Ministerio Fiscal entendiendo que, aun aceptando la extensión de este derecho

---

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

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

fundamental a procesos no penales, debía destacarse que, en todo caso, el mismo únicamente es aplicable a las consecuencias jurídicas taxativamente establecidas en las resoluciones sancionadoras o limitativas de derechos, de modo que, en los demás supuestos, se estaría ante un simple problema de determinación de la carga de la prueba que corresponde a cada parte, lo que ha de considerarse una cuestión de estricta legalidad ordinaria y de competencia exclusiva de los órganos de la jurisdicción ordinaria.

En este caso la demandante de amparo extrae una simple frase de la STC 48/2003, de 12 de marzo, para afirmar el carácter sancionador del fallo de la Sentencia recurrida en amparo, pero obvia el hecho de que dicha frase sirve de inicio a una larga consideración sobre el sentido que debe darse al término sanción desde la perspectiva del principio *non bis in idem* entonces alegado y, en consecuencia, desde la perspectiva del principio de legalidad sancionadora (art. 25.1 CE), doctrina que resulta aplicable a la presunción de inocencia.

La aplicación de la mencionada doctrina llevó al Tribunal a desestimar la denuncia, argumentando que la disolución del partido político vasco no era una sanción punitiva, sino una medida reparadora del Ordenamiento jurídico, por lo que no podía entrar en juego el mencionado derecho fundamental, únicamente aplicable a las sanciones en sentido estricto.

En definitiva, la STC 48/2003, de 12 de marzo, utiliza el término "sanción", pero no en el sentido estricto de sanción punitiva o retributiva, a la que son aplicables las garantías del principio de legalidad y de la presunción de inocencia, sino en el más genérico de consecuencia jurídica desfavorable, reparadora o restauradora del ordenamiento jurídico.

A mayor abundamiento, adujo que en la hipótesis de que se considere aplicable la presunción de inocencia al presente supuesto, en tanto que la ilegalización y disolución del partido recurrente encajaría en el concepto de "resolución limitativa de sus derechos", bastaría constatar, desde la perspectiva del derecho fundamental alegado, que se propuso y se practicó abundante prueba acerca de los hechos determinantes de la ilegalización y disolución, cuya valoración compete en exclusiva a los órganos de la jurisdicción ordinaria (art. 117 CE), no correspondiendo al Tribunal Constitucional revisar la valoración de la prueba, sino simplemente comprobar si ha existido o no prueba de cargo suficiente para desvirtuar esa presunción *iuris tantum* ([402]).

En suma, desde la sentencia del 13/1982, del 1º de abril, el Tribunal Constitucional ha dicho que, "el derecho a la presunción de inocencia no puede entenderse reducido al estricto campo del enjuiciamiento de conductas presuntamente delictivas, sino que debe entenderse también que preside la adopción de cualquier resolución, tanto administrativa como jurisdiccional, que se base en la condición o

---

[402] En cuanto a la alegada vulneración del derecho a la presunción de inocencia, sostuvo el TC que, con carácter previo, era necesario precisar con exactitud la concreta naturaleza del proceso judicial que daba lugar a la Sentencia impugnada, pues de ello resultarían los límites que definen el objeto posible del procedimiento de amparo. Ello es así, porque el partido político recurrente parte de la premisa de que el procedimiento de disolución instaurado con la Ley Orgánica de partidos políticos es un verdadero proceso sancionador o punitivo, al que necesariamente son de aplicación las garantías propias del procedimiento penal y, particularmente, el derecho a la presunción de inocencia. Tanto el Abogado del Estado como el Ministerio Fiscal se oponen a este punto de partida con razones que la Sala comparte, y que, apuradas en su desarrollo, revelan como impertinente la invocación en este caso del derecho a la presunción de inocencia.

conducta de las personas y de cuya apreciación se derive un resultado sancionatorio para las mismas o limitativo de sus derechos".

Pero la calidad de proceso sancionador se depura en su concepto para afirmar que "no basta ... la sola pretensión de constreñir al cumplimiento de un deber jurídico (como ocurre con las multas coercitivas) o de restablecer la legalidad conculcada frente a quien se desenvuelve sin observar las condiciones establecidas por el ordenamiento para el ejercicio de una determinada actividad" (caso de la prohibición de actividades verificadas al margen de una concesión administrativa necesaria), sino que "es preciso que, de manera autónoma o en concurrencia con esas pretensiones, el perjuicio causado responda a un sentido retributivo, que se traduce en la irrogación de un mal añadido al que de suyo implica el cumplimiento forzoso de una obligación ya debida o la imposibilidad de seguir desarrollando una actividad a la que no se tenía derecho".

"El restablecimiento de la legalidad infringida deriva siempre en el perjuicio de quien, con su infracción, quiso obtener un beneficio ilícito, del que se ve privado". En definitiva, el sentido sancionador "de la reacción del ordenamiento sólo aparece cuando, al margen de la voluntad reparadora, se inflige un perjuicio añadido con el que se afecta al infractor en el círculo de los bienes y derechos de los que disfruta lícitamente" (STC 48/2003, de 12 de marzo).

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

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

3.2 La presunción de inocencia trabaja con la carga de la prueba

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

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

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

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

La siguiente mensura la da la valoración de ambos, puestos en armonía: la prueba del actor y la falta de colaboración del encartado que sufre así una presunción desfavorable, no son suficientes para sancionar si no hay otras pruebas corroborantes ([403]).

4. El principio de inocencia en el proceso civil

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

Este es precisamente, el principio del *onus probandi* vigente en el art. 377 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, el cual ha tenido numerosas variables para torcer, desviar o encausar dicha regla, según como se mire la aplicación de cada término.
Clásicamente, la carga de la prueba se postuló como una regla de confirmación que tenía quien invocaba un derecho en su favor: el actor debía probar su pretensión, y el demandado sus defensas.

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

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

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

4.1 Primero se dijo que ***la carga probatoria le corresponde al actor*** (*onus probandi incumbit actori).* La tesis es de cuño romano. Se basa en que el demandante debe probar la verdad de sus dichos so pena de perder el juicio. Al reposar en el actor

---

[403] El TC español repite en varias ocasiones su doctrina sobre el derecho a la presunción de inocencia, concebida como regla de juicio que, en esta vertiente y en sede constitucional, entraña el derecho a no ser condenado sin pruebas de cargo válidas, lo que implica (desde la STC 31/1981, de 28 de julio, SSTC 33/2000, de 14 de febrero, 109/2002, de 6 de mayo, entre otras) que toda Sentencia condenatoria: a) debe expresar las pruebas en que se sustenta la declaración de responsabilidad penal; b) tal sustento ha de venir dado por verdaderos actos de prueba conformes a la Ley y a la Constitución; c) éstos han de ser practicados normalmente en el acto del juicio oral, salvo las excepciones constitucionalmente admisibles; d) las pruebas han de ser valoradas por los Tribunales con sometimiento a las reglas de la lógica y la experiencia, y e) la Sentencia debe encontrarse debidamente motivada. También ha declarado constantemente que la prueba de cargo ha de estar referida a los elementos esenciales del delito objeto de condena, tanto de naturaleza objetiva como subjetiva (STC 252/1994, de 19 de septiembre; 35/1995, de 6 de febrero; 68/2001, de 17 de marzo, y 222/2001, de 5 de noviembre).

toda la actividad de prueba, el principio se volvía contra sí por la injusticia que creaba cuando el demandado, aun negando, escondía un artilugio de hechos impeditivos, extintivos o modificativos que también aquél debía verificar. Por otra parte, resultaba inaplicable en los casos de hechos beneficiados por una presunción legal, con el déficit acusado de no poder mudar el *onus probandi* o dejar al proceso con la inseguridad de no saber si el Juez atendería esa presunción, o bien que había falta de prueba.

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

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

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

Con Chiovenda se va a argumentar que el *onus probandi* ***depende de los hechos***, a cuyo fin se los clasificó en constitutivos, impeditivos, convalidativos y extintivos ([404]). Consecuencia natural de esta división fue la distribución de obligación probatoria entre hechos normales y extraordinarios, interpretando que los primeros estaban exentos de actividad, y los restantes debían probarse.

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

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

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

---

[404] *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, tomo II, editorial Cárdenas, México, p. 92.

También, acertadamente, Peyrano considera esa situación dinámica del proceso que obliga al replanteo permanente y hacen rotar el deber de cooperación o colaboración ([405]).

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

El fenómeno de la solidaridad se torna en justicia cuando nos referimos a las pruebas que sólo puede acercar el adversario, por tenerlas a su disposición; de sostener que esto impide el equilibrio entre las partes, la posibilidad de incorporación es dificultosa al extremo, cuando no, prácticamente nula.

5. La verdad, la certeza y la presunción de inocencia

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

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

Siendo así, el precepto por el cual "quien alega debe confirmar lo que dice", no podría sufrir resignaciones con acciones tales como la fijación de los hechos probatorios (art. 360.3, CPCC), la indicación de los medios de prueba (art. 360.5 del mismo ordenamiento), el tiempo para hacerlo (art. 367, citado), la determinación oficiosa de prueba a producir (art. 452, mencionado), o la producción de medidas para mejor proveer ([406]).

---

[405] Peyrano, Jorge Walter, *Lineamientos de las cargas probatorias dinámicas*, ED, 107-1005.

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

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

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

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

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

¿Cómo se ha caído en la *esquizofrenia* científica de vetar en el campo procesal penal poderes

Además, se argumenta que la orientación jurisprudencial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sostiene que el estado de inocencia es aplicable a todo tipo de procesos.

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

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

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

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

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

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

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

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

---

probatorios a los jueces y, a la par, ampliarlos cada vez más en el proceso civil?

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

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

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

6. Las potestades del Juez y el principio de inocencia

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

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

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

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

Observemos algunos temas puntuales: en el caso "*Raia*" (Fallos, 292:561), la Corte Suprema debió analizar la situación de una mujer absuelta del delito de bigamia en primera instancia, porque no estaba probado el estado civil por la fiscalía. La Cámara revocó la absolución manifestando que correspondía a la acusada probar la inexistencia del primer matrimonio. Luego, el Alto tribunal sostuvo que la carga probatoria era del que acusa y no de quien se defiende.

Tiempo después, en la causa "*Acosta*" (Fallos, 295:782), la Cámara condenó a un imputado por contrabando, sosteniendo que no había demostrado su falta de responsabilidad, toda vez que en los delitos de esta naturaleza "el inculpado debe demostrar fehacientemente su inocencia". La Corte revocó esta resolución estableciendo el principio de que "la culpabilidad debe ser establecida con arreglo a las pruebas producidas". El principio de inocencia implica que en todos los casos debe haber prueba de la culpabilidad.

En el año 1993 (11.05.03) se resolvió el caso "*Karakolis, Dionisio*", donde se expresó que: "Las restricciones de los derechos individuales impuestas durante el proceso, son de interpretación y aplicación restrictiva, cuidando de no desnaturalizar la garantía del art. 18 de la Constitución según la cual todas las personas gozan del estado de inocencia hasta tanto una sentencia final y dictada con autoridad de cosa juzgada no la destruya declarando su responsabilidad penal".

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

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

Se dijo hace mucho tiempo que, si bien la carga de la prueba con perspectiva civilista no funciona en la esfera penal -instructoria- donde el principio de la verdad material u objetiva hace que el juez disponga de facultades para suplir la inercia de las

partes, no es menos cierto que en la verdadera faz del juzgamiento, cuando el debate encuentra su plenitud, la iniciativa corresponde a los sujetos esenciales del proceso, que se encuentran ahora en igualdad de derecho. Por ello, llegado al plenario, la carga de la prueba debe -como regla- gravitar sobre las partes, carga que de no conseguir su objetivo se traduciría en que las alegaciones de parte no podrían ser tomadas en cuenta como base para la decisión (CNFed. Crim. y Correc., Sala II, 1981/07/02, "*Martínez de Perón, María E. y otros*", La Ley, 1981-D, 101 - ED, 94-707).

Esta diversidad suele confundir, a veces, al intérprete, y sostener –como se dice en la nota 13- que no es posible pensar en un potestad judicial diferente según el proceso sea civil o penal.

Lo que sucede es que, cuando la prueba se ha producido desaparece el problema de la carga de la prueba y se origina la adquisición por el juez. No cabe detenerse a indagar a quién correspondía probar, sino apreciar esas pruebas acorde con la sana crítica. Es indiferente establecer el sujeto que tenía que acreditar los hechos, si ellos han quedado acreditados; el instrumento de convicción está en el proceso y su único destinatario es el órgano que debe hacer justicia.

Por eso, aun con la certeza que la carga de la prueba consiste en un imperativo del propio interés del que la soporta y por consecuencia, hace que quien no desee salir derrotado en un pleito, deba acompañarle al juez las pruebas que sustenten sus pretensiones (CNFed. Civ. y Com., Sala III, 1994/08/03, "*Grandes Pinturerías del Centro S. A. c. Transportes San Jorge S. R. L.*", JA, 1995-I-611); también es cierto que, el "onus probandi" es el imperativo que pesa sobre uno de los litigantes de suministrar la demostración de un hecho controvertido, mediante su propia actividad, si quiere evitar la pérdida del proceso.

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

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

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

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

O cuando en procesos sociales se expresa que, en virtud de la inversión de la carga de la prueba que rige en materia laboral se impone al empresario que ha negado el vínculo, la acreditación de la inexistencia del contrato de trabajo o que los servicios prestados no eran laborales, pues la prueba del contrato no reconoce limitaciones articuladas por el derecho común ni incorpora restricciones específicas sino por el contrario agrega instrumentos probatorios que le son propios tales como las

presunciones o la interpretación más favorable al trabajador en caso de duda (CNCom., Sala A, 2001/11/09, "*O., J. C. c. El Cabildo Cía. Argentina de Seguros Generales*", La Ley, 2001-F, 857 - DJ, 2001-3, 1037).

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

Por ejemplo, se dice que, en materia de responsabilidad médica, el juez puede recurrir con carácter excepcional al "favor probationes" o la teoría de las cargas probatorias dinámicas, si comprueba en un caso puntual que la aplicación rígida de los principios de distribución de la carga de la prueba devienen ostensiblemente injustos o inicuos (CNCiv., Sala D, 2002/05/29, "*A. F., M. E. c. S., C. D. y otro*", RCyS, 2002, 443 - Con nota de Calvo Costa, Carlos Alberto).

O también cuando se afirma que si la responsabilidad profesional se funda en la culpa, ésta debe ser, en principio, probada por el actor. Ello sin perjuicio de que el juez tenga en cuenta la importancia de las presunciones judiciales y del concepto de carga probatoria dinámica --cuya aplicación es excepcional-- que hace recaer la carga de la prueba en cabeza de aquel que se encuentra en mejor situación para probar (CNCiv., Sala D, 1996/02/28, "*G., F. M. y otro c. Centro Médico Lacroze y otros*", La Ley, 1996-D, 451, con nota de Roberto A. Vázquez Ferreyra).

7. La prueba en los procesos transnacionales

Es importante señalar que en los procesos transnacionales rige el principio del contradictorio, en el cual se respeta el derecho de defensa de las partes, siendo este principio uno de los fundamentos de las normas reglamentarias del Sistema Interamericano, en lo que atañe a la oportunidad en que debe ofrecerse la prueba con el fin de que haya igualdad entre las partes ([407]).

Lo importante estriba en ver la dimensión que tiene el alcance, porque cuando se avala que la Corte Interamericana sostiene que el principio de inocencia es aplicable a todo tipo de procesos, se puede incurrir en una apreciación errónea que no atiende las circunstancias donde se expresa esa afirmación.

La Corte ha señalado anteriormente, en cuanto a la recepción y la valoración de la prueba, que los procedimientos que se siguen ante ella no están sujetos a las mismas formalidades que las actuaciones judiciales internas y que la incorporación de determinados elementos al acervo probatorio debe ser efectuada prestando particular atención a las circunstancias del caso concreto, y teniendo presentes los límites trazados por el respeto a la seguridad jurídica y al equilibrio procesal de las partes.

Además, la Corte ha tenido en cuenta que la jurisprudencia internacional, al considerar que los tribunales internacionales tienen la potestad de apreciar y valorar las pruebas según las reglas de la sana crítica, ha evitado siempre adoptar una rígida determinación del *quantum* de la prueba necesaria para fundar un fallo.

---

[407] *Cfr. Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri.* Sentencia de 8 de julio de 2004. Serie C No. 110, párr. 40; *Caso 19 Comerciantes.* Sentencia de 5 de julio de 2004. Serie C No. 109, párr. 64; y *Caso Molina Theissen. Reparaciones* (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Sentencia de 3 de julio de 2004. Serie C No. 108, párr. 21.

Este criterio es especialmente válido en relación con los tribunales internacionales de derechos humanos, los cuales disponen, para efectos de la determinación de la responsabilidad internacional de un Estado por violación de derechos de la persona, de una amplia flexibilidad en la valoración de la prueba rendida ante ellos sobre los hechos pertinentes, de acuerdo con las reglas de la lógica y con base en la experiencia ([408]).

Tal observación es suficiente para marcar el alcance y basta para cerrar con él la conclusión de este trabajo:

El principio de inocencia no es aplicable a los procesos civiles.

---

[408] *Cfr. Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri*, *supra* nota 2, párr. 41; *Caso 19 Comerciantes*, *supra* nota 2, párr. 65; y *Caso Molina Theissen*. *Reparaciones*, *supra* nota 2, párr. 23.

Capítulo XIX

LA LIBERTAD EN EL PROCESO PENAL

1. El debido proceso penal

El proceso es una unidad conceptual que admite y tolera diferencias significativas conforme el objeto que atiende. A veces la distinción es irritante, como cuando se afirma que la verdad del proceso civil no existe porque basta con la mera certidumbre; mientras que el proceso penal reclama la "verdad material" para lograr así despejar el máximo de inseguridad.

En otras ocasiones, la distancia se pone en la pretensión. Vale decir, si es particular y moviliza solo intereses individuales, el proceso es una lucha entre partes que confrontan; en cambio, si los afectados son muchos, o toda la sociedad, se pide que la justicia (los jueces) acompañe el conflicto eliminando la severidad del proceso contradictorio con sus reglas y obligaciones.

En esencia, todos se guían con principios y presupuestos que, en conjunto, constituyen el *debido proceso.*

Ahora bien ¿hay un debido proceso penal?

En realidad la respuesta sería negativa, porque visceralmente el proceso penal no tiene diferencias sustanciales con otros; lo que sucede es que aumenta los requerimientos porque mientras perdura su trámite está en juego la libertad. Para muchos, la máxima garantía que tienen los hombres.

Es decir que, si la libertad es el fundamento de los derechos individuales, debe, obviamente, protegerse explícitamente esa garantía y ordenar, a través de una puntual enumeración, cuando se puede limitar ese derecho del hombre.

Dice Rodríguez Rescia que en el proceso penal es lógico que, para garantizar el resultado del mismo y su acervo probatorio, se permita establecer algunas restricciones a la libertad del procesado, pero dentro de ciertos límites previamente establecidos por la ley y teniendo siempre en mente el respeto al derecho a la libertad a partir del principio de la presunción de inocencia. Ello ha justificado que se hayan establecido, para el proceso penal, una serie de garantías más amplias que para otro tipo de procesos en los que, por su propia naturaleza, no le serían aplicables ([409]).

2. ¿Proceso o garantía?

Es importante tener en claro, antes de elaborar conclusiones, la posición teórica que se tenga respecto al significado del proceso penal en el conjunto de las garantías, y particularmente, en la esfera de los derechos fundamentales.

Actualmente se debaten dos ideologías en torno a este problema. Por un lado se enrola el llamado *solidarismo penal*, que pone sus prioridades en la pretensión punitiva

---

[409] Rodríguez Rescia, Víctor Manuel, *El debido proceso legal y la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, en el Liber Amicorum a Héctor Fix Zamudio, volumen 2, CIDH, San José de Costa Rica, 1998.

del Estado, persiguiendo que el proceso actúe como instrumento y vía de la sanción. Sería, ni más ni menos, que la actuación de la voluntad de la ley.

Por otra senda transita el *garantismo penal*, el cual se opone a esta consideración, procurando en su lugar que el procedimiento penal sea una garantía del individuo para su enjuiciamiento, de modo tal que el proceso mismo es una limitación a la pretensión punitiva estatal.

Afirma Superti que cuando el procedimiento penal es usado "para combatir el delito" se genera una situación muy peligrosa porque se desnaturalizan las instituciones, más allá de las posibles buenas intenciones de quienes lo proponen; y se genera un estado de cosas donde el enjuiciamiento penal, paradójicamente, cede su bastión de las garantías para convertirse en un medio al servicio del poder público...; [...] pero...si el proceso es una garantía, debe estar lejos de ser una herramienta estatal al servicio de indiscutibles y valiosos fines públicos, como puede ser combatir la impunidad, porque filosóficamente es imposible que un instituto simultáneamente controle y sirva al poder (o lo controla o lo sirve) ([410]).

Desde nuestra perspectiva, el proceso penal no debe entenderse como instrumento para penalizar; no es ese el sentido que tiene el enjuiciamiento. En su caso, la pena será procedente si el Juez queda persuadido por las constancias probatorias y así lo resuelve en la sentencia.

El problema aparece cuando se tiene que definir la situación de la persona antes de tener acumuladas evidencias. Por eso se argumenta sobre la idea de las medidas cautelares, y a mayor verosimilitud (presunción que supone que el individuo no se fugará inmediatamente después de concedida la libertad por excarcelación o eximición de prisión) mejores posibilidades de recorrer el trámite sin encontrarse privado de libertad.

Ahora bien, la decisión que se adopta es discrecional u objetiva. Vale decir: ¿los poderes del Juez son circunstanciales o tienen un parámetro?

Muchas veces la ponderación de la sanción que tiene el delito que se investiga marca el límite entre la prisión y el libre albedrío; en otras, se confrontan antecedentes del imputado y se pretende con ello evidenciar la peligrosidad que reviste dejarlo en libertad.

En suma, cuando se estudia el problema de la libertad ambulatoria comienzan a confrontarse valores: ¿qué es más importante, la seguridad ciudadana que entiende que el presunto delincuente esté siempre custodiado mientras se resuelve su responsabilidad penal¿ o ¿es mejor evitar el riesgo de un inocente preso?

3. La dualidad en la interpretación

Los principios "acusatorio" e "inquisitivo" debaten entre sí el modelo más adecuado para enjuiciar las conductas punibles. Mientras uno considera imprescindible para que exista "debido proceso" que el juicio se forme entre dos partes bien identificadas (fiscal e imputado) donde uno acuse y el otro se defienda de las imputaciones; el restante, estima que los delitos deben perseguirse como deber del

---

[410] Superti, Héctor, *Derecho Procesal Penal. Temas conflictivos*, editorial Juris, Rosario, 1998.

Estado sin necesidad del impulso de partes, de modo tal que el proceso se investiga y enjuicia por autoridades jurisdiccionales.

Evidentemente, son posturas y filosofías enfrentadas. Mientras el proceso acusatorio garantiza un proceso con dualidad de partes que el tercero imparcial debe resolver; el sistema inquisitivo confía la investigación preliminar a una tarea plenamente jurisdiccional que estudia y resuelve al mismo tiempo.

En otros términos, el sistema inquisitivo arma el proceso al servicio de la pretensión punitiva y lo convierte en un instrumento de la represión; mientras que en el sistema acusatorio el proceso tiene como finalidad establecer una auténtica garantía del imputado frente a la pretensión punitiva del Estado. Mientras uno sirve y aprovecha al Estado, el otro limita al Estado y satisface el derecho irrestricto de defensa en juicio.

Las nuevas corrientes procesales -dice Rodríguez Rescia- tienden hacia un sistema acusatorio, en donde todas las partes puedan intervenir en el proceso, no sólo el imputado, sino también los afectados por el hecho ilícito que se investiga. Este aspecto no fue debidamente desarrollado por la Convención Americana sobre Derechos Humanos, ya que las garantías procesales del debido proceso están diseñadas claramente en beneficio del imputado, situación que debe ser objeto de revisión con el fin de buscar un equilibrio con el derecho de las víctimas [411].

Las garantías, como consecuencia de estas apreciaciones, pendulan y son inciertas, lo cual no es admisible en un Estado de Derecho y bajo una Ley Fundamental que asegura los derechos del hombre y sus libertades.

En nuestro país, que atraviesa una suerte de pasaje del sistema inquisitivo al acusatorio, pueden verse con claridad dichas oscilaciones, que no son más que vacilaciones acerca de lo que debe entenderse como "debido proceso penal".

La Corte, tradicionalmente, sostiene que el procedimiento penal debe respetar, como mínimos ineludibles, los pasos siguientes: acusación, defensa, prueba y sentencia (Fallos, 96:23; 99:284; 183:68, etc.).

Sin embargo, el Alto Tribunal ha convalidado la irrecurribilidad de las decisiones tomadas en el curso del sumario por el Juez de instrucción, agregando en otros precedentes que "si no se observan mayores anomalías durante la etapa del plenario, o sea la etapa en que se ventila el juicio penal propiamente dicho, las alegadas deficiencias sumariales no guardan relación directa con el artículo 18 de la Constitución Nacional" (Fallos, 235:332).

La compleja interpretación sobre el significado de las garantías en el proceso penal, influyó también, en la situación del querellante y del actor civil, a quienes por mucho tiempo se les negaron sus derechos por entender que el artículo 18 constitucional sólo estaba previsto como derecho de defensa del acusado.

4. El estado de inocencia

La acusación no comporta un anticipo de la pena; los hechos que se imputan a una persona necesitan probarse inevitablemente para socavar el principio de inocencia.

Por esto, la inocencia no es una presunción que beneficia al procesado en los casos de duda sobre la autoría o culpabilidad de un hecho delictual; es un derecho

---

[411] Ob. cit., passim.

constitucional que tiene base en el derecho de defensa; y una garantía contra la arbitrariedad judicial que, sin prueba o con duda razonable, condena sin atender el principio.

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

Preferimos hablar de "estado de inocencia" porque parece difícil explicar que una persona se presume inocente cuando se la tiene anticipadamente culpable (por ejemplo cuando se le dicta el procesamiento -que es un juicio de probabilidad incriminante-) aplicándole una medida cautelar como la prisión preventiva. Pareciera una autocontradicción.

En ese caso, existe una presunción de culpabilidad motivo por el cual al imputado se lo somete a proceso.

La raíz de la interpretación es ideológica: las personas al nacer llegan al mundo inocentes, y ese estado pervive en su existencia hasta la muerte cuando, en el sentimiento cristiano, se llega al purgatorio para redimir los pecados que lo han tornado culpable por sus actos pecaminosos.

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

También suele considerarse a la presunción de inocencia como un factor determinante para la carga de la prueba en el proceso penal. La regla *in dubio pro reo*, supone para el juzgador la imposibilidad de condenar cuando no tiene plena convicción sobre los hechos y sus responsables; por otro lado, cuando la duda razonable (típica expresión del derecho anglosajón) se elimina con la obtención de pruebas suficientemente persuasivas para demostrar la culpabilidad, el principio deja de regir por haberse superado el estado de incertidumbre o inseguridad [412].

Obviamente, la prueba está a cargo de quien acusa, como una proyección del principio común según el cual, quien afirma debe probar. No obstante, la defensa tiene el mismo derecho de contradicción, sea para demostrar los hechos en que sostiene su inocencia, como para contradecir la prueba de cargo que se hubiera presentado.

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

El estado de inocencia está constitucionalizado expresamente en el derecho fundamental español (art. 24.2), sosteniendo el Tribunal Constitucional que toda

---

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

persona acusada de un delito o falta se presume inocente hasta que su culpabilidad haya sido legalmente declarada. La declaración requiere que, con las garantías del proceso debido, el juicio de culpabilidad sea producto de la convicción del juzgador, en una valoración de conciencia del resultado de las pruebas (TC, 2/1984, sentencia del 18 de enero de 1984) [413].

Trazar el camino de la inocencia como un derecho fundamental antes que tenerla como una presunción desvirtuable *juris tantum*, significa atribuir cuestión constitucional a toda sentencia que desconozca el emplazamiento signado. Se trata de una garantía, y como tal, no puede sufrir reglamentaciones que lo limiten, por ser operativo directamente sobre todo proceso abierto.

Claro está que este principio no se aplica, únicamente, a los procesos penales, pues se extiende a toda calificación de conductas punibles (delitos, faltas, contravenciones, indisciplinas, etc.), de cuyo resultado pudiera surgir una sanción [414].

5. ¿Cómo se relaciona el estado de inocencia con la valoración probatoria?

El principio de inocencia es, como dijimos, un derecho del imputado, pero nunca una franquicia para su exculpación. El equilibrio lo pone la actividad probatoria reunida como materiales que bonifican los cargos; y el sistema de apreciación que tengan los jueces, agrega la razonabilidad en la decisión.

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

El justo medio entre inocencia presunta y valoración probatoria en el proceso penal, se encuentra en este punto: *no existe principio o presupuesto constitucional o procesal, respectivamente, que obligue a practicar la prueba de formas determinadas, pues en definitiva, la apreciación se realiza sobre el conjunto del material reunido, con independencia de la aportación, y ello es lo que origina el resultado favorable o adverso para el imputado. La particularidad esencial está en que, si el acusador no tiene pruebas, y el encartado usa la falta de ellas como argumentos defensivos, la sentencia debe priorizar el principio de inocencia. Mientras que si la prueba acumulada es de ambas partes, el origen de aportación no tiene incidencia práctica en la determinación de las responsabilidades penales.*

---

[413] El derecho a la presunción de inocencia -conforme Picó I Junoy- despliega su virtualidad, fundamentalmente, en el campo procesal, con influjo decisivo en el régimen jurídico de la prueba. Desde este punto de vista, el derecho a la presunción de inocencia significa que toda condena debe ir precedida siempre de una actividad probatoria, impidiendo la condena sin pruebas. Además, significa que las pruebas tenidas en cuenta para fundar la decisión de condena han de merecer tal concepto jurídico y ser constitucionalmente legítimas.. Significa, asimismo, que la carga de la actividad probatoria pesa sobre los acusadores y que no existe nunca carga del acusado sobre la prueba de su inocencia (Cfr. *Las garantías constitucionales del proceso*, ps. 155 y ss., Bosch, Barcelona, 1997).

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

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

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

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

Sin embargo, la amplitud como se entiende en otras latitudes, el derecho a negarse a declarar, no está consagrado como garantía constitucional en el derecho interno, por cuanto resulta suficiente, a los fines previstos en la disposición fundamental, la simple oposición del imputado a prestar ese acto [415].

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

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

Las reglas de Miranda, tal como se conocen los derechos del imputado a permanecer callado y a tener un abogado que lo asista durante el interrogatorio, refieren a las ilegalidades mencionadas en la fase preliminar (investigación, propiamente dicha) [416].

---

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

[416] La nulidad se extiende a la acusación formulada, en cualquiera de sus formas, si ella se funda en el testimonio autoincriminatorio, a pesar que una persona puede declararse culpable para negociar su condena. La acusación en los delitos graves puede deducirse de las maneras siguientes: *Indictment*, es una acusación formal y escrita presentada ante los Tribunales por un Gran Jurado (*Grand Jury*, es un órgano acusador cuya regulación varía de un Estado a otro, no debe confundirse con el jurado que determina la culpabilidad o inocencia, su función es la de recibir denuncias por la comisión de delitos, y en relación con la actividad de los agentes públicos. Su composición oscila entre 12 y 23 personas), imputando a una persona concreta y por hechos determinados sobre la evidencia facilitada por el Ministerio Fiscal. *Information*, también formal y escrita, es la acusación que se presenta ante los Tribunales por el Ministerio Fiscal por iniciativa propia. *Presentment*, es la acusación realizada por el Gran Jurado, sin que intervenga el Ministerio Fiscal, basándose en el conocimiento logrado sobre la comisión de ciertos delitos.

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

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

En la causa *Francomano* (Fallos, 310:2384) se demuestran las vacilaciones. Las dudas se manifiestan en dos votos de la Corte para quienes, una confesión policial sólo sería válida si los funcionarios policiales hubiesen observado ciertos requisitos tendientes a asegurar la espontaneidad de las declaraciones. Por ejemplo, que el interrogatorio se conduzca en presencia del defensor del acusado, o que el Ministerio Público acredite que existió una renuncia libre al derecho de contar con un letrado. Otro miembro de la Corte, en una postura aparentemente más extrema, señaló que no corresponde acordar ningún valor a una confesión policial rectificada luego ante el Juez de la causa. Los votos restantes, en cambio, prefirieron hablar de indebida fundamentación en la sentencia condenatoria, sin mencionar la conexión -evidente- entre lo que se discutía en autos y la garantía contra las declaraciones compulsivas en causa penal.

Ahora bien, ¿qué sucede si del testimonio voluntario celebrado ante la Policía, se obtienen *datos* (por ejemplo, nombre de eventuales testigos) que después se utilizan como pruebas en contra del imputado? ¿No es ello una forma indirecta de lograr la autoincriminación? [417]

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

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

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

6. La violación de derechos individuales en la persecución de prueba condenatoria

---

[417] La Corte ha dicho que...la mera comunicación de ese dato, en la medida que no sea el producto de coacción, no es un indicio que deba desecharse de la investigación criminal, pues lo contrario llevaría a sostener que la restricción procesal antes mencionada impide a los funcionarios investigar las pistas que pudieran surgir de esa comunicación (CS, sentencia del 14 de diciembre de 1992, Rev. La Ley, 1993-B. 257).

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

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

a) *Las pruebas corporales*

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

El consentimiento no es esencial, pero la obtención de la prueba no puede ser coactiva, lo cual puede llevar a cierta contradicción o peligro con el derecho de defensa.

No deben quedar dudas respecto a la plena libertad del individuo para someterse a las inspecciones de su cuerpo [418].

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

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

b) *Violación de domicilio*

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

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

Un procedimiento con estas características es ilegítimo y viola la garantía en estudio. La ilegalidad se transmite a todos los efectos resultantes del acto; elementos secuestrados, declaraciones obtenidas de los moradores de la vivienda, pierden todo valor probatorio [419].

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

---

[418] La jurisprudencia ha intentado hacer una diferencia entre someter el cuerpo humano (del imputado) a revisiones clínicas y pruebas hematológicas o de orina, adoptando para ellas la figura de fuente de prueba; y la exigencia de probar a través de la actividad del imputado mediante sus propios actos (hablar frente al espectógrafo; formar un cuerpo de escritura, etc.), en cuyo caso, la ausencia de voluntad expresa, haría funcionar la garantía contra la auto-incriminación (CFed. Criminal y Correccional, J.A. 1992-III, 23 y ss.).

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

a) *Emitida por Juez competente*. Es decir, por quien tiene el control de la causa y está obligado a resolverla.

b) *Fundamentada*. Si los jueces no estuvieran obligados a examinar las razones y antecedentes que motivan el pedido de las autoridades administrativas y estuviesen facultados a expedir las órdenes de allanamiento sin necesidad de expresar fundamento alguno, la intervención judicial carecería de sentido, pues no constituiría control ni garantía alguna para asegurar la inviolabilidad del domicilio (voto del Dr. Petracchi, en "Torres", J.A. 1992-IV, 105, con nota de Alberto Garay).

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

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

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

c) *Apertura y revelación de documentos privados*

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

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

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

7. Conclusiones

Al cabo de lo expuesto corresponde confirmar a la libertad como uno de los derechos fundamentales del hombre. Pensar en su disponibilidad constituye una variable de análisis que exacerba la discrecionalidad judicial. Pero, al mismo tiempo, mantenerla como si fuera una estándar que sigue la regla: *mientras no hay sentencia no hay privación de la libertad*, es tan peligroso como la falta de prudencia.

En consecuencia, si la libertad ambulatoria es una garantía especial que se consagra en el marco superior de la libertad como derecho humano, ¿cómo se resuelve la seguridad de los demás ante potenciales delincuentes que se amparan en una presunción que los favorece?.

Una vez más, confrontan las ideas y los paradigmas: o confiamos en la serenidad y prudencia de los jueces para analizar circunstanciadamente el caso y evitar, en su caso, que la detención se convierta en un anticipo de la condena (en cuyo caso, la privación de libertad se justifica como medida provisional). O le damos a la libertad un carácter automático donde mientras no haya condena no habrá encarcelados.

¿Hay un justo medio? Creemos que sí, y se sostiene en apreciaciones objetivas: a) posible elusión a la acción de la justicia; b) antecedentes del imputado; c) necesidad imprescindible de privar la libertad; d) análisis de la pena: e) conducta del imputado; f) complejidad de la causa, entre otras más que vuelven la mirada hacia el Juez, como garante de las garantías constitucionales.

Capítulo XX

LA ORALIDAD COMO PRINCIPIO POLÍTICO Y COMO SISTEMA PARA EL DEBATE

1. La oralidad en el pensamiento de Chiovenda

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 prolusión de 1901, en la Universidad de Roma cuando refiere a "*las formas en la defensa judicial del derecho*" ([420]) 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 ([421]).

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 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" ([422]).

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

---

[420]. Chiovenda, Giuseppe, *Ensayos de derecho procesal civil,* Volumen 2, Ejea, Buenos Aires, 1949, ps. 123 y ss.

[421]. Ibídem, p. 143.

[422]. Ibídem, p. 317.

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?

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*" ([423]).

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

---

[423]. 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" […]

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.

cuadruplica, 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 con la filosofía del "Código de Klein" de Austria, pero distinto en la dimensión de los poderes y deberes jurisdiccionales ([424]).

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" ([425]).

En suma, la oralidad se emplaza como un sistema político para la gestión judicial. Ella importa elegir más que un modo de expresión, porqué 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 ([426]).

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

---

[424]. 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 Mattirolo 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 (Mattirolo) 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).

[425]. 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.

[426]. Díaz, Clemente A., *Instituciones de derecho procesal*, Tomo I, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1968, p. 314.

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 inmediación en el procedimiento, en donde se dice <<el debate oral es la médula del procedimiento. Sólo de un debate oral regido por la inmediación 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" ([427]).

La oralidad se consolidó en Europa hasta llegar a constituir un principio particular (el principio de oralidad) que fue adaptado por las legislaciones emergentes ([428]). 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 expresar verbalmente lo que se quiere; y finalmente, puede haber regulaciones intermedias mixtas ([429]).

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 inmediación 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" ([430]).

---

[427]. Schönke, Adolfo, *Derecho Procesal Civil*, Bosch, Barcelona, 1950, p. 42.

[428]. 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).

[429]. Leible, Stefan, *Proceso Civil Alemán*, Dike – Konrad Adenauer Stiftung, Medellín, 1999, p. 141.

[430]. Allorio, Enrico, *Problemas de derecho procesal*, Tomo I, Ejea, Buenos Aires, 1963, p. 339.

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" ([431]).

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, pergeño un cambio filosófico en la forma de mirar el desempeño procesal. Dice Cappelletti que la idea es muy simple, "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" ([432]).

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

---

[431]. Guasp, Jaime, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil,* Aguilar, Madrid, 1943, p. 689.

[432]. Cappelletti, ob. cit., p.45.

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: 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 inmediación, 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 ([433]) 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 estas personas los destinatarios finales del acto mismo o no" ([434]). 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

---

[433]. Díaz, Clemente, *Instituciones*..., tomo I, cit., p. 314.

[434]. Guasp, *Comentarios*..., tomo I, cit., p. 690.

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" ([435]).

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" ([436]).

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” ([437]).

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

---

435. Guasp, *Comentarios*..., tomo I, cit., p. 691

[436]. Fairén Fuillén, Víctor, *La elaboración de una doctrina general de los principios del procedimiento*, Revista de Derecho Procesal, 1949-I, p. 287. Ediar, Buenos Aires.

[437]. Cappelletti, ob. cit., p. 49.

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 ([438]). 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.

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 verborragia la manera común de convencer al justiciable y al órgano judicial.

d) El procedimiento escrito abarata el costo del proceso, aún 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.

---

[438]. Palacio, Lino E., *Derecho Procesal Civil*, tomo I, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1979, p. 270

b) La obligación escrita no previene el exceso verborrágico, 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 m s idóneo para conseguirlo" ([439]).

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

---

[439]. Lascano, David, *Proyecto de código de procedimiento civil y comercial*, La Ley, 1935, La Plata, 1957.

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" ([440]).

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 aún 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.

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" ([441]).

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

---

[440]. Chiovenda, *Principios…,* tomo II, cit., p. 132.

[441]. Fairén Guillén, ob. cit., p. 423.

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.

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. Las experiencias de oralidad en los procesos de Argentina

En Argentina, cada provincia dispone de una Ley Fundamental (Constitución) y de un Código Procesal (Civil y Penal, como mínimo). La conflictividad se resuelve así en sistemas orales, escritos y mixtos; con recursos ilimitados o casación restrictiva; beneficiando la inmediación judicial o confiando en los funcionarios o auxiliares; actuando la ley o persiguiendo la equidad. En suma, los modelos se aproximan pero no se identifican como comunes.

Este no es un detalle menor, aunque los problemas suelen tener simetrías entre cada jurisdicción. Hay casos auténticamente paradigmáticos como ocurre con la provincia de Buenos Aires (su tamaño es similar a España), que bajo un modelo procesal predominantemente escrito, propio del siglo XIX, resuelve las crisis de su población colocándolos en un molde idéntico, sin tener en cuenta que los problemas del centro no tienen relación con la costa, o el conurbano bonaerense no se puede medir con la controversia típica del sur de la provincia. En los hechos, el Gran Buenos Aires se

vincula con la Capital Federal, sin embargo entre ellos, el sistema de enjuiciamiento es diferente, y hasta totalmente distinto como sucede en los conflictos laborales.

También es verdad que las leyes no ayudan en algunos tópicos particulares de modo que puedan generar confianza en los mecanismos de resolución de controversias; en realidad, algunas leyes propician la especulación (como sucede con los pedidos de quiebra, o los concursos autoconvocados), el desánimo (accidentes de trabajo; juicios de desalojo; ejecutivos, etc.), la incredulidad (jurisdicción penal en prácticamente todo el sistema), entre cuantas más circunstancias que no es momento de analizar.

Dicha diversidad lleva a que en mi país convivan tres modelos de oralidad: 1) el de las provincias como Jujuy y La Rioja que tienen un esquema de debate absolutamente oral; 2) el de provincias como Formosa, Río Negro y en esencia todas las que han seguido la reforma de la ley 25.488 (Capital Federal) que impuso el proceso por audiencias, es decir, donde la demanda y contestación son escritas, y el método de debate se celebra en audiencias que concentran la actividad probatoria; 3) el de las demás provincias donde la oralidad es relativa desde que, en la práctica, las audiencias donde debiera practicarse en los hechos se resume en la transcripción en actas de los dichos de quien declara.

7. Reflexiones

Desde nuestra perspectiva, el fracaso de la oralidad se debe a la preferencia sobre los dogmas del proceso. Por ejemplo, se establece el juicio verbal pero se mantienen las formas de la declaración y el modo de interrogar que estaban establecidos en el siglo XIX. O bien, se dispone que el juicio sea oral pero se reproduce en actas su desarrollo. En fin, nos parece que deben separarse de la teoría lo que son garantías, principios y reglas del proceso.

Los *principios procesales* disciplinan como ha de ser el debate (iniciado por la parte; dirigido por el juez; con formas legalmente establecidas; conductas 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 ([442]); 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 ([443]), y como tal debe comportarse en su paradigma.

---

[442]. Gozaíni, Osvaldo A., *Derecho Procesal Civil*, tomo I, Ediar, Buenos Aires, 1992, p. 305.

[443]. 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

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 ([444]).

---

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 A., *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 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.

[444]. 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 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".

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).

En suma, oralidad significa traer al proceso la técnica que asegure la reproducción del acto sin necesidad de fijarlo por escrito. La imagen grabada es la mejor garantía de lo ocurrido, y la informalidad del acto, refuerza y testimonia la confianza de quienes en ella participan, al interpretar y comprender lo que en la audiencia sucede.

"Evidentemente, así presentados, estos principios constituyen presu-puestos 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".

Capítulo XXI

VENTAJAS E INCONVENIENTES DE LOS PROCESOS POR AUDIENCIAS

1. Introducción

El proceso por audiencias es una evolución en los modelos de enjuiciamiento que se ha presentado, especialmente en Latinoamérica, como un sistema común inspirado en el Código Modelo Tipo para Iberoamérica.

No se trata con ello de auspiciar, únicamente, un cambio en los modos de llevar adelante un proceso, sino, y lo que es más importante, una transformación de los roles de quienes en él intervienen, donde la tradición del proceso como lucha se desplaza hacia un concepto más cooperativo.

Es decir, se modifica la concepción liberal del juicio controvertido que busca el éxito de una de las partes, para ir pensando valores de eficacia y seguridad donde no haya vencedores ni vencidos, sino, antes bien, un derecho a que los jueces desarrollen el oficio procurando lograr con sus resoluciones una justicia plena y efectiva.

2. Los sistemas de enjuiciamiento

Las familias procesales presentan características diferenciales ([445]) que permite dividirlas en grupos:

a) *Sistema anglosajón:* donde predomina la oralidad, con amplia facultades de las partes y muy pocas del Juez (sólo debe resolver). Es un proceso por audiencias donde las etapas previas tienen gran importancia para la elaboración probatoria. Existe buena disposición para negociar y facilitar acuerdos que eliminan la disputa; así como la sentencia puede ejecutarse a través del tribunal, que para ello, sí tiene potestades importantes (*contempt of court*).

Este sistema, propio del *common law*, se guía, esencialmente, por la doctrina de los precedentes jurisprudenciales (*stare decisis*), lo que determina que el estudio sistemático se rige, preferentemente, por el análisis de casos, antes que de normas.

b) *Sistema soviético:* Es un proceso originario de la URSS que ya no existe. En él existió una gran influencia del Estado representado por sus jueces. Es el órgano de gobierno el que los designa y le atribuye potestades y deberes muy exacerbados. Rige en China y áreas de influencia.

c) El *civil law* se divide en dos subgrupos: los que tienen sistemas escritos (casi toda Latinoamérica); y los que han incorporado la oralidad en sus procesos (son predominantemente orales).

---

[445]. Cfr. Rene David, *Les grands systèmes de Droit contemporains*, 6ª ed. París, 1974. Enrique Véscovi, *Nuevas tendencias y realidades del proceso civil*, en "Revista Uruguaya de Derecho Procesal", Montevideo, 1994 nº 4, págs. 461 y ss.

En los procedimientos escritos las facultades del juez son muy amplias, pero poco utilizadas. El proceso queda atrapado en etapas bien demarcadas, excesivamente burocráticas, y de una gran lentitud. Los recursos admitidos son demasiados lo cual genera una multiplicidad de instancias que ahogan la esperanza de rapidez y eficacia procesal.

En los sistemas de juicio oral y público del *civil law*, el objetivo es que el derecho positivo se aplique. El Juez tiene que resolver las controversias utilizando la ley. El valor del precedente jurisprudencial es relativo, porque el fin de la jurisdicción es fiscalizar la supremacía de las normas, especialmente de la Norma Constitucional.

Para ello se establece un proceso con régimen de audiencias y claras potestades del Juez para dirigir, ordenar y resolver de la forma más ágil y rápida que le resulta posible.

Por lo general, tienen una segunda instancia de casación, y en cuestiones de constitucionalidad se distinguen dos modelos: el *Europeo* o *sistema concentrado* donde operan los Tribunales Constitucionales que partieron de la inspiración de Hans Kelsen; y el *americano* o *sistema difuso* que hace prevalecer la posibilidad que sea cada Juez quien realice el control de constitucionalidad (aunque actualmente existe una clara tendencia para encontrar un tercer sistema, mixto, que coloca en el Poder Judicial dicha función pero a cargo de una Sala o Tribunal especializado).

Cada mecanismo se diferencia, aunque puede observarse una tendencia unificadora en América Latina que nace con el "Código procesal civil modelo"; y en Europa, con el "Código Judicial uniforme".

Estas dos constataciones no elimina la posibilidad que también presenta el sistema soviético, sobre todo si recordamos y tenemos en cuenta los trabajos presentados en el Congreso de Lublin (Polonia) en 1993.

3. La tendencia hacia la uniformidad procesal

La tendencia actual es unificar los métodos de debate en el proceso, permitiendo además de armonizar los diversos ordenamientos jurídicos, encontrar un modelo general que concrete, entre otros objetivos, la realidad de un debido proceso legal sin diferencias, aunque puedan existir matices.

Sin embargo, este proyecto encuentra dificultades difíciles de superar. Por ejemplo, en Argentina y México el régimen federal de gobierno permite a cada territorio autonómico (provincias o distritos) tener su propio régimen procesal, multiplicando los regímenes que debieran concordarse.

Por eso ha sido preferible razonar sobre la base de principios comunes que se amparan en la armonización. Estos factores aglutinantes ([446]) conducen hacia cierta preservación de las zonas neutras, es decir, aquellas que no están influenciadas por sistema alguno y que, por su real valía, tienen consideración por sí mismas.

---

[446]. Cfr. Enrique Véscovi, *Elementos para una teoría general del proceso civil latinoamericano*, editorial. UNAM, México, 1978, p. 10.

Es el caso de la regla moral, las garantías constitucionales de defensa en juicio, celeridad en los procedimientos y sentencias fundamentadas, entre otras ([447]).

También se nutre de las variadas convenciones internacionales que establecen normas de cooperación entre Estados y el reconocimiento y eficacia de las sentencias extranjeras en suelo natal.

Teniendo en cuenta esta particularidad, cuando se crea un proceso por audiencias no se alteran los demás principios procesales, tales como, la regla de actuar de buena fe, no abusar de las ventajas que tiene el proceso (v.gr.: desconocer las afirmaciones del contradictor y ampararse en el paradigma que afirma que el que alega debe probar), tener siempre la posibilidad de probar y contradecir, etc.

Lo que es cierto es que, con la aparición de este nuevo emplazamiento, se abandona la línea trazada desde el derecho romano del siglo III con el procedimiento extraordinario.

4. Características generales

Diseñar un proceso por audiencias que sea diferente y seguro para sus destinatarios parece muy difícil teniendo en cuenta el grado de evolución y confianza en cada sistema de procedimientos. Pero, a sabiendas de lo conflictivo, el Código Modelo Tipo para Iberoamérica bosquejó un esquema que tiene en cuenta las actuales deficiencias a encarar.

Este sistema se ha implementado plenamente en Uruguay, en algunas provincias argentinas, parcialmente en Perú, y continúa su arrollador avance.

Ahora bien, el modelo presenta las siguientes particularidades:

4.1 Principios:

➲ *Inmediación* con amplios poderes del Juez para intentar la conciliación entre las partes. La consideración de los medios alternativos para solucionar conflictos cuando el problema presente posibilidades de arreglo extrajudicial y el Juez considere que es conveniente la intervención de un gestor de conflictos profesional. Potestades suficientes para el emplazamiento procesal y la imposición de sanciones por desobediencia o incumplimiento de los mandatos dispuestos.

➲ *Concentración* de las etapas de contradicción y probatorias. Es decir que, todas las defensas o excepciones que se interpongan deberán ser resueltas en un solo acto o asignándoles "efecto diferido"; las pruebas se sustancian en pocas actuaciones y las que habitualmente se presentan por escrito, se anticipan a la audiencia permitiendo su complemento verbal cuando resulte necesario (por ejemplo, con el testimonio de peritos). Las partes han de tener posibilidades reales de intercambiar pruebas, convenir pautas de desarrollo, notificarse sin formalidades. Es decir, en pocas palabras, eliminar las ficciones reiteradas del proceso escrito, canjeando la técnica por la eficacia y rapidez.

---

[447]. El piso de marcha encuentra en este grupo de aspiraciones comunes, por ejemplo, los principios fundamentales del proceso laboral venezolano, cuando indica al Juez que debe orientar su actuación en los principios de uniformidad, brevedad, oralidad, publicidad, gratuidad, celeridad, inmediatez, concentración, prioridad de la realidad de los hechos y equidad.

➲ *Disposición sobre el objeto litigioso,* de forma tal que las partes puedan resolver las cuestiones en controversia sobre la base de un modelo simple que no tenga clasificaciones inútiles como la amplitud del conocimiento. Se trata de proponer una técnica de debate que gire alrededor del foco problemático. En este aspecto, la audiencia preliminar es el centro neurálgico del procedimiento.

➲ *Lealtad y buena fe procesal*, porqué un proceso que no respete estos principios no puede tener lógica funcional alguna. La colaboración entre las partes y el ejercicio razonable de la garantía de defensa en juicio, ponderan la eficacia del modelo que se propone.

4.2 Esquema de procedimiento:

I. *demanda, contestación, defensas y excepciones* ⇒ *por escrito*

II. *Proceso por audiencias* ⇒ *a) Preliminar*: con cuatro funciones:

i. conciliación

ii. saneamiento

iii. fijación de hechos litigiosos

iv. determinación de la prueba

b) Complementarias: para resolver el proceso en el menor tiempo posible. Apelaciones diferidas. Actuación directa de las partes (*cross examination*). Poderes sancionatorios del Juez.

III. *Sentencia. Ejecución* ⇒ dictada por escrito. Con ejecución provisional. Limitación recursiva o recurso indiferente.

5. Conflictos que presenta el sistema

El proceso latinoamericano, y particularmente el argentino, se caracteriza por un conflicto de intereses suscitados entre dos partes, que el Juez presencia sin tener posibilidad de instruir oficiosamente, dado que de admitirse, quebraría el juego limpio que supone otorgar disponibilidad a los litigantes para confirmar cada uno el aserto que porta su pretensión. Algunos sostienen que de tolerarse el activismo judicial, se violarían las reglas de bilateralidad y contradicción.

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 éste, la dinámica procesal quedaba abandonada a la iniciativa de las partes y 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 ([448]).

---

[448] Evidentemente -dice Roger Perrot- "esta concepción de la justicia civil era el fruto de la corriente de pensamiento liberal que con tanta fuerza caracterizó el siglo XIX y que llevó a entender que el correcto funcionamiento de las instituciones sólo era posible si se dejaban al libre juego de las fuerzas presentes" (*La eficacia del proceso civil en Francia*, en *Para un proceso civil eficaz*, edición de Francisco Ramos Méndez, Universidad Autónoma de Barcelona, Barcelona, 1982).

Tal esquema es un juego rotundo de ficciones que anidan prioritariamente en la doctrina y en el discurso, siendo esencialmente presunciones que, por esa condición, pueden resolverse en contrario, mediante prueba contundente o simplemente complementaria.

La premisa del proceso justo admite morigerar el rígido criterio que establecen las ficciones del proceso. Una de ellas, por tomar al azar un ejemplo, determina la consecuencia legal de tener por notificado a todo aquél que retira un expediente de los actos dictados en aquél, siempre y cuando estuviere comprobado fehacientemente que el mismo estuvo en poder de la parte, aunque fuera por complacencia o extralimitación de los funcionarios encargados de su custodia.

Es verdad que, por razones de seguridad jurídica, algunas veces se posterga esa apreciación, pero también lo es, que ello reposa en la mayoría de las ocasiones por el fruto de la duda, o de la carencia de una sólida presunción.

No obstante, el camino de la seguridad puede correr paralelo con el de la justicia, y no tiene razón alguna para observarlas como avenidas que circulan en direcciones opuestas.

Son tantas y tan variadas las ilusiones procesales que, entre otras ficciones, suponen presente al ausente; notificado al desinformado; representado al indefenso; pobre a quien ostenta riqueza pero logró cumplir los acotados extremos del beneficio de litigar sin gastos; confeso al que se equivoca al responder sin seguir las formas; falto de acción a quien tiene intereses evidentes aunque no le son propios; consagra la verdad pero tolera y admite la mentira en el proceso; pide pruebas para alcanzar certidumbre y convicción pero las exige de manera autoritaria y proclive a conductas huidizas; le otorga al juez la conducción y dirección del proceso, cuando en los hechos toma intervención recién cuando el expediente está pronto a dictar sentencia...

Estas son algunas de las vallas que se deberán derribar. El proceso no es un juego; tiene sus reglas, pero éstas no se pueden convertir en un sortilegio o sutilezas que encantan únicamente a quien las conoce.

Por eso la desconfianza de la gente en la justicia: *no comprende las formas, no interpreta los principios,* vale decir, *no sabe jugar el juego que solo abogados y jueces conocen.*

De alguna manera, el sistema sofista, complicado y secreto, nutrió el derecho romano canónico que llevó a las desventuras por todos conocidas. ¿Cómo tolerar que en el siglo XXI se mantenga este esquema?.

En España se viene reelaborando la transformación a partir del concepto de "tutela judicial" adicionando la condición de "efectiva". Sería bueno que, apoyados en un valor semejante, se diera un vuelco a la situación y bosquejáramos un proceso menos formalista y más certero, porque el derecho a sentirse protegidos y amparados no resulta bastante si la sociedad no confía en los métodos, no conoce sus condiciones ni respeta sus procedimientos. El formalismo enerva cuando su único soporte es el texto de la ley y un intérprete que la acompaña y pregona como única respuesta.

6. Poderes de dirección en el proceso por audiencias

El proceso por audiencias se implementa con actuaciones escritas y un desarrollo oral. El esquema avanza a través de actos, antes que por etapas, de manera que a

diferencia de los llamados juicios de conocimiento estructurados en secciones (*litis-contestatio*, prueba, sentencia) en las que cada una tiene que estar terminada para comenzar la siguiente (principio de preclusión); en el modelo previsto la secuencia sucede en audiencias. Vale decir, en actuaciones que se suscitan ante el Juez, quien debe resolver en cada una de ellas.

Básicamente, entonces, las funciones de los operadores jurídicos se alteran. Es cierto que los comienzos de la instancia siguen iguales (con leves diferencias según las excepciones o defensas que se opongan) porque tanto la demanda como la contestación documentan por escrito la pretensión y la resistencia. Pero, trabada la litis, el procedimiento adopta un curso rápido y expedito si consigue que las pautas establecidas se cumplan.

¿Supone este cambio afectar el ejercicio del derecho de defensa?

Procuremos, entonces, dar una respuesta a este dilema. En efecto, 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 límites tolerables, el procesalismo pone la valla del 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 deben garantizarse a cualquier persona que exige el cumplimiento de sus derechos y libertades.

En sus comienzos, el derecho de entrada al proceso (acción, pretensión y demanda), el derecho a ser oído, así como las garantías del Juez predeterminado, la independencia del órgano y su imparcialidad, entre otras, eran vistas como partes del "debido proceso sustancial", actualmente pareciera mejor incluirlos dentro del "derecho a la jurisdicción", por el cual la garantía se amplía al trascenderla del reducto procesal.

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.

El modelo tradicional que dominó buena parte de los procedimientos latinoamericanos a través de dos siglos, estableció que 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; pero la renovación que trajo la llamada publicización (código italiano de 1940) 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.

Es cierto que entre ambos modelos existen aproximaciones y diferencias, pero también lo es que a nadie puede tomar por sorpresa esta función jurisdicción que en modo alguno afecta la Constitución 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 porqué será éste el que en definitiva persiga la consagración de los derechos y libertades que trae la Ley Fundamental.

En consecuencia, este aspecto del proceso por audiencias puede encontrar dos lecturas opuestas. Mientras una parte argumenta la conveniencia de un Juez activo y atento que se preocupa por inquirir la verdad (lo que significa tener iniciativa probatoria); otros sostienen que esta característica afecta el principio de bilateralidad y contradicción, alterando esencialmente, el principio de igualdad entre las partes.

7. El problema en la fijación de los hechos

La identificación del objeto procesal, no es tan simple como a primera vista aparece.

¿Cuál es la decisión que se busca del Juez? No tiene respuestas coincidentes en el plano teórico, al punto que la ciencia le ha dedicado extrema preocupación y una desconcertante plétora de opiniones sobre la esencia de este tan importante fenómeno ([449]).

Algunos han afirmado que la tarea esencial del Juez es definir la suerte de las pretensiones deducidas en el pleito, porque mediante ellas las partes dan a conocer sus intereses y posiciones respectivas, acotando el campo donde se habrá de actuar y sin posibilidad jurisdiccional para que se modifique el esquema predispuesto.

Sin embargo, la pretensión es un deseo personal. Se formaliza en la demanda, se explica desde una visión particular, se quiere demostrar con medios probatorios dirigidos por un interés individual y se fundamenta en hechos que se relatan adaptados a la perspectiva del litigante.

Carnelutti, recuerda que el móvil en que se funda la búsqueda de los hechos como carga de parte, es, naturalmente, el interés en litis. Por lo demás –agrega, es ésta un arma de dos filos: lo mismo que puede inducir a las partes a narrar los hechos verdaderos que le son favorables, puede inducirla también a callar los que le sean contrarios, o peor aún, a inventar hechos falsos. El remedio contra este peligro es justamente el contradictorio ([450]).

El objeto litigioso debe ser neutral, indiferente a las versiones acondicionadas por las partes, aunque propenso a quedar persuadido sobre la verdad de una u otra posición. Por eso los hechos se necesitarán conocer e interpretar para llegar a una sentencia justa.

Pero si las circunstancias de facto no se presentan con la verdad para dar lugar a una constitución de versiones, probablemente el propósito del litigio se integre con

---

[449] Cfr. Schwab, Karl Heinz, *El objeto litigioso en el proceso civil*, editorial Ejea, Buenos Aires, 1968, p. 3

[450] Carnelutti, Francesco, *Estudios de derecho procesal*, tomo I, editorial Ejea, Buenos Aires, 1952, p. 96.

equívocos liminares que pueden llevar a dictar sentencia sobre un juego de ficciones; mientras que de instalar la obligación de decir verdad en los hechos, y posibilitar la investigación de la justificaciones de conducta sobre esas condiciones relatadas, permitiría al Juez actuar con mayor verosimilitud y eficacia.

El deber de decir verdad en las afirmaciones aun no se ha resuelto adecuadamente, pues los hechos dominan un espacio donde existen numerosas incertidumbres. Inclusive, quienes sugieren que esto no es importante, porque la función jurisdiccional consiste en aplicar el derecho invocado como propio, no pueden eludir el compromiso de subsumir los hechos en la norma, de modo tal que, una vez más, la verdad es un compromiso con la certidumbre y la seguridad jurídica.

Los hechos afirmados y controvertidos se deben probar. Es ésta una regla propia del principio de la carga de la prueba, y un elemento común del sistema procesal.

Hay dos teorías acerca de cómo se deben expresar los hechos que fundamentan la pretensión, que dependen en realidad, de la exigencia que se tenga respecto al objeto procesal.

Es decir, mientras la *teoría de la sustanciación* pretende que la demanda contenga una exposición detallada de los hechos que se vinculan con el derecho que se afirma existente; la *teoría de la individualización* sostiene que solamente se debe indicar la relación jurídica que individualiza la acción (compraventa, locación, etc.) para que sea el Juez quien aplique el derecho consecuente.

Afirma Alsina que el mejor sistema es el primero, porque le permite al magistrado calificar la acción de acuerdo con lo que surge de los hechos expuestos, con prescindencia de la calificación que de ellas hagan las partes ([451]).

En esta senda se plantea el deber de exponer toda la verdad, o la posibilidad antes anunciada de recortar los hechos a la enunciación de los convenientes ([452]).

---

[451] Alsina, Hugo, *Tratado teórico práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial*, tomo III –Juicio ordinario-, editorial Ediar, Buenos Aires, p. 35. Sostiene también que, la exposición de los hechos debe limitarse a lo necesario para la calificación de la acción, excluyéndose todos aquellos que no tuvieran vinculación con ella, pero cuidando de no omitir los que tuvieran alguna relación aunque sea indirecta o que de cualquier manera pudieran influir en la resolución final. Cuando se pida el reconocimiento de la obligación de abonar una indemnización, bastará que se expongan los hechos en que la pretensión se funda; pero, si además se pide el pago de la indemnización, habrá que exponer los hechos que puedan influir en la determinación de su monto (p. 37).

[452] Con relación a los primeros -dice Peyrano-, subsiste la polémica para determinar si, en oportunidad de invocarse las circunstancias fácticas, éstas deben complementar una acabada descripción del suceso, sin quitar ni recortar motivos que empeoren o dificulten la situación del exponente (*El Proceso Civil*, editorial Astrea, Buenos Aires, 1979, pág,154). Grossmann participa de la opinión por la cual debe sancionarse la ocultación de hechos cuyo conocimiento resulta indispensable para la claridad y dilucidación de la litis. A su criterio, el silencio debe considerarse como contrario a la verdad; tanto él como la declaración incompleta, o ambigua, agravan el deber en comentario. Esta veracidad –agrega- "se exige no solamente con respecto a los hechos controvertidos, sino igualmente a los hechos indiscutidos que el juez debe aceptar, en general, sin previo examen alguno", estableciendo solo una restricción: "La exigencia de la veracidad, con inclusión de los hechos no discutidos, deja intacto el derecho del litigante de abstenerse de la impugnación de las alegaciones hechas por la parte contraria, sea que fueran verídicos o no. La parte no es obligada a declarar, pudiéndose hacer condenar en rebeldía, si lo prefiere a la intervención activa en el juicio" (Grossmann, Kaethe, *El deber de veracidad de las partes litigantes en los juicios civiles*, Jurisprudencia Argentina, 71 sección doctrina).

Ante la duda sobre que camino seguir, la conducta de las partes se podrá colegir como un *deber* de colaboración, una *carga* procesal o una *obligación* de carácter sustantivo cuando el imperativo a cumplir consiste en una disposición de ese contenido (v.gr.: si al contestar la demanda se responde dolosamente -con la intención de perjudicar los intereses del peticionante-, existirá responsabilidad objetiva –civil- por el daño ocasionado).

En lo expuesto, debe mencionarse que los principios de lealtad, probidad y buena fe coronan las actitudes que postergan en lo inmediato el deber de veracidad.

Una compleja situación se ofrece con los abogados o representantes legales, a quienes se les impone hipotéticamente resolver si sus deberes de cooperación y honestidad hacia la jurisdicción han de ser cubiertos cuando ellos se oponen a los intereses de sus clientes.

En general la situación se presentan como un postulado deontológico, proclamando el deber de veracidad de los abogados.

7.1 Los tipos de hechos

Todo este prolegómeno viene a cuento por el problema de identificar los hechos a que nos estamos refiriendo.

Ocurre que los hechos procesales no son iguales a los hechos comunes. Tampoco se relacionan con los hechos jurídicos, porque cada uno tiene una repercusión e importancia diferente.

La distancia se profundiza cuando se pretende encontrar una clasificación de ellos tomados desde los que el código procesal menciona.

Por ejemplo, la afirmación de cómo ocurrieron las cosas que se demandan, tiene importancia para fijar la competencia; estos *hechos conocidos* son determinantes para saber la causa de recusación por enemistad, odio o resentimiento; si esos *hechos* son *reconocidos* habrá que hacer lugar a la recusación con causa; sin olvidar que estas causales obligan a la *exactitud de los hechos*, para lograr esclarecer la verdad de los *hechos controvertidos.*

También se mencionan *hechos ficticios o irreales* para definir la conducta temeraria o maliciosa.

Hay *hechos urgentes* que facilitan la presentación del gestor procesal.

En el juego sofista que el sistema procesal propone, existe una presunción de verdad sobre los *hechos lícitos* a que la demanda se refiera, cuando la parte debidamente notificada no responde adecuadamente. O bien, cuando no contesta la demanda, agregándose aquí un reconocimiento sobre los *hechos pertinentes.*

Siguiendo el orden de aparición en el código, la prueba en la rebeldía –aunque contingente- obliga al esclarecimiento de la verdad sobre los *hechos.*

Así mencionados, sin ningún otro aditamento, se enuncian en el beneficio de litigar sin gastos que solamente indica los *hechos expresados* y la falsedad de los mismos que llevan a una multa procesal por violentar el principio de actuar con lealtad y buena fe.

La sentencia se debe pronunciar sobre los *hechos reales y probados* y haciendo mérito sobre los *hechos controvertidos, modificativos* y *extintivos.*

También hay *hechos nuevos y nuevos hechos.* Existen *hechos* en los incidentes y *hechos controvertidos* en el recurso de reposición que pueden tomar el trámite de los incidentes.

Tangencialmente, en la etapa probatoria, se encuentran *hechos que no fueron objeto de prueba* en la confesión, los que se pueden replantear con el recurso de apelación.

Hay *hechos anteriores* y *posteriores* que se ponen como extensión y límites para la potestad jurisdiccional.

Otros *hechos* se tienen por *ciertos* cuando no se responden en forma asertiva; y existen otros que se deben fundar, explicados claramente al tiempo de redactar la demanda.

Los hechos *que no se invocan en la demanda* y después se agregan en las contestaciones pueden ampliar la prueba documental del actor.

Como regla o pauta común, el objeto de la prueba son los *hechos controvertidos*, siempre que no estén *admitidos* o *reconocidos*, en cuyo caso los que sean *pertinentes* y *lícitos* quedarán fuera de la obligación a verificar.

Los hechos deben ser expuestos con *claridad.* Para encontrar como objeto de la audiencia preliminar a los *hechos conducentes*, en los cuales no hay conformidad entre las partes; los *hechos articulados* que sean *conducentes* se fijarán a los fines probatorios, de manera que, tal como reza el art. 364 del código procesal argentino (federal) , la prueba únicamente versará sobre los *hechos articulados.*

Algunos más se presentan con un marco de inseguridad respecto a su categoría, como la referencia a los *hechos* que están en contraposición al *hecho nuevo.*

Luego, en cada medio de prueba, tiene repercusiones distintas. En la prueba informativa son objeto de la misma los *hechos concretos, claramente individualizados y controvertidos*; deben ser *hechos* que surjan de la documentación, y que se han de responder como *hechos ajustados* a lo que se requiere en el medio probatorio.

En la prueba de confesión, se habla de *hechos* donde se haya intervenido personalmente, o realizado en nombre de sus mandantes, para poder deponer en nombre de una persona jurídica representada. Aquí se encuentra, una vez más, la mención a los *hechos anteriores*. Las consecuencias sobre la *ignorancia de los hechos* que debiera conocer por la calidad invocada al representar, son un efecto de la absolución de posiciones.

Otra vez están los *hechos* que se tienen por *ciertos* cuando en la prueba de confesión prestada por el Estado no se satisface en tiempo o con plenitud respecto a lo solicitado.

Hay *hechos personales* sobre los que debe contestar en la prueba de posiciones.

Suceden *hechos que no se pueden probar* por expresa disposición legal, o por estar prohibidos su investigación.

Se clasifican algunos (en la prueba confesional) como hechos impeditivos, modificativos y extintivos.

En la prueba pericial se indican *hechos* que deben *explicarse*; mientras que en la testimonial se enuncian los *hechos gravitantes.*

La prueba pericial asume que el objeto son los *hechos controvertidos* que necesitan *explicarse* por tener quien lo haga, conocimientos especiales en alguna ciencia, arte, industria o actividad técnica especializada.

También encontramos *hechos a reconstruir* en el reconocimiento judicial.

En la prueba pendiente de producción suele dividirse el espacio entre *hechos esenciales* y *no esenciales*, para poder clausurar la etapa y permitir una agregación extemporánea.

En el arbitraje se repiten algunos conceptos, surgiendo otra vez *hechos posteriores* a la sentencia o laudo; y las demás menciones indicadas.

Hay *hechos confesados*, *hechos consolidados* que no se pueden controvertir (en los interdictos); *hechos* que se acreditan con las constancias médicas en la declaración de demencia; hay *hechos determinados* para acreditar la enemistad manifiesta con el amigable componedor, y finalmente se castiga la *ocultación de hechos* en el juicio de desalojo.

En fin, la profusión de adjetivos que toman los hechos en general obliga a tener que aclarar cuales son, de todos ellos, los que deben ser expresados con la verdad, teniendo en cuenta que son estos a los que queremos apuntar el objeto de este comentario.

Recuerda Goldschmidt que el fin de la prueba es lograr el convencimiento del Juez; siendo la verdad que se persigue solo relativa, es decir, simple verosimilitud; por eso el tema probatorio es siempre una afirmación de hecho ([453]).

Dado que la variedad de los hechos ajenos y anteriores al proceso, como los vinculados y contemporáneos al mismo, son de múltiples expresiones, suelen clasificarse por su incidencia en:

a) *Hechos constitutivos* (o formativos de la relación jurídica procesal);

b) *Hechos modificativos* (o que incitan una transformación de la realidad de acuerdo con el relato que se haga al contestar la demanda);

c) *Hechos extintivos* (o cancelatorios de la situación jurídica) ([454]).

7.2. Los hechos y la prueba

El proceso civil se rige en nuestro sistema por el principio dispositivo, según el cual, la instancia se inicia y desarrolla a pedido de parte (*nemo iudex sine actore);* es el actor, en principio, quien aporta los hechos y ofrece la prueba para demostrarlos; también, le corresponde al demandado resistir la versión que trae el demandante, afirmando otros hechos, modificando los expuestos con una versión distinta, u oponiendo excepciones que impidan, obstaculicen o extingan la procedencia de la pretensión, provocando en cada actitud un efecto singular.

Estos hechos que enunciamos en el punto anterior son *constitutivos* porqué la causa de pedir la presenta el actor, aunque son también constitutivas las razones que tiene el demandado para oponerse; son hechos *modificativos* los que dan una versión

---

[453] Goldschmidt, James, *Derecho Procesal Civil*, editorial Labor, Barcelona, 1936, p. 256.

[454] Cfr. Gozaíni, Osvaldo Alfredo, *Derecho Procesal Civil*, tomo I (Teoría General del Derecho Procesal) volumen 1, editorial Ediar, Buenos Aires, 1992, págs. 421/422.

diferente a la que se afirma en la demanda; son *extintivos* los que cancelan inmediatamente la procedencia del reclamo (v.gr.: el pago documentado); y son *impeditivos* aquellos que alegan una causa jurídica que posterga el comienzo de la etapa probatoria por faltarle un elemento necesario para la debida integración del proceso (v.gr.: falta de legitimación; nulidades; excepciones; etc.).

Sin embargo estos hechos no son los que determinan el objeto probatorio, toda vez que en la mentalidad del legislador continúa la idea de ver al litigio como una lucha entre partes con derechos contrapuestos, de tal forma que sólo los hechos donde exista esa contradicción deben ser probados, pues los que no se alegan, se admiten o reconocen, estarán fuera de la necesidad probatoria porqué respecto a ellos no hay controversia.

Además, hay hechos que por sus características quedan exentos de prueba, los que dependen de la discrecionalidad judicial que los puede nomenclar como *hechos impertinentes, inoficiosos o inconducentes*. Lo mismo sucede con los hechos cuya prueba está prohibida por la ley (v.gr.: indagación de la maternidad cuando tenga por objeto atribuir el hijo a una mujer casada; prueba de testigos cuando se impugna el contenido de un documento que se dio en blanco, etc.); o que se presumen conocidos por su *notoriedad* o *habitualidad* del suceso; o por ser simplemente *hechos normales*.

Con tal precisión los hechos se clasifican en:

a) *Hechos alegados* que son neutros en relación con el objeto de la prueba, porque se refieren a la simple enunciación de circunstancias, sin que ninguno tenga más explicación que el suceso ocurrido. Son importantes para el sistema escriturario porque el hecho que no se escribe y describe, no está en el proceso y, por eso, queda fuera de toda posibilidad de confirmación o negación. Se relacionan con *los hechos articulados; hechos relatados; hechos expuestos; hechos concretos e individualizados; hechos explicados*, que se enunciaron al comenzar el trabajo.

b) *Hechos afirmados* son los que obtienen en el relato una versión determinada. Se vinculan con aquellos que el código indica como *hechos exactos, hechos verdaderos, hechos reales, hechos fundados, hechos explicados claramente*, entre otros. Hay en esta categoría una zona gris con los llamados *hechos negativos*, que son en realidad hechos que se afirman a partir de una negación (v.gr.: no le presté el dinero reclamado; no tengo la cosa cuya restitución persigue, etc.), y que por lo implícito que contienen, deben ser probados por quien los expone.

c) *Hechos controvertidos* o afirmados por una parte y negados por la otra; son los que más veces se enuncian en el código, demostrando claramente que son el objeto principal de la prueba.

d) *Hechos conducentes* o necesarios para la solución de la diversidad de problemas que el conflicto judicial debe resolver. No basta con el carácter controversial del hecho para que deba probarse, es necesario que se complemente con la conducencia o utilidad probatoria. La conducencia se relaciona con otros hechos enumerados como *necesarios, esenciales, superfluos, gravitantes,* o *trascendentes.*

e) *Hechos pertinentes* que se vinculan con la necesidad probatoria y con la posibilidad de quedar admitidos o reconocidos. Su antónimo, el *hecho impertinente* no es objeto de prueba, porque está prohibido por la ley, o por interpretarse que es formalmente improcedente (arts. 414, 442, código procesal civil –federal- argentino). Se ligan con los *hechos que no afectan la moral, la libertad personal de los litigantes o de terceros, o que no estén expresamente prohibidos para el caso* (art. 378); también con los *hechos* que deben probar el *presupuesto* que funda la aplicación de un derecho determinado (art. 377 párrafo segundo) .

f) *Hechos lícitos* e *ilícitos.* Esta es una división poco referida en el código, pero de suprema importancia para la prueba porque se involucra con la posibilidad de tener por reconocidos, los hechos *pertinentes* y *lícitos* que no se contesten expresa y categóricamente, o directamente se omitan con el silencio, o bajo respuestas evasivas o con una negativa meramente general.

g) Consecuencia de las actitudes del demandado son los *hechos admitidos* o *reconocidos.* La presencia efectiva de un contradictor expone claramente la voluntad del acto, por eso, puede decirse que un *hecho está reconocido* cuando quien contesta la demanda no niega todos y cada uno de los argumentos del actor. Mientras que la incomparecencia necesita esclarecer los efectos subsiguientes, según el proceso continúe en ausencia o rebeldía, a petición del interesado. Sin embargo, tanto el *reconocimiento* como la *admisión* son actos propios del derecho antes que de los hechos.

7.3 Los hechos y la prueba en los procesos por audiencias

Prácticamente todo el conjunto de normas y principios que se han desarrollado esquemáticamente, piensan y se aplican al procedimiento escriturario. De igual modo, se explanan pensando en el principio dispositivo según el cual *iudex debet iudicare secundum allegata et probata partium (*debe el juez fallar según lo alegado y probado por las partes).

Es un encuadre rígido que establece los hechos con un criterio de posesión, donde cada parte debe verificar, confirmar o demostrar (según los criterios de política procesal que se establezcan para la prueba) los hechos que manifiesta como suyos.

Cada uno tiene su versión, su propia lectura y una singular interpretación sobre los efectos que piden y reclaman al juez como derivados de esa subsunción de hechos en el derecho.

Apuntaba Alcalá Zamora en la obra de Goldschmidt que "la finalidad de la prueba en la Ley de Enjuiciamiento Civil española es lograr la convicción de las partes y no la del Juez; se restringe en gran medida las facultades del juzgador sobre la misma, hasta el punto de que la misión que le asigna con frecuencia es la de decidir, cuando las partes no se pongan de acuerdo, acerca del recibimiento a prueba" ([455]).

---

[455]. Cfr. Goldschmidt, ob. Cit., p. 263.

De igual alcance es la conclusión que propone Guasp en un estudio clásico sobre el problema que planteamos; sostiene que el fenómeno particular que entabla la relación entre los hechos y la prueba demuestra el entronque del sistema procesal con las prácticas medievales ([456]).

En efecto, la cuestión pareciera centrar en las potestades judiciales que se tienen para interpretar los hechos que las partes alegan sin poder ampliarse el cuadro de circunstancias a otros que, por aplicación de principios y presupuestos preadquiridos, quedarían fuera del ámbito litigioso.

En síntesis, el principio dispositivo afirmaría la soberanía de las partes sobre los hechos, y las potestades judiciales se implementarían, únicamente, para que el Juez resuelva el derecho aplicable.

Sin embargo, esta relación convierte al proceso es una lucha entre partes donde el deber jurisdiccional es aplicar la ley (*juris – dictio*), estableciendo un vencedor y un derrotado. Prácticamente, volver a esta consigna que, en pocas líneas reproduce la máxima: dadme los hechos que aplicaré el derecho (*narra mihi factum, dabo tibi ius*), es un contrasentido con el avance hacia un proceso público, en el que las potestades judiciales no pueden quedar postergadas por las alegaciones interesadas de las partes ([457]).

Mucho menos si el análisis proviene de una sustancial modificación en el esquema procedimental federal, que ha desplazado el desarrollo tradicional de los hechos controvertidos, alegados y conducentes, para dar paso a los *hechos fijados en la audiencia preliminar* que inicia la etapa probatoria del actual proceso por audiencias.

No se trata, claro está, de sostener que el objeto probatorio no sean los hechos controvertidos; sino de afirmar que éstos hechos pueden seleccionarse por el Juez para acotarlos a los que interesan para alcanzar la verdad y poder dictar una sentencia útil y efectiva.

---

[456]. Guasp, Jaime, *Juez y hechos en el proceso civil*, editorial Bosch, Barcelona, 1943; reproducido en *Estudios jurídicos*, edición al cuidado de Pedro Aragoneses, editorial Cívitas, Madrid, 1996, págs. 279 y ss.

[457]. "No cabe duda –dice Guasp- que en último término el complejo material de decisión reunido en un proceso es reductible, en cuanto a los elementos que lo componen, a uno de los grupos fundamentales apuntados: es decir, que en esencia está formado por hechos y normas de derecho objetivo. Pero sería erróneo creer que este esquema no contiene sino dos tipos invariables y de fácil identificación y aislamiento. Tal error (el de creer que no existen sino normas jurídicas *puras* y hechos *puros*) es, además, uno de los que han ejercido más nefasto influjo no sólo en la doctrina jurídica sino en la misma evolución jurisprudencial".

"Ya parece excesivamente simplista reducir el mecanismo racional de los principales actos procesales a un silogismo integrado *tan sólo* por dos premisas y la comparación únicamente puede admitirse a condición de que se haga inmediatamente la salvedad de que cada una de estas premisas pueda estar a su vez integrada por otras figuras lógicas análogas. La <<cuestión de hecho>> comprende a su vez dos problemas: el de si la ley basándose en una categoría de hechos garantiza un determinado bien; y el de si un hecho determinado, considerado abstractamente, entra en la categoría prevista por la ley. La <<cuestión de hecho>> consiste en declarar si existen las circunstancias sobre cuya base el Juez debe, conforme a la ley, considerar existentes ciertos hechos concretos..." (ob. cit., "Estudios...", p. 284).

Por eso, el principio dispositivo que prescribe la inactividad del Juez se aplica solamente al material de hecho y es, por tanto, de la mayor importancia rehusar incluir en este apartado figuras que lógicamente no encajan en él ([458]).

Han sido muchos los esfuerzos de la doctrina para ahuyentar tradicionales errores de interpretación que observan en la potestad jurisdiccional debidamente aplicada, un caso evidente de autoritarismo judicial. Pareciera, con ello, no comprenderse que hay cuestiones que no necesitan estar alegadas y controvertidas para poder apreciarse por máximas de experiencia, o por reglas derivadas de usos y costumbres, o ejecutables de acuerdo con tradiciones sociales.

El Juez que busca la verdad no comete arbitrariedad alguna, porque en la persecución de la eficacia y, en definitiva, la seguridad jurídica, podrá distinguir entre "hechos" y "afirmaciones", para llegar a la conclusión de que solamente los primeros se prueban y los segundos se deducen o interpretan de acuerdo con las constancias de la causa y lo que el mismo magistrado debe procurarse ([459]).

Tampoco se altera la regla de la carga probatoria, tan afincada en el principio de bilateralidad y contradicción, porque la prueba se adquiere en beneficio y detrimento de ambas partes, sin importar quien la aporta ni quien reporta su aplicación.

8. Iniciativa probatoria. El meollo del problema a justificar

Las facultades del Juez en el proceso pueden ser estudiadas desde la plataforma sencilla de los principios y presupuestos procesales, de manera que se concreten las reglas de dirección material, el control disciplinario, el orden y la regularidad de los trámites, las potestades para usar la fuerza legitimada por el poder jurisdiccional, etc.

En este campo se exponen las polémicas sobre la interpretación entre "autoridad" y "autoritarismo" en el proceso; la iniciativa probatoria del Juez; los efectos y alcance de principios como el dispositivo, o el de economía procesal, o bien, para resolver los límites objetivos y subjetivos de la cosa juzgada.

Otra visión se puede adoptar desde la finalidad, o la misión propiamente dicha que tienen los jueces en la sociedad. Acá deben circunscribirse algunos puntos cruciales en el debate; por ejemplo, ¿cuáles son las fronteras que se pueden cruzar en busca de la verdad?, ¿tiene que ser siempre el Juez quien dirija todo el procedimiento?, ¿no es

---

[458]. Guasp, ob. cit., "Estudios...", p. 285.

[459]. "Lo que hemos de hacer, por tanto, es centrar el estudio sobre cada uno de estos elementos y ver a cual de ellos cabe aplicar el nombre de <<hecho>>, tomando esta noción en su sentido general –no estrictamente jurídico- pero depurada de todas las imprecisiones que el mismo sentido general le atribuye. En tal sentido, resulta de sumo interés recoger la distinción de Danz entre hecho y afirmación jurídica. No hay que olvidar que Danz se propone en su estudio afirmar conclusiones relacionadas con nuestra tesis (Guasp) y emplea conceptos que nosotros también estamos en la precisión de utilizar".

"Partiendo de esta idea, la definición que de <<hecho>> pudiera darse habría de aludir por modo forzoso al concepto de acatamiento, o de lo que no solamente es existente sino que existe en realidad", pero esto sería equivocado. "Si quisiéramos hallar la esencia íntima de la realidad en que el hecho consiste, tendríamos acaso que buscarla en la idea de que el hecho es un acaecimiento que tiene dimensiones concretas en el tiempo y en el espacio. La realidad espacio – temporal es una de las notas esenciales del concepto. Una ulterior afirmación de ésta para dejar depurada plenamente la noción, obligaría a tales disgresiones, propias más bien de la Filosofía o de la Teoría General del Derecho..." (Guasp, ob. cit., "Estudios...", p. 294).

diferente, la acción que se realiza en un proceso constitucional respecto a uno civil, o penal?.

En este último tramo es donde colabora la interpretación jurisprudencial y consultiva del sistema interamericano de derechos humanos, al corresponder las garantías judiciales previstas en el art. 8º del Pacto de San José de Costa Rica, con el art. 25 del mismo cuerpo legal que clama por un "recurso sencillo y eficaz".

Lógicamente, a los fines de deducir nuevas reglas, la noción de *recurso* no se puede seguir desde el plano procesal: no se refiere el art. 25 a un medio de gravamen o a un mecanismo de impugnación; sino a una vía siempre disponible para reclamar por los derechos humanos que se consideren violados (v.gr.: recuérdese que en los estados de emergencia siempre será valedero el amparo y el hábeas corpus); la sencillez se relaciona con lo simple, que sea comprensible, adaptado a la urgencia de la pretensión, sin ritualismo ni solemnidades, es decir, en pocas palabras, un proceso que consiga ser eficaz en base a la confianza que surja de sus propios postulados.

La actuación judicial competente es vital para lograr resultados satisfactorios, porque en definitiva, la justicia la hacen los hombres y no las leyes ni los principios.

Ahora bien, ¿cuáles son las misiones que se pueden explanar?.

En líneas generales, el primer objetivo es superar las rigideces técnicas; evitar que las solemnidades del acceso condicionen la lectura de pretensiones viables que podrían ser entorpecidas por requisitos de legitimación; saber qué pasó en los hechos que se le plantean como casos controvertidos, con el fin de alcanzar la verdad; asumir que hay reglas tradicionales como la bilateralidad y la contradicción que en algunos procesos, como los constitucionales, se desplazan a aminoran; en suma, un juez comprometido con la sociedad donde vive y que lo quiere partícipe de sus necesidades y concluyente con sus reclamos.

8.1 El Juez debe superar rigideces técnicas

El proceso judicial tiene una lógica interior que es respetable y afirma en el modelo dispuesto una construcción para la seguridad jurídica. Quien conoce las reglas se somete a ellas con el fin de tener un sistema donde debatir en igualdad de condiciones y oportunidades.

Lo que el debido proceso no quiere, es que las formas se conviertan en rituales que constituyan una finalidad en sí mismas. Las solemnidades están al servicio de los derechos sustanciales y se han de adaptar con flexibilidades razonables al espíritu de usar el proceso para lograr justicia en el caso concreto.

8.2 El Juez debe atender las situaciones de urgencia

El segundo paso a dar es más riesgoso, pero la aventura tiene justificativos porque se funda en resolver sobre la angustia y el derecho a una decisión pronta que llega a la justa composición del conflicto, aunque no se cumplan las etapas y formalidades propias de las reglas del contradictorio.

La eficacia de la jurisdicción autoriza en el marco de las normas transnacionales, asumir con valentía este tipo de providencias que toman el nombre de *tutela urgente en el proceso.*

Los modelos dispuestos parten desde la *autonomía de las medidas cautelares*, evitando que éstas sean únicamente un soporte provisional de una eventual sentencia de condena.

Hay veces que una precautoria resuelta oportunamente puede evitar conflictos posteriores (v.gr.: secuestro de la cosa reclamada), o ser fuente de negociaciones inmediatas que solucionan la crisis por medios alternativos diferentes al proceso.

Por ejemplo, la posibilidad que tiene toda persona afectada por una situación de violencia familiar para solicitar una tutela judicial urgente de carácter sustantivo requiere de la concurrencia de los siguientes presupuestos: 1) un comportamiento lesivo, 2) un daño injusto, 3) relación de causalidad entre la conducta y el daño y 4) la atribución del hecho a una persona (T. Familia, Formosa, 1998/09/04, "*V., D. E. c. E. G., E.*", LL Litoral, 1999-70). De este modo, un accionar oportuno evita la continuidad del daño y actúa preventivamente.

Pero no se agota en el modelo cautelar la insistencia por conseguir una justicia oportuna y efectiva.

Las *sentencias anticipadas* son un remedio experimental que, actuando amparada en lo contextual y evidente, admite dictar un pronunciamiento inmediato apenas contestada la demanda o transcurrido el plazo para hacerlo.

La idea es que actividad judicial no se agote en la solución de la litis, cuando la realidad de los hechos indica que se deben adoptar, oficiosamente, medidas que, aunque "*stricto iuris*", alteren el principio dispositivo y el de congruencia, quedan autorizadas por la misión de prevenir el acaecimiento o la repetición de daños probables.

Donde más riesgos se corren, es con las llamadas "*medidas autosatisfactivas*" que significan resolver sin oír a la parte contraria que afectará la decisión a tomar de inmediato. Como con la sentencia se cumple el objeto de la pretensión perdiendo sentido una revisión posterior, al ser irreversible, se ha sostenido la inconstitucionalidad de las providencias de este tipo.

La medida autosatisfactiva es una solución urgente no cautelar, que se ordena en circunstancias extremas, por la que se procura aportar una respuesta jurisdiccional adecuada a una situación que reclama una pronta y expedita intervención del órgano judicial.

Posee la característica de que su vigencia y mantenimiento no depende de la interposición coetánea o ulterior de una pretensión principal.

Por ejemplo, una acción de amparo con medida cautelar innovativa tendientes a que una obra social provea un marcapasos definitivo a uno de sus afiliados con problemas cardíacos se puede encuadrar procesalmente como medida autosatisfactiva si existen riesgos serios para la integridad psicofísica de aquél, agotando la prestación médica reclamada con su eventual acogimiento.

Aunque no exista regulación legal de la medida autosatisfactiva, resulta procedente su acogimiento por cualquier carril procesal que se considere pertinente, pues de lo contrario se desoiría el mandato constitucional que otorga a los particulares el derecho a obtener una respuesta expedita por parte del órgano jurisdiccional.

8.3 El Juez debe acompañar el conflicto social

La función social que se reclama de los jueces no lleva a suponer que ellos la evadan o la tornen inexistente. De hecho son múltiples las manifestaciones que dan muestras suficientes de la adaptación permanente de las sentencias a la realidad donde se insertan.

El análisis que se propone es otro. Consiste en dar una pauta de conducta cuando la solución del conflicto necesita eludir alguna regla o pauta del proceso; sea formal (v.gr: un plazo), o sustancial (v.gr.: dar patrones de cumplimiento en un contrato), y hasta constitucional (v.gr.: extender los alcances de la cosa juzgada a quienes no han sido partes).

La justicia suele presentarse como "de acompañamiento", donde la razón de a crisis permite eludir reglas estrictas para alcanzar una solución justa y proyectada al clamor social.

Es que, por debajo de lo que las leyes parecen decir literalmente, es lícito indagar lo que quieren decir jurídicamente y si bien no cabe prescindir de las palabras de la ley, tampoco hay que atenerse rigurosamente a ellas cuando una interpretación sistemática así lo requiera, dado que la misión judicial no se agota con la remisión a su letra, ya que los jueces, en cuanto servidores del derecho y para la realización de la justicia, no pueden prescindir de la *ratio legis* y del espíritu de la norma (del dictamen del Procurador General) (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 emparenta directamente con este poder.

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 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.

9. Las ventajas del proceso por audiencias

Superado el dilema que tiene consentir el aumento de los poderes judiciales comprendiendo que no se alteran las reglas tradicionales y, en especial, la bilateralidad y el contradictorio, observemos que otras ventajas tiene el proceso por audiencias.

Antes de ello conviene decir que no son ellas exclusivas, porque también pueden estar insertas en un proceso escrito o en uno donde la oralidad domine toda la instancia, lo que sucede es que la práctica ha desvirtuado los fines, instalando así en las secuencias propuestas, un desarrollo que combina lo mejor de ambos sistemas.

9.1 Concentración procesal

Una de las premisas que conduce el desarrollo del proceso por audiencias es concentrar en un solo acto la mayor cantidad de actuaciones.

Esta primer audiencia está en el pórtico de la etapa probatoria, por eso suele denominarse "audiencia preliminar".

Como se aprecia, se agrupan en este acto distintas obligaciones y deberes para el Juez y las partes. La modalidad persigue que se desenvuelva la audiencia no como un encuentro formal destinado a despachar las pruebas del proceso, sino, todo lo contrario, la audiencia preliminar quiere que sea el Juez quien, de manera indelegable, asuma el deber de dirigir el proceso.

La suerte de la audiencia va de la mano con la presencia del Juez en la misma. La historia de la institución en Argentina muestra el fracaso de los objetivos que en cada oportunidad se pensaron, por no asumir el magistrado el rol de conducción oportuna del litigio, acompañado por la desidia de partes y abogados que han aceptado transitar esta etapa como si fuera el simple paso formal por una etapa más del proceso.

El actual dispositivo no es contundente para afirmar la obligación de estar presente en la audiencia, sólo dice que si el juez no se hallare presente no se realizará la audiencia dejándose constancia en el libro de asistencia.

De ello surge dos interpretaciones posibles:

a) que la audiencia no se puede jamás realizar sin la presencia del Juez, porque el art. 360 establece un deber congruente con el art. 34 inciso 1º (asistir a la audiencia preliminar);

b) que la audiencia se realice con la anuencia de las partes, teniendo en cuenta que el deber de inmediación que se instala es para el juez y no existen sanciones consecuentes; mucho más frente a la vigencia del principio procesal que sostiene que todas las nulidades del proceso son relativas, es decir, que admiten convalidación cuando el defecto no es trascendente.

9.2 Conciliación en el proceso

Al hilo de lo establecido en el código argentino, se observa que la primera obligación del Juez es la función conciliadora que, conviene advertir, es una instancia exagerada en mi país, porque el proceso ya tiene establecido la mediación previa de carácter obligatoria, donde intervienen mediadores o conciliadores con título habilitante para ello.

La instancia obligatoria previa de mediación (o conciliación en asuntos laborales) se aplica en la jurisdicción nacional sin afectar la jurisdicción federal, lo que constituye una verdadera incongruencia con la estructura procesal (recuérdese que en Argentina hay veintitrés códigos procesales en lo civil y penal, y en una misma jurisdicción coexisten dos –Capital Federal-).

La función del mediador consiste en acercar a las partes y no en resolver el conflicto cuan si fuera un juez que sobre ellas dispone el derecho aplicable. El mediador trabaja para ayudar a que los eventuales contendientes descubran los verdaderos temas involucrados en la disputa y las resuelvan por sí mismas.

La conciliación inserta en el ámbito del proceso desenvuelve una modalidad específica de los fines que inspira el derecho procesal: conciliar sin sacrificio de intereses.

La pacificación provocada por el activismo judicial en base a la audiencia fue y es un mecanismo dirigido a atenuar ánimos exacerbados, evitando la prolongación de un pleito que tiene respuestas anticipadas sin necesidad de obtenerlas de la sentencia definitiva.

La conciliación como acto del proceso, oportuno y eficaz, persigue justamente acertar ese destino de solucionar controversias sin anudar las diferencias que llevan a proseguir el estado litigioso. Por otra parte, la presencia del juez en la audiencia contrae sensibilidades distintas en el ánimo de las partes, no es ya puro voluntarismo el que decide la composición, sino un elemento de prudencia y consejo que, sin generar prejuzgamiento, permite conocer cierta postura ante los hechos que afronta.

Asimismo, instalada la audiencia como un acto del proceso, le facilita al juez ordenar la comparecencia al avenimiento, porque si las partes no pueden obligarse con relación al objeto de la controversia, tanto como si fuese prohibida la disposición por no ser materias transigibles, sería inútil e inoficioso propiciar la vía.

9.3 Fijación de los hechos. Brevedad de las cuestiones. Plazo razonable

Esta es una innovación de lo más afortunada porque, aunque parezca obvio, la decisión de fijar los hechos se posibilita y enriquece notablemente con el relato directo de las partes sobre cómo ocurrieron los acontecimientos que llevaron al conflicto. La percepción que puede tener el juez, además de las palabras, del lenguaje corporal de la persona contándole las circunstancias por las que promovió o por las que fue citado a ese proceso, es irremplazable, y la descripción del abogado en los escritos introductorios, como los hechos volcados en un acta por el audiciante, se desdibujan ante esta versión directa de los protagonistas.

La oportunidad, además, que tiene el juez en esa ocasión de preguntar alternativamente a ambas partes para aclarar todas aquellas cuestiones fácticas que aparecen como oscuras, contradictorias, y aun otras, que deliberadamente fueron omitidas en los escritos iniciales y que espontáneamente las partes revelan en ese acto.

En tales condiciones, la fijación de los hechos es mucho más precisa que en un proceso sin inmediación. También la formación de la convicción del juez sobre cómo sucedieron los hechos tendrá una mayor aproximación a la realidad y facilitará la conciliación, pero aun cuando ello no ocurra, la posterior sentencia se ha de corresponder mucho más con los verdaderos hechos; en consecuencia, tendrá menos de ficción y más de solución justa.

Esta ventaja de estrechar el ámbito de conocimiento a lo estrictamente controvertido, supone indirectamente abreviar el tiempo a invertir, y lógicamente, conduce a la terminación del juicio en un plazo razonable.

Ahora bien ¿es ello una ventaja?

"Plazo razonable" es un concepto indeterminado y, como tal, puede tener lecturas diferentes y hasta contradictorias entre sí, porque como suele ocurrir cuando se realiza interpretación, las opiniones tienen sentidos y objetivos, como sensaciones e influencias que afectan los criterios a seguir.

Por ejemplo, para un sector de la ciencia procesal el proceso no tiene necesidad de tiempos porque la satisfacción de los litigantes no proviene de la rapidez que tenga el sistema donde ventilar las controversias. En consecuencia, son las partes quienes

disponen de los tiempos del proceso, porque solo a ellas les interesa la oportunidad para que el Juez resuelva con carácter definitivo ([460]).

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 Argentina) los Tratados y Convenciones sobre Derechos Humanos que, expresamente, contienen este derecho fundamental.

Obviamente, este emplazamiento conduce a evidenciar responsabilidades por la demora inusual, de manera tal que el derecho a evitar un proceso con dilaciones indebidas, supone también encontrar responsables que indemnicen al perjudicado por la rémora judicial.

Por su parte, el derecho procesal se ocupó del tiempo en el proceso a través del *principio de economía*, pensando deberes, cargas y obligaciones de las partes a cumplir bajo ciertas formalidades (principio de legalidad instrumental), y en plazos y términos poco flexibles (generalmente, perentorios y fatales) que urgían las actuaciones procesales en períodos que raras veces se conseguían.

El desatino entre la norma y la realidad se hizo evidente, y convirtió en letra muerta buena parte de las disposiciones adjetivas vinculadas.

Por eso, la moderna orientación doctrinaria apunta que, un plazo procesal, independientemente del número de unidades temporales que reúna, debe ser flexible, objetivo y razonable, y, además, responder a un criterio uniforme de asignación; de tal manera que cuando se susciten controversias respecto de la duración adecuada de una

---

[460] 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.

Señala el profesor italiano: Podemos deducir que Klein, dando poderes a los jueces para hacer avanzar imperativamente los procedimientos civiles, fuerza una puerta que se abre para aquellas causas que, de otro modo, dormirían y, tal vez, no llegarían jamás a sentencia. Lo que significa, si no me equivoco, que el discurso de Klein no lleva tanto a acelerar el proceso civil sino más bien a imponer el tratamiento forzado de las causas que las partes querrían, al menos por el momento, mantener en *surplace*. De esto surgen algunas consecuencias.

La primera es que el discurso de Klein presupone que el juez tenga poco que hacer; más precisamente, que las causas que las partes quieren ver decididas le dejen tiempo libre...La segunda consecuencia es que obliga al juez a ocuparse también de las causas que las partes no quieren tratar, se resuelve no sólo en menoscabo de la libertad de las partes, sino también en daño del juez, que se ve constreñido a trabajar de más (a cambio de la misma retribución). El juez, en efecto, para conducir el proceso desde el inicio, lo debe conocer y, para conocerlo, debe estudiarlo. Con el riesgo que supone, al inicio, de estudiarlo inútilmente. Así se explica por qué Klein, como Guardasellos, estuviera constreñido a controlar «con mano dura» a los jueces. La tercera consecuencia nos atañe de cerca: el discurso de Klein, si tiene sentido cuando el juez tiene poco que hacer, se torna peligroso cuando las causas a decidir por voluntad de las partes toman ya todo el tiempo del juez y pierde toda razonabilidad cuando sobre el escritorio del juez se forma, como en la Italia de hoy, que tiene 2200 jueces para más de dos millones de causas pendientes, una montaña de trabajo atrasado.

concreta actuación procesal, el Juez pueda recurrir a una regla general que permita superar formalismos innecesarios ([461]).

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.

---

[461] Por ello -dice Riba Trepat- si decimos que un proceso constituye una sucesión de actos a través de los que se verifica la interacción entre la acción y la jurisdicción; la duración de un juicio no es otra cosa que la duración del conjunto de sus actuaciones, y, en consecuencia, la razonabilidad temporal del proceso se construye también mediante el establecimiento de plazos razonables.

Capítulo XXII

TUTELA DIFERENCIADA

1. Autonomía de las medidas cautelares

La discusión acerca de si es posible encontrar una pretensión autónoma cautelar que se agote con la decisión consecuente, permite elaborar algunas proyecciones que, basadas en el derecho constitucional o en la expansión del objeto comprendido por el debido proceso, toleran que la protección judicial tenga expresiones semejantes (la sentencia) pero asimétricas (las pretensiones).

Proto Pisani, cuando se refiere al proceso laboral, sostiene que aparece un modelo distinto al de la jurisdicción común, asignándole dos sentidos: *a)* los procedimientos específicos de conocimiento destinados a resolver los conflictos que surgen de las relaciones materiales; *b)* los procedimientos sumarios que reducen el conocimiento porque tienen una urgencia particular en la decisión ([462]). A partir de ello, el tipo de condena se ha de relacionar con el modelo ejecutivo de manera que el cumplimiento no sufra cortapisas derivados de las limitaciones anteriores.

La reducción del conocimiento como forma de dividir las diferencias en la tutela jurisdiccional coincide con la clasificación de los procesos, pero no es suficientemente claro para demostrar la distancia. Hasta pareciera que la misma expresión "tutela diferenciada" es discriminatoria, imprecisa y desigual para las partes, *salvo que se interprete como una nueva forma de hacer justicia emplazando la misión jurisdiccional en la senda del llamado a la socialización del proceso civil y constitucional.*

Con esta orientación, la clasificación cobra sentido y espera de esclarecimientos legislativos, sin que la omisión o actividad concreta obstruya la aplicación prudente de jueces y tribunales. De otro modo, establecer formas diferenciadas no nos resulta un criterio útil porque, a lo sumo, cada cual guarda su parte o cuota de acción en la unidad que resulta aplicar el derecho en un esquema ritual preordenado.

Por ejemplo, dividir la tutela como *de conocimiento* y *de ejecución* no es tan real, porque la potestad jurisdiccional es "*notio*" más "*executio*", al punto que no se concibe resolver sin dar herramientas para el cumplimiento efectivo, sin tener que transitar por procesos distintos. Del mismo modo, separar la tutela cautelar de la ordinaria o de satisfacción, es igualmente difuso, porque lo cautelar no tiene autonomía sino que salvaguarda el resultado del proceso al que adscribe.

Frente a estos inconvenientes, algunos aíslan el concepto y definen a la tutela diferenciada como un derecho de los justiciables hacia el Estado. En un primer momento es un derecho hacia los legisladores, de modo que adopten y prevean los mecanismos legales adecuados para brindar una tutela efectiva. Esto implica que el legislador debe establecer: *a)* una tutela eficaz particular que le sea inherente a cada tipo de derecho, *b)* la oportunidad en que deba actuarse dicha tutela y *c)* el contenido de la

---

[462]. Proto Pisani, Andrea, *Tutela giurisdizionale differenziata e nuovo proceso del lavoro,* Jovene, Napoli, 2003, p.66.

misma. Asimismo, también debe establecer las técnicas de aceleración del proceso que sean adecuadas para cada caso.

No obstante, sostener que la diferencia proviene de ser un derecho exigible al legislador, torna el derecho en un programa a cumplir antes que en una realidad emergente de su práctica.

Hay un gran dogmatismo presente en los fundamentos de esta separación entre tipos de tutela; declamaciones y llamados a la justicia que son vacías de contenido al no precisar cómo y de qué manera deben cumplirse. Para nosotros, a lo sumo, las particularidades se deben encontrar en las posibilidades (poderes-deberes; obligaciones-facultades; legalidad-discrecionalidad) que tiene el órgano jurisdiccional para actuar ante cada situación, donde la urgencia puede tener argumentos y motivos propios.

Así una tutela sumaria puede dar razón a quien la tiene en forma rápida y definitiva, mientras que la cautelar sólo persigue proteger la resolución definitiva que se pueda dictar, cuando con el tiempo pueda frustrarse la tutela, sin que ello implique que quien obtenga la medida tenga razón en el fondo. Lo que nos parece inasible es separar la actuación sin tener reglas que pongan certeza a su aplicación; dicho en otros términos: las diferencias de la tutela no pueden obstruir la aplicación de garantías, principios y reglas del proceso civil, en cuyo caso, lo asimétrico puede estar en las formas (v.gr.: el debate sobre la bilateralidad; el alcance y extensión de la cosa juzgada, etc.), sin que ello afecte principios superiores de la ordenación procesal.

Una muestra de la inútil clasificación en los mecanismos de actuación jurisdiccional es separar por objetivos la decisión, porque todas ellas, en definitiva, deberán reunirse en torno de una sola providencia resolutoria. Por ejemplo, la variedad de tutelas puede encontrar que el juez actúe en forma *cautelar* (previniendo o asegurando el objeto); *ordinaria* (providencias de mero trámite, resolución de interlocutorias, sentencia definitiva); *diferenciada* (conforme se interprete que existe un derecho especial a la satisfacción rápida); *ejecutiva* (cuando hace cumplir por la fuerza la condena dispuesta). A su vez, cada una de ellas se representa en resoluciones propias de un modelo, como son la *tutela preventiva* (cautelar pura o de cautelar material –tutela inhibitoria-) y la *tutela urgente* que admite resoluciones anticipatorias o definitivas (de satisfacción inmediata).

Pero en conjunto, si no está suficientemente clara en sus desplazamientos provoca más inseguridades que certezas ([463]). De ello nos ocupamos seguidamente.

2. La tutela preventiva

---

[463]. Es muy interesante la reflexión de Ramos Romeu al analizar las medidas de satisfacción inmediata al sostener que […] "no es difícil ver el inconveniente de las medidas autosatisfactivas. Primero, al generalizar lo que debe ser objeto de conocimiento del juez y permitir la tutela de cualquier tipo de pretensión, las probabilidades de que se produzcan errores judiciales se incrementan drásticamente. Está por ver si lo que se gana en celeridad está justificado por este mayor riesgo de errores. No está claro que en pretensiones complejas se vaya a poder otorgar una tutela rápida. Por muy rápido que se quiera ir, si el caso es complejo, para reducir el riesgo del error no quedará más remedio que demorar la decisión. Segundo, al eliminar la carga del demandante de instar un juicio sobre el fondo, se incrementa el riesgo de que su pretensión no tenga ningún fundamento y de que, en realidad, no sea deseable la tutela" (Ramos Romeu, Francisco, *Las medidas cautelares civiles*, Atelier, Barcelona, 2006, p. 54).

La diversidad de acciones se puede enfocar desde la perspectiva de la función jurisdiccional y sus posibilidades; o desde la parte que las requiere en orden a las situaciones jurídicas subjetivas que presenta.

Es decir, la dispersión de funciones en la actividad jurisdiccional disciplina alternancias que dependen de lo que el juez pueda realizar más allá de lo legislado; pero también habilita la creatividad del abogado que solicita desde la demanda innovaciones de pretensión que no se muestran en el clásico conjunto de la "material" y la "procesal". Dicho esto en el sentido de advertir una transformación en la dinámica del objeto, que no encuentra el molde apropiado en el sistema procesal que tiene, toda vez que la costumbre de práctica cotidiana es que el juez actúa, a instancia de parte, para reparar el perjuicio sufrido o restablecer el principio de legalidad. Entonces ¿qué ocurre? La respuesta nos parece simple: hoy los roles de jueces y tribunales son diferentes pues tienen un deber implícito en la función que es "hacer justicia", más allá de las pretensiones interesadas de las partes, aunque sin quebrar las garantías que a éstos se debe preservar. Pero el problema está en que los esquemas no han variado, y siguen aplicándose principios y reglas que, a pesar de los reclamos de la doctrina para su adaptación, continúan tratando la controversia judicial como una lucha entre partes.

En este contexto es preciso obrar claramente para impedir que la actividad no se vea como un ejercicio de autoritarismo judicial. Sobre todo, porque los perfiles novedosos que se encuentran, en realidad tienen precedentes conocidos, solo que nominalmente se los presenta con denominaciones diferentes.

Actualmente la acción preventiva se define como aquélla "que persigue evitar el acaecimiento, repetición, agravación o persistencia de daños potencialmente posibles, conforme al orden normal y corriente de las cosas, a partir de una situación fáctica existente; existiere o no algún vínculo jurídico preexistente con el legitimado pasivo de ella. De tener éxito, se traducirá, por lo general, en una orden de hacer o de no hacer que busque revertir o modificar la situación fáctica que genera el riesgo de daño (o de persistencia o repetición) que justifica su promoción" ([464]).

La definición podría ser la misma para la tutela inhibitoria, pero lo preventivo supone, además de un mandato específico de hacer o no hacer, adelantarse al peligro y eludir la actuación *ex post facto.* Se trata de llegar a tiempo con la resolución judicial, que es provisoria pero suficiente.

Peyrano aclara que la emisión de un "mandato preventivo" no guarda más que una relación de ocasión o "excusa" con el proceso dentro del cual se imparte; pero en realidad se debiera concebir como un juicio "nuevo", un trámite independiente del juicio original y como tal, susceptible de generar todas las actividades de control y recursivas que pudiera estar en condiciones de ejercitar ([465]).

---

[464]. Peyrano, Jorge W., *La acción preventiva*, LexisNexis- Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2004, p. 36.

[465]. Peyrano, *La acción preventiva*, cit., p. 23. Conviene aclarar el punto -dice el autor- porque el "mandato preventivo" no es una medida para mejor proveer (insusceptible, como se sabe, de ser objeto de una actividad recursiva), dado que no se trata de una diligencia de prueba y no guarda –insistimos en ello- ninguna relación sustancial con el proceso dentro del cual se emite […]. El "mandato preventivo" es una orden judicial de características y consecuencias análogas a la mayoría. A saber: si no se acata en tiempo y forma puede quedar incurso el destinatario en el delito de desobediencia, y su cumplimiento efectivo puede, en su caso, estimularse a través de la instrumentación de medios compulsorios tales como la aplicación de astreintes o el despacho de medidas conminatorias.

Por supuesto que hay adversidades propias del conservadorismo jurídico ([466]), sin que puedan explicar en la oposición el rol preventivo que tuvieron y tienen, por ejemplo, todas las posibilidades de actuación preventiva del código procesal (alineados con el control de la conducta en el proceso, que supone no solo contabilizar medidas coercitivas o conminatorias, sino también, expulsar al que perturba la audiencia; en la actuación oportuna prevista en los arts. 623 *bis* y 623 *ter*, que disponen una acción preventiva para aventar el daño temido y hasta instrumentan un procedimiento singular aun con errores técnicos más que notables).

La tutela preventiva de carácter procesal ([467]), distinto a la "cautela material" que ensaya respuestas anticipadas ante el riesgo inminente; cuenta con apoyos constitucionales que se explanan desde las garantías implícitas contenidas en los arts. 14, 28, y 33, y de modo especifico de los arts. 41, 42 y 43 de la Carta Magna.

En materia ambiental, por ejemplo, la Ley General permite la prevención del daño, o la producción o propagación del daño a futuro. Es en este último aspecto en donde cobra especial trascendencia el *"mandato preventivo",* que resulta el instrumento clave de la protección especial que se explica.

---

[466]. El garantismo sintetiza su oposición al sostener, en prieta síntesis, que el mandato preventivo no es una potestad jurisdiccional, sino administrativa o ejecutiva y, en algunos casos, legislativa. Las resoluciones llevadas a cabo sin litigio, de oficio, con el fin de alterar una situación de hecho que redunde en un beneficio a la sociedad, es una potestad deliberativa, parlamentaria o, también, ejecutiva. El Poder Judicial no debe sustituir los otros poderes del Estado, aunque adolezcan de eficacia, puesto que el remedio a corto plazo será más pernicioso que la enfermedad a evitar. La permisión a las sucesivas adjudicaciones de facultades legislativas o ejecutivas por parte de un individuo, aunque sea magistrado, redundará en graves perjuicios ya que socavará las bases institucionales donde se asienta el Estado de Derecho. Una orden emanada del Poder Judicial tendiente a evaluar, alterar o suprimir determinadas políticas (entendidas como un conjunto de decisiones administrativas) en determinada materia, de alcance general, viola la división de poderes puesto que dicha decisión es de exclusiva competencia del Poder Ejecutivo, en su aplicación, y del Poder Legislativo, en su regulación..

[467]. La *"tutela inhibitoria"* es una muestra del accionar preventivo, que también se representa en la *"denuncia o acción de daño temido"* (art. 2499, 2° párr.. CC y art. 623 *bis* CPCC); en la *"acción de cesación de molestias"* (art. 2618, CC.); en las *medidas cautelares innovativas* (art. 230 CPCC.); también con el amparo como lo vimos en puntos precedentes. La acción de daño temido con génesis en la *"cautio damni infecti"* del Derecho Romano, se encuentra receptada por el Código Civil en su art. 2499, mencionado y en el art. 623 *bis* del orden feceral, con carácter de información sumaria que participa de los caracteres del proceso sumarísimo y del cautelar, exigiéndose al efecto que se esté frente a un daño grave e inminente con riesgo evidente y que como tal se torne urgente removerlo. La acción de cesación de molestias (emanaciones, humo, olor, ruidos vibraciones) contemplada por el art. 2618 mencionado es otra de las posibilidades que la ley civil acuerda al efecto, en la que se deberá contemporizar no solo la prioridad de uso sino también las exigencias de la producción y el uso regular del derecho de propiedad. La solución también se nos presenta en el remedio cautelar previsto en el art. 230 del CPCC, con sus límites y alcances, y, existiendo peligro en la demora debidamente justificado, frente al temor fundado de que se produzca un daño que se presente como verosímil, que de modo actual, inminente e irreparable pudiera afectar intereses en los que la preservación del medio-ambiente estuviera comprometida, se autoriza al Juez para que como medida excepcional y previa contracautela adopte las cautelares oportunas. Finalmente el abanico de la tutela inhibitoria se completa con la acción de amparo, y, es entonces cuando para el supuesto que no existiere otro remedio adecuado viable o no hubiere otra via judicial reglada más idónea que asegure una efectiva tutela del derecho a protección al medio-ambiente, quedara siempre al damnificado la posibilidad de interponer en tutela de su derecho la acción expedita de amparo autorizada por el art. 43 de la CN y leyes procesales locales (cfr. conclusiones del Congreso Internacional de Derecho Civil, Comisión n° 7, en particular, ponencia titulada "*De los daños al Medio Ambiente: Su tutela preventiva e inhibitoria*", por Rosana Pérez).

Con afán docente, Peyrano culmina explicando la acción preventiva indicando que […] "genera un proceso de conocimiento. Más concretamente: un proceso de condena atípico.

¿Por qué esto último?. Seguidamente aludiremos a algunos de los rasgos que avalan tal calificativo: *a)* Sólo reclama la amenaza de un daño. Vale decir que únicamente exige la presencia de una situación fáctica actual idónea para producir un daño futuro, haciendo nacer así en el potencial afectado un interés de obrar suficiente para estar en condiciones de promover una acción preventiva y conseguir una sentencia de mérito sobre el particular; *b)* como se ha visto, no se requiere la materialización de un daño para que pueda promoverse y prosperar una acción preventiva. Sí, en cambio, se exige la presencia de un acto ilícito perpetrado por el demandado, aunque quizás más correcto sería hablar de acto antijurídico ([468]).

En nuestra opinión, la tutela preventiva reclama mayores exigencias procesales que resguarden el equilibrio o facilite el control sobre el principio de proporcionalidad. En la dimensión de los "nuevos derechos", como los que se vinculan con el derecho a la salud, al desarrollo, a la inclusión social; o los más difundidos como la protección del usuario y consumidor, o los derechos ambientales, se torna expreso y manifiesta la necesidad de actuar mandatos de urgencia destinados a impedir o cesar comportamientos lesivos.

No es propiamente una tutela inhibitoria sino la expresión de una función jurisdiccional de tipo preventivo (por lo autónomo) no cautelar (porque es independiente del proceso principal). Brasil la denomina "tutela específica" (art. 461 del código procesal federal) y se dirige a proteger un derecho de contenido material sin convertir la reparación en un equivalente al daño infringido, sino que, antes bien, inhibe la práctica del acto contrario o del daño, o determina un resarcimiento *in natura* o el cumplimiento de la prestación en forma específica, o tal y como fue contratada ([469]).

En cuanto al formato procedimental, se coincide en que debe elegirse un procedimiento breve y expeditivo, como el juicio sumarísimo para que asuma dicho rol ([470]). Empero, participamos con él del criterio de que lo ideal pasa por construir un procedimiento autónomo con algún ingrediente propio del monitorio, para así dar debida respuesta a la necesidad de que las acciones preventivas se ventilen de manera expeditiva

3. La tutela anticipatoria

En esta modalidad lo que se anticipa es el resultado de fondo, sea total o parcialmente. Por eso, la coincidencia se puede encontrar en el objeto de la pretensión o en los efectos de la cosa juzgada. En la legislación comparada, el código de proceso civil de Brasil establece que: "*El juez podrá, a requerimiento de parte, anticipar total o parcialmente, los efectos de la tutela pretendida en la petición inicial, desde que, existiendo prueba inequívoca, se convenza de la verosimilitud de la alegación y: I. Exista fundado temor de daño irreparable o de difícil reparación, II. Esté caracterizado el abuso del derecho de defensa o el manifiesto propósito retardatorio (malicioso) del*

---

[468]. Peyrano, *La acción preventiva,* cit., p. 56.

[469]. Marinoni, Luiz Guilherme, *El derecho fundamental de acción en la Constitución brasileña,* Boletín Mexicano de Derecho Comparado, 27 de abril de 2008.

[470]. Peyrano, *La acción preventiva,* cit., p. 59.

demandado". Por su parte, el ordenamiento procesal del Perú, en su artículo 618 dispone: "*Medida Anticipada: además de las medidas cautelares reguladas, el juez puede adoptar medidas anticipadas destinadas a evitar un perjuicio irreparable o asegurar provisionalmente la ejecución de la sentencia definitiva*".

Se transcriben ambos códigos para confrontar las tendencias recién dichas. Cuando se quiere anticipar la pretensión la provisionalidad es la característica, y la posibilidad de reversión la contracara o reserva del derecho. El adelanto es sobre la petición (v.gr.: pretensión indemnizatoria que se solventa parcialmente con la sentencia anticipatoria) y los presupuestos se corresponden con los de las medidas cautelares, es decir, verosimilitud del derecho, peligro en la demora, y posibilidad de afianzamiento ([471]).

En cambio, cuando el anticipo trabaja sobre los efectos de la sentencia, cabe hacer una diferencia según el pronunciamiento sea *provisional* (v.gr.: alimentos provisorios urgentes; sentencia ejecutiva), y como tal revisable y pendiente del proceso principal que lo subordina; respecto de las *sentencias anticipatorias,* propiamente dichas, que asignan un tipo de cosa juzgada diferente a la formal y material, y que podría ser instalada en un grupo nuevo, como *cosa juzgada anticipatoria.* En estas la *res judicata* opera cuál los efectos de la preclusión, de modo tal que la consolidación del estado jurídico (sobre bienes, cosas o personas) si no puede ser revertido ante una sentencia desfavorable, sólo cambiará con un crédito emergente del pronunciamiento (v.gr: los ahorristas que percibieron por anticipado los fondos depositados que estaban afectados por la ley de emergencia, al declararse a constitucionalidad de las normas, deberían devolver lo percibido –más allá de la ecuación que resolvió la Corte que, en la práctica, igualó las diferencias-, pero si demuestran que se consumieron o que no los tienen, los bancos solo podrían reclamar la devolución por la ejecución de sentencias, usando al pronunciamiento como titulo ejecutorio).

La duplicidad muestra que no son dos caras de una identidad, sino fisonomías diferentes con particularidades también distintas. La tutela anticipada forma parte del elenco de las "tutelas de urgencia", y le permite al juez satisfacer la pretensión antes de llegar a la sentencia final. Para hacerlo la certeza es ineludible, la urgencia debe ser manifiesta, y la posibilidad de revertir el anticipo un elemento esencial para el test de admisión.

Falcón, por su parte, separa la tutela anticipada de "carácter cautelar", de la que tiene "carácter sustancial". En las primeras, la diferencia con las medidas cautelares típicas aparece porqué éstas no miran el logro inmediato de la pretensión, sino la obtención de una protección actual e inmediata de la pretensión que impida que la sentencia se haga de cumplimiento imposible; mientras que en las segundas, hay un sistema donde existe el peligro en la demora y una fuerte probabilidad de que sean atendibles las pretensiones del peticionante, que favorecen para alcanzar una decisión

---

[471]. Para Berizonce, medida anticipatoria es aquella que apunta a la satisfacción inmediata total o parcial de la pretensión contenida en la demanda cuando de la insatisfacción pueda derivarse un perjuicio irreparable. Son cuatro los presupuestos de procedencia: 1) prestación de contracautela; 2) que los efectos de la resolución anticipatoria sean fácilmente reversibles; 3) prueba inequívoca de la atendibilidad del planteo del requirente, recaudo que revela que es menester una fuerte probabilidad de que la posición del requirente sea la jurídicamente correcta; 4) la concurrencia de una suerte de plus del requirente por sobre "el peligro en la demora" corriente en las medidas cautelares (Berizonce, Roberto O., *Tutela anticipada y definitoria*, J.A. 1996- IV, 741).

([472]). Sin embargo, agrega […] "la real diferencia entre las medidas cautelares y los sistemas cautelares de anticipación de la tutela se encuentra en el efecto de la medida sobre la pretensión y ello se da con independencia de que la cautela coincida con la pretensión" ([473]).

Respecto a la tutela anticipada sustancial la define como […] "aquella en que la ley establece reglas o permite lograr la pretensión de manera rápida, sin necesidad de articular un proceso de conocimiento o de completarlo" ([474]).

La doctrina no está muy de acuerdo con que sean medidas distintas, pues le encuentran caracteres comunes como: *a)* La finalidad de asegurar la idoneidad del proceso, y dar una respuesta provisional de satisfacción; *b)* ninguna produce efecto de cosa juzgada material ya que son dictadas mediante una cognición necesariamente sumaria; *c)* no causan instancia ya que exigen la reversión en caso de un pronunciamiento contrario a la verosimilitud encontrada "ab initio", y *d)* ambas son de ejecución inmediata ([475]).

El debate sobre su configuración es ríspido por las acusaciones de autoritarismo judicial, o de prejuzgamiento inconstitucional. Sin embargo, no se puede ser tan extremo sin advertir que nuestra legislación procesal, tiene un nutrido conjunto de posibilidades reales de anticipar la tutela sin sacrificar garantías ni principios del proceso.

Es cierto que una cosa es asegurar provisionalmente el cumplimiento de la sentencia y otra, diferente sin duda, resulta anticipar la decisión en forma total o parcial, lo que en alguna jurisprudencia se lee como "despacho interino de fondo". Este grupo está dentro del género de las tutelas especiales, o de urgencia, y acomete como sentencia anticipatoria, que resulta definida como […] "la que tiende a obtener una providencia no contemplada en previsiones legislativas específicas, otorgando en forma anticipada total o parcialmente el objetivo mediato de la pretensión contenida en la demanda y que, según la naturaleza del interés, el carácter del peligro que lo amenaza, o las particulares circunstancias que surgen de la situación jurídica por la inminencia o presencia efectiva de un perjuicio irreparable, o de difícil reparación, atento el grado de convicción enmarcado en la certeza suficiente que se forma el juez en forma sumaria en base a la prueba aportada, y de acuerdo a su criterio discrecional por conceptuarla más idónea para obviar las consecuencias disvaliosas de un evento que podría producir la supresión o la restricción de los efectos obligatorios o ejecutivos de la decisión sobre el mérito" ([476]).

En funcionamiento, la tutela anticipatoria exige más que la verosimilitud en el derecho. La proximidad con la certeza es el estado ideal, al punto que no se podría adelantar el resultado con la mera posibilidad que surge del presupuesto cautelar, pero

---

[472]. Falcón, *Tratado de derecho procesal civil y comercial,* tomo IV, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2007, p. 809.

[473]. Falcón, *Tratado de derecho procesal civil y comercial,* tomo IV, cit., p. 810.

[474]. Falcón, *Tratado de derecho procesal civil y comercial,* tomo IV, cit., p. 823.

[475] . Bomfim Marins, Víctor A., *Anticipaçao da tutela e tutela cautelar*, Jurua, Curitiba, 2001, p. 563.

[476]. Carbone, Carlos, *Los despachos interinos de fondo,* en "Sentencias anticipadas", AAVV (obra dirigida por Peyrano, Jorge W.), Rubinzal Culzoni, Buenos Aires / Santa Fe, 2000, p. 89. Marinoni, Luiz Guilherme, *La tutela anticipatoria en la reforma del proceso civil brasileño,* Jurisprudencia Santafesina, n° 25, p. 17.

sería factible cuando la sumatoria de probabilidades aumenta la certidumbre. Lo manifiesto por su evidencia palpable y clara es el punto de partida que posibilita plantear la pretensión.

Luego debe ser analizado el riesgo que importa no resolver de inmediato, por el peligro de tornar inútil la decisión de fondo o de ver frustrado el derecho. La irreparabilidad del perjuicio en los tiempos normales del litigio es la pauta, pero no el fundamento. El peligro en la demora es cautelar, mientras que la urgencia fundada es propio de la tutela anticipatoria. No puede trabajar aislada de la certeza absoluta, pues allí donde exista un álea o eventualidad de tener soluciones distintas, anula la procedencia ([477]).

La bilateralidad con el derecho a la contradicción permanente genera otra diferencia con lo cautelar puro, pues no se elimina en la especie.

La anticipación de la sentencia es coincidencia con la pretensión material, no con las prevenciones de naturaleza cautelar que se pueden conseguir, por ejemplo, con las acciones preventivas. Un buen ejemplo de ello surge con el juicio de escrituración, donde el embargo (medida cautelar) obstruye la disposición del bien objeto del juicio principal, pero donde el embargante no puede usar la cosa hasta que tenga sentencia definitiva; mientras que un despacho favorable de carácter anticipatorio, le daría la disposición inmediata.

Finalmente, la irreversibilidad es una traba para que se autorice el adelanto que beneficia al que pretende (el actor, desde que se trata de resolver anticipadamente la pretensión, no la resistencia), porque es de la esencia de este mecanismo, la provisionalidad; vale decir, la solución instantánea pero no definitiva, en cuyo caso, de tornar de imposible devolución las cosas al estado anterior, vuelve en un crédito emergente de la sentencia (título ejecutorio), que no significa accionar de regreso.

4. La tutela de satisfacción inmediata

El principio de bilateralidad supone que cuando alguien pide ante los jueces, se escucha a la otra parte para que, confrontando razones de la afirmación y de las negaciones, se pueda tomar una decisión justa; a veces, cuando es manifiesto el derecho del que peticiona y promedia un peligro claro de tornar ilusorio el cumplimiento de la sentencia, esa posibilidad de oír al contrario se posterga; primero se resuelve y después se da posibilidad de réplica u oposición. Pero en las llamadas "medidas autosatisfactivas", que nosotros preferimos llamar de satisfacción inmediata, el problema está en que trabaja sobre un modelo inédito: se pide y de inmediato se resuelve; no hay tiempos para la bilateralidad; no hay espacios para la provisionalidad.

Pero ¿son ciertas estas observaciones?

Peyrano, de algún modo el padre de la institución, explica que las medidas autosatisfactivas son […] "un requerimiento *urgente* formulado al órgano jurisdiccional por los justiciables que se agota –de ahí lo de autosatisfactiva- con su despacho favorable, no siendo, entonces, necesaria la iniciación de una ulterior acción principal

---

[477]. La doctrina coincide en señalar que la inmediatez del daño y la irreparabilidad del perjuicio deben demostrarse sumariamente, o bien surgir de los hechos narrados, o ser éstos de conocimiento público (cfr. Falcón, *Tratado de derecho procesal civil y comercial*, tomo IV, cit., p. 863).

para evitar su caducidad o decaimiento" ([478]). Coincide De los Santos en la definición diciendo que son […] "soluciones jurisdiccionales urgentes, autónomas, que importan una satisfacción definitiva de lo requerido, despachables *inaudita parte* o, según el caso, previa audiencia y sólo procedentes si media un interés tutelable cierto y manifiesto (o fuerte probabilidad de que la pretensión formulada resulta atendible) y la tutela inmediata es imprescindible" ([479]).

Pico i Junoy sostiene que […] "se trata de medidas que se adoptan en un procedimiento que podríamos calificar de sumarísimo, en el que sólo se pretende la protección expedita y rápida del actor debido a la situación de urgencia que requiere su tutela, y nada más ([480]). El carácter sumarísimo se deduce de la posibilidad de adoptarse la medida autosatisfactiva sin audiencia del demandado. Su derecho a la defensa se posterga a la formulación del recurso de apelación contra la sentencia en la que se adopte la medida ([481]) o al proceso declarativo posterior ([482]) (la elección de una vía

---

[478]. Peyrano, *La medida autosatisfactiva: forma diferenciada de tutela que constituye una expresión privilegiada del proceso urgente. Génesis y evolución*, en "Medidas autosatisfactivas", AAVV (obra dirigida por Peyrano, Jorge W.), Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires / Santa Fe, 2001, p. 16. Idem, en *Régimen de las medidas autosatisfactivas. Nuevas propuestas,* en "Medidas autosatisfactivas", ob. cit., p. 27.

[479]. De los Santos, Mabel A., *Medida autosatisfactiva y medida cautelar (semejanzas y diferencias entre ambos institutos procesales),* en "Revista de Derecho Procesal", nº. 1, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires / Sana Fe, 1998, p 55.; idem.: *Resoluciones anticipatorias y medidas autosatisfactivas*, en "J.A.", 1997-IV, p. 801.

[480]. Calderón Cuadrado, advierte del riesgo de la sumarización de la tutela cautelar, cuando afirma: "Sin embargo, una y otra [la medida cautelar conservativa y la anticipatoria], sin distinción, si no están en función de una sentencia del proceso principal, si no se ha establecido ese nexo de unión entre ambos, sino que se solicitan con la intención de convertirse en definitivas, se corre el riesgo de modificar su naturaleza y convertirlas de medidas cautelares en procesos sumarios" (*Las medidas cautelares indeterminadas en el proceso civil*, Cívitas, Madrid, 1992, p. 80).

[481]. El despacho de la medida tiene lugar, en opinión de algunos autores, mediante sentencia (cfr. Gardella, *Medidas autosatisfactivas: principios constitucionales aplicables. Trámite. Recursos,* en "J.A.", 9 de diciembre de 1998, nº. 6119, p. 18; o Riol, *La cosa juzgada en relación a las medidas autosatisfactivas*, en "Medidas autosatisfactivas", ob. cit., p. 360), y esta sentencia podrá desplegar, en última instancia, eficacia de cosa juzgada material (cfr. Riol, *La cosa juzgada en relación a las medidas autosatisfactivas*, ob. cit., pp. 360-361; y García Sola, *Medidas autosatisfactivas: la excepcionalidad de su procedencia. Aproximaciones para su categorización. Particularidades de su trámite*, en "Medidas autosatisfactivas, ob. cit., p. 287).

[482]. En este caso, como es obvio, la primera sentencia deberá carecer de eficacia de cosa juzgada material: si es posible un posterior proceso declarativo para que el demandado inicial pueda discutir con todas las garantías (de alegación y prueba) los hechos que originaron la primera sentencia y éste opta por interponer una demanda para iniciar dicho proceso, se deberá concluir en la falta de cosa juzgada material. Sin embargo, algún autor entiende erróneamente que la sentencia sí tiene eficacia de cosa juzgada si los hechos discutidos han desaparecido debido a la medida autosatisfactiva. Así, García Sola mantiene que "si la resolución hace lugar a la medida y cumplida ésta autoconsume toda la materia litigiosa, es evidente que en los hechos (la sentencia) tiene carácter definitivo y hace cosa juzgada material" (*Medidas autosatisfactivas: la excepcionalidad …,* ob. cit., p. 287); y Riol afirma que "en los supuestos en que haya desaparecido el sustento fáctico que dió lugar a la medida, la resolución de la autosatisfactiva causará estado de cosa juzgada material. Si, por ejemplo, se ha logrado a través de una autosatisfactiva el cese de las vibraciones del inmueble vecino que causaban molestias al peticionante, ya no será posible volver atrás y modificar esa situación que benefició a aquél y, probablemente, impidió algún tipo de actividad al causante de las vibraciones. Sin embargo, el destinatario de la medida, si bien no podría atacarla por un recurso que sería inconducente e improcedente, sí podría iniciar un posterior juicio de daños y perjuicios para obtener el resarcimiento si existió un menoscabo en el ejercicio de algún derecho tutelado por el ordenamiento jurídico. Pero

defensiva excluye la otra). Así, como destaca Marinoni, la clásica tutela cautelar se transforma en técnica de sumarización para con ello lograr superar la ineficacia del procedimiento ordinario y obtener una sentencia rápida y capaz de hacer efectivo el derecho material reclamado ([483])" ([484]).

La doctrina ha trabajado muchísimo la materia, como también se ocupa la jurisprudencia de llevarla a cabo y señalar presupuestos y condiciones que legislativamente aparece en pocos ordenamientos ([485]). En este sentido se exponen como requisitos: *a)* Que fuere necesaria la cesación inmediata de conductas o vías de hecho producidas o inminentes, contrarias a derecho según la legislación de fondo o procesal; *b)* que el interés del postulante se circunscriba, de manera evidente, a obtener la solución de urgencia no cautelar requerida, no extendiéndose a la declaración judicial de derechos conexos o afines; *c)* Los jueces podrán fijar límites temporales a las medidas de satisfacción rápida que despacharen, y disponer, a solicitud de parte, prórroga de las

---

esa pretensión no reabriría el debate judicial sobre la misma cuestión de hechos y derecho, ya resuelta en la autosatisfactiva, sino que se dirigiría a resarcir" (ob. cit., ps. 361/362). A mi entender, dice Joan Pico, ambos autores incurren en el error de confundir cosa juzgada con ejecución. En todos los casos, es posible iniciar un segundo proceso debido a la falta de cosa juzgada de la primera sentencia: si los hechos discutidos en el primer proceso son reversibles, podrán volverse a discutir y condenar al inicial beneficiado por la medida autosatisfactivas a restablecer la situación fáctica a la misma situación que estaba antes del primer proceso (así, en el ejemplo que propone Riol, la medida autosatisfactiva contenida en la sentencia ordenando el cese de la vibraciones del inmueble vecino provocará, como es obvio, la desaparición del "sustento fáctico que dio lugar a la medida", esto es, las vibraciones. Pero ello no impide que tales vibraciones puedan volver a producirse -imaginemos que surgían de una maquinaria cuyo funcionamiento se ha paralizado- si, en el segundo proceso, se acredita que la inicial parte actora tenía, por cualquier motivo, el deber de soportarlas, pero ello no pudo acreditarse en el primer proceso debido a la falta de audiencia del demandado o bien su limitación. Precisamente, lo que en un segundo proceso debe poder discutirse, en toda su plenitud, es si el demandado tenía derecho a realizar las citadas vibraciones, o si éstas eran de escasa intensidad, etc. Los hechos justificadores de la medida evidentemente habrán podido desaparecer debido a la ejecución de la misma, pero el carácter reversible de tales hechos permite que puedan volverse a discutir y solicitar). De igual modo, si los hechos discutidos en el primer proceso son ya irreversibles (imaginemos, por ejemplo, a un enfermo oncológico que logra como medida autosatisfactiva la rápida realización de un tratamiento radioterápico en un centro sanitario), también podrán discutirse en un segundo proceso si bien, debido al carácter irreversible de los hechos que justificaron la adopción de la medida, ya no podrá solicitarse la restitución de los hechos al estado anterior a la práctica de la medida, pues ello será imposible, sino su correspondiente conversión económica (indemnización de daños y perjuicios). En estos casos, ciertamente, no será posible volver atrás y modificar la inicial situación que benefició al solicitante de la medida, pero ello no será debido –como indican García Sola y Riol- a la cosa juzgada material de la primera sentencia sino, simplemente, a la imposibilidad de ejecutar lo contrario de lo ordenado en la primera sentencia, por lo que en el segundo juicio, aún discutiéndose los mismos hechos, deberá ejercitarse una acción de resarcimiento económico por los daños y perjuicios que la medida haya podido causar. La ausencia de cosa juzgada de la sentencia plantea muchos interrogantes, tales como el carácter jurisdiccional de la decisión judicial, o la imposibilidad de conocer el mismo juez que haya decretado la medida autosatisfactiva el posterior proceso declarativo que pueda iniciarse (sobre la debida protección de la imparcialidad de este juez (cfr. Pico i Junoy, Joan, *La imparcialidad judicial y sus garantías: la abstención y recusación*, Bosch, Barcelona, 1998, ps. 97/ 98 <nota 267 y 115>).

[483]. Marinoni, Luiz Guilherme, *Novas linhas do Processo Civil*, Malheiros, Sâo Paulo, 1996 (2ª ed.), p. 75. De igual modo, vid. Bedaque, José Roberto, *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematizaçâo)*, Malheiros, Sâo Paulo, 1998, ps. 24/26.

[484]. Pico i Junoy, *De las medidas cautelares, a las medidas autosatisfactivas ¿un avance del derecho procesal?*, ob. cit., p. 2.

[485]. Sin contar la medida cautelar genérica que podría ser el precedente, lo cierto es que tienen medidas de satisfacción inmediata el Código Procesal Civil y Comercial del Chaco (art. 232 *bis*, agregado por la ley 4559); y la provincia de La Pampa que lo regula como tutela anticipada en el art.231.

mismas. No rigen en la materia los principios de instrumentalidad y caducidad propios del proceso cautelar; *d)* Los jueces deberán despachar directamente la medida autosatisfactiva postulada, o excepcionalmente según fueran las circunstancias del caso y la materia de la medida, someterla a una previa y reducida sustanciación, que no excederá de conceder a quien correspondiere la posibilidad de ser oído; *e)* El legitimado para contradecir una medida autosatisfactiva ordenada, podrá optar para impugnarla entre la interposición directa del recurso de apelación que será concedido en su caso, con efecto devolutivo, o iniciar un proceso declarativo general sumario de oposición cuya promoción no impedirá el cumplimiento de la decisión judicial impugnada; elegida una vía de impugnación, se perderá la posibilidad de hacer valer la otra. También podrá solicitar la suspensión provisoria de la medida auosatisfactiva que lo afectare, en el supuesto de que acreditare *prima facie* la existencia de la posibilidad de sufrir un perjuicio de difícil o imposible reparación; previo ofrecimiento y prestación de contracautela suficiente" ([486]).

Ramos Romeu encuentra que es una medida que […] "comparte similitudes con la tutela sumaria-en tanto y en cuanto requiere un control estricto e intenso del juez de la pretensión y no requiere la interposición de una demanda posterior-, y con la tutela cautelar –en cuanto a la urgencia y el riesgo de un perjuicio irreparable-, aunque las similitudes son menos fuertes respecto de la segunda, que respecto de la primera –porque ni la urgencia ni el perjuicio irreparable son requisitos necesarios de la tutela cautelar-. Por este motivo, es mucho más parecido a un proceso sumario, en que la vuelta de tuerca está en la posibilidad de tutelar cualquier tipo de pretensión y sin que se limiten los elementos de cognición" ([487]).

Para comprender cabalmente el modelo, primero es necesario responder a su objetivo. Las medidas de satisfacción inmediata son providencias que anticipan un resultado coincidente con la pretensión principal, tornando innecesario continuar con el trámite del proceso, al quedar cumplido su objeto con la decisión adoptada.

La presentación de ellas supone trabajar con los requisitos de la tutela de urgencia y particularmente de la tutela anticipatoria. Vale decir, certidumbre absoluta sobre la fehaciencia del derecho que se invoca; evidencia notoria y sin necesidad de prueba corroborante, más la necesidad imperiosa de solucionar cuanto más rápido se pueda para evitar un perjuicio irreversible. Con estos requisitos se plantea la pretensión urgente que, como tal, no es una medida cautelar, porque no persigue la satisfacción provisional sino la obtención de un resultado pleno.

La certidumbre inicial que se exhorta ante los jueces para que sean éstos quienes decidan, da lugar a la cuestión siguiente: ¿Es suficiente para obrar la función jurisdiccional de conocimiento y ejecución, acordando efectos de cosa juzgada, a una pretensión que no tiene posibilidades de resistencia, más allá del control de razonabilidad y prudencia que el tribunal ejerza? Probablemente sea muy riesgoso afirmarlo, pero si se intercala entre el pedido y la decisión una etapa de bilateralidad, se resuelve –en nuestro parecer- la inconstitucionalidad manifiesta que surge de ser negada.

---

[486]. Corresponde a las exigencias del art. 232 *bis* del Código procesal civil y comercial de la provincia del Chaco

[487]. Ramos Romeu, ob. cit., p. 54.

Inmediatamente aparece otro motivo de esclarecimiento: ¿se trata de oír, nada más? ¿se puede ofrecer prueba en contrario? ¿la petición de medidas de satisfacción inmediata requieren prueba que acredite el derecho más que verosímil?

La bilateralidad que vemos necesaria es para confrontar argumentos y razones, no desarrollos probatorios que parecen innecesarios cuando el conflicto versa entre certezas (es decir, con evidencias suficientes). A lo sumo la prueba es documental o anticipada, logrando de ella la certidumbre que se pide para actuar de inmediato (v.gr.: si se realizó como prueba *ante tempus* una experticia que pretende demostrar los efectos nocivos de la contaminación que produce un desecho industrial, y practicada dictamina la verdad de la hipótesis, la demanda de satisfacción inmediata puede plantear cuál si fuera una tutela inhibitoria, el cese de las emanaciones; cuya satisfacción coincide con la eventual pretensión principal si fuese propuesta como demanda central de la prueba antes producida).

Por eso, la medida de ejecución plena e inmediata no tiene autonomía porque, en realidad, lo que se agota con la decisión y el cumplimiento, es el objeto de la pretensión, no así el procedimiento que sigue pendiente de las actuaciones procesales que el afectado podrá deducir (recursos, incidente de nulidad, proceso con discernimiento más amplio).

El trámite exige una sentencia que cierre el circuito para que sea un proceso (todo proceso es bilateral y contradictorio), en cuyo caso, es preciso advertir que la bilateralidad (la existencia de otra parte) existe, aunque los tiempos no sean iguales a los que suscita un juicio de conocimiento (no urgente), y que la medida de satisfacción inmediata no es la sentencia, sino una providencia de tipo cautelar (urgente) que deviene en resolución definitiva con la sentencia de mérito que la fundamenta, o en su caso, homologa lo actuado ante la urgencia ([488]).

Pensar en las medidas de satisfacción inmediata como procedimientos autónomos, o como innovación en las funciones jurisdiccionales que carecen del modelo típico del método judicial de debate, tiene para nosotros dos inconvenientes de naturaleza constitucional: *a)* De aceptarse que es un despacho singular que torna innecesaria la promoción de un proceso porque ya se consiguió el objeto que en éste se debiera plantear, supone generar una providencia de naturaleza administrativa (no jurisdiccional, porque resuelve una demanda que no quiere ser pretensión, porque ésta exige sustanciación) que, al afectar el derecho de terceros a quienes no se escucha, es inconstitucional; *b)* si acordamos que hay sustanciación por mínima que sea, hay garantías, principios y reglas que se deben cumplir para que haya proceso; y para ser tal culmina, únicamente, con la sentencia fundada que la Norma Fundamental instala entre

---

[488]. Para Falcón […]: "La medida autosatisfactiva es una tutela cautelar anticipada que no se agota con su despacho favorable, ya que la autosatisfactiva es la consecuencia de que la contraria admita que ese despacho favorable interino se transforme en definitivo. De lo contrario quedaría flotando en la nada, si bien en los hechos se hubiese satisfecho el interés del requirente. Si no se sigue el proceso de conocimiento, ya sea planteándolo el requirente o mediante una intimación al requerido para que apele a medida (ya que en principio la medida autosatisfactiva no caduca, ni se extingue, debido a la anticipación tutelar), ejerza los derechos que le correspondan bajo apercibimiento, podría solicitarse durante todo el tiempo de la prescripción, el reclamo por pago de lo que no se debe, o devolución de la pretensión otorgada. Debido también al hecho de que la medida se toma *inaudita pars*, el perjudicado por la medida tiene derecho, también durante todo el tiempo de la prescripción, a reclamar su derecho, si no es cerrado el proceso debidamente con el debate dialéctico correspondiente" (*Tratado de derecho procesal civil y comercial*, tomo IV, cit., p. 887).

las garantías del debido proceso. Si es una providencia, o un despacho, no será la sentencia debidamente fundamentada que piden las normas básicas mencionadas.

Capítulo XXIII
LA PRUEBA EN EL PROCESO
EL CONFLICTO CON LA VERDAD

1. Introducción

El conflicto entre la verdad y la prueba es un debate abierto desde los orígenes de la ciencia. El interrogante persigue esclarecer 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.

En realidad, la necesidad de saber si la verdad es un fin para el proceso, resulta necesario e ineludible, porque la afirmación lleva a obligaciones consecuentes, tanto de las partes como del Juez que interviene; mientras que relativizar dicha finalidad con explicaciones tangenciales, supone afincar el objeto en otra dimensión, más técnica o apegada a principios más formales, en los que la verdad se desplaza por la necesidad de resultados.

Nos referimos, en concreto, a la posición de quienes interpretan que el proceso está para resolver controversias y si ello se consigue, no importa como se logra ni con que medios se alcanza.

En cambio, si la verdad es el objetivo de la actividad jurisdiccional, habrá que encontrar los que están obligados a conseguirla.

Podrán ser únicamente las partes, quienes tienen el deber o la carga de afirmar (alegar) y probar los hechos expuestos; y en su caso, analizar si las circunstancias que se exponen están perentoriamente expuestas a ser reveladas con toda realidad, sea o no favorable, a quien las relata; o en su caso, verificar si se pueden denunciar únicamente los hechos que benefician una determinada posición jurídica.

Cuando se sostiene que los hechos deben ser expuestos con la verdad, no se quiere decir más de lo que ello significa. Ahora, si la versión que se entrega es completa o sucinta, dependerá de la estrategia forense; pero como sea, se tendrá que resolver si la técnica dispuesta concilia con los principios de lealtad y buena fe en el proceso, porque algunos doctrinarios son proclives a sostener que se viola el debido proceso cuando los hechos no son presentados en toda su dimensión y autenticidad.

En cambio, si al proceso se lo convierte en una lucha entre pretensiones opuestas, donde las versiones se imponen a las verdades, el problema que se plantea deriva en dar un valor a la sentencia que justifica hechos que pueden no ser reales. En su caso, es la cuestión que otros han considerado como la necesidad de disculpar un tipo de "verdad jurídica", que se contrapone con la certeza propia del derecho.

Siendo así, o visto el planteo en la perspectiva de las necesidades que exige el debido proceso, la crisis se produce porque de sostener la verdad jurídica, como distinta de la verdad real, significa tanto como reconocer que los jueces no pueden alcanzar éste

último objetivo. Por eso, la sentencia que se obtiene tras un procedimiento entre versiones solo justifica la falibilidad del sistema por no ser auténtico ([489]).

2. Prueba y debido proceso

Efectivamente, la prueba puede tener lecturas y enfoques diversos, pero cuando se relaciona con las reglas del debido proceso, el tiempo que nos interesa es el de la actividad, propiamente dicha. Desde ella tendremos que dar nuestra posición respecto a qué deberes y obligaciones existen para deducir la verdad o aplicar solamente el derecho; es obvio además, que los instrumentos (medios de prueba) tienen que evaluarse para saber si todos se podrán utilizar para resolver los objetivos, o si alguno de ellos puede quedar limitado o directamente prohibido cuando se viola una garantía esencial (v.gr.: el problema de las pruebas ilícitas).

Pero también, el último eslabón de la cadena probatoria, que finaliza en la valoración o apreciación de los medios y del esfuerzo de demostración, no puede quedar solapado, toda vez que depende de la regla o principio que se aplique, para iluminar el campo de probabilidades que lleva a los resultados.

Esto es, que la verdad sea una realidad a probar; o que se use a la verdad como excusa o justificación de un convencimiento particular logrado tras la persuasión de las partes.

En síntesis, cuando se quieren explicar reglas probatorias para todo tipo de procesos habrá que estudiar:

a) ¿Qué tipo de verdad se quiere en el proceso?

b) ¿Tiene reglas para la fase probatoria el debido proceso?

c) ¿Qué actividad concreta la actividad? ¿es reconstructiva, confirmatoria de las versiones, fija los hechos alegados? ¿Qué obligaciones tienen las partes y el Juez de la causa?

d) La valoración de la prueba ¿tiene reglas y principios que se acomoden a las nuevas consignas del debido proceso?.

3. La verdad en el proceso

Dijo Genuzio Bentini: "*La verdad, la legítima, jamás es aquella que se conoce...Me he convencido de que la verdad no entra en la Sala del tribunal ni tampoco en pleito célebre alguno. Ella se ha quedado siempre en las escaleras o en la calle".*

La introducción que luce en el libro de Luigi Battistelli sobre "*La mentira ante los Tribunales*", es elocuente y marca la desventura y desilusión de quien lo expresa; si bien es cierto que en la obra se explican las penurias psicológicas y circunstanciales que

---

[489] Sostiene Ferrer Beltrán que, si bien es cierto que la noción de verdad jurídica (o judicial o formal) se introduce en la teoría procesal como una respuesta al problema de la falibilidad del juez en el conocimiento de los hechos ocurridos, también lo es que la asunción posterior de la verdad jurídica como única finalidad de la determinación judicial de los hechos y, por otro lado, la tesis de la constitutividad de la decisión del juez en la determinación de la verdad judicial, convierte a esa decisión es incontrolable racionalmente (*Prueba y verdad en el derecho*, p. 22, Marcial Pons, Madrid, 2002).

llevan a mentir como argumento exculpatorio, antes que desarrollar los hechos que las partes proponen en sus escritos postulatorios.

La cuestión de la verdad en el proceso tiene larga tradición en las tribunas de la polémica, que orientada únicamente en los límites del debido proceso, procura resolver si es ésta una finalidad o apenas un medio que intercede en la justificación de las sentencias judiciales.

Cuando se afirma lo primero, y se confronta el lugar y el material de trabajo, comienzan a mostrarse las dificultades para alcanzar el objetivo.

Las alegaciones son la única fuente para conocer los sucesos; no se pueden incorporar otros hechos que no sean los afirmados por las partes; tampoco se pueden llevar a demostración las cuestiones que no son objeto de prueba, como los acontecimientos reconocidos, admitidos, los que gozan de una presunción, o son notorios, etc. etc. Es decir, los hechos objeto de la prueba se relacionan solamente con las afirmaciones efectuadas en los escritos de demanda y contestación.

Por otra parte, si el demandado se allana al proceso, o el actor desiste del mismo, no hay nada que probar, y se dictará sentencia resolviendo el caso sin necesidad de saber qué pasó, ni porqué sucedió que se motivara la puesta en marcha del aparato jurisdiccional.

Además, la prueba tiene límites de espacio y de tiempo. La actividad principal se cumple y desarrolla en el expediente y ante los estrados del Tribunal; y en un plazo breve y acotado por los principios de concentración y celeridad.

Con esta argamasa se tendrá que modelar una verdad, posiblemente relativa o difusa, la que ha llevado a la ciencia tradicional a dividir entre una verdad jurídica o formal y una verdad auténtica o real.

La primera sería la que se obtiene y consigue para el proceso; la restante es la que luce en el mundo de los fenómenos reales ([490]).

Con esta explicación se quedan quienes afirman que la verdad en el proceso no es lo importante, porque en definitiva, si la controversia supone una lucha entre pasiones encontradas, la función del Juez será pacificar esos ánimos en diferencia, o bien, resolver el conflicto entre ambos aplicando el derecho sobre las declaraciones de los hechos.

En definitiva, la sentencia es la máxima expresión de la voluntad del Estado a través de sus Jueces, y el convencimiento sobre la justicia del caso trasciende la verdad encontrada ([491]).

---

[490] Dice Taruffo que hay al menos dos tipos de razones por las que el concepto de verdad de los hechos en el proceso es altamente problemático y produce relevantes complicaciones e incertidumbres en el plano de la definición del papel de la prueba en el proceso. El primer tipo de razones hace referencia a la relación que se establece entre la idea de una verdad "judicial" o "procesal" especial, y la idea o las ideas que se tienen fuera del proceso. Esencialmente se trata de saber si hay identidad o analogía entre estas concepciones de la verdad o bien si la verdad en el proceso es realmente particular o especial y, en tal caso, cuáles son las razones de ello y las formas en que aquélla es particular o especial. La cuestión se complica ulteriormente por el hecho de que no es fácil en absoluto establecer qué se entiende por "verdad judicial" y menos aún establecer qué se entiende por "verdad" *tout court.*

[491] Sostiene Carnelutti, firme defensor de ésta teoría, que en cuanto a la posición de la situación de hecho, el Juez en lugar de tener que ajustarse estrictamente a la realidad, ha de acomodarse a las

3.1 Verdad real y verdad formal

A veces, la diferencia trazada entre los tipos de verdades, se reforzó mostrando las realidades del proceso penal, donde era evidente la necesidad de encontrar la verdad sobre la ocurrencia de los hechos, porque el Juez debía estar íntimamente convencido para condenar al procesado; mientras que el proceso civil se conformaba con una verdad más liviana, menos exigente, en la que bastaba persuadir sobre la fundamentación de los hechos y la certidumbre que de ellos surgía. Antes que una cuestión de verdades se trataba se solucionar con verosimilitudes ([492]).

En la primera, la verdad sería una realidad a probar; en la otra, la verdad actuaba como simple convencimiento o persuasión. En uno, es un principio, en el otro, apenas un argumento.

La distinción no es útil en la doctrina actual del debido proceso, porque estas ambivalencias trabajan sobre la resignación y no sobre el "derecho a la verdad", que es la proyección más novedosa del derecho constitucional –o fundamental- a la prueba ([493]).

Por otra parte, el objetivo de encontrar la verdad difiere cuando se considera con relación al proceso donde se requiere; no tiene igual entidad ni significado buscarla en los procesos inquisitivos, respecto a los sociales o netamente privados. Por eso, la naturaleza del entuerto condiciona el fin probatorio ([494]).

"afirmaciones de las partes". La afirmación de un hecho es la posición de éste como presupuesto de la demanda dirigida al Juez. Cuando el acto cuya realización se pida al Juez presuponga la existencia de determinado hecho, la petición del propio acto implica la afirmación del mismo: afirmación, se entiende, de su existencia material...Se trata en definitiva, de una búsqueda de la verdad en el caso particular, bajo las reglas que el propio proceso le impone (prueba legal).

[492] Calamandrei fue un acérrimo sostenedor de esta idea según la cual se tiene por verdadero aquello que tiene apariencia de serlo, y que probablemente haya sucedido, mientras la actividad desenvuelta por las partes consigan demostrar tales hipótesis.

[493] La distinción entre verdad formal y verdad material –agrega Taruffo- es inaceptable por varias razones que la doctrina menos superficial ha puesto en evidencia desde hace tiempo. En especial, parece insostenible la idea de una verdad judicial que sea completamente distinta y autónoma de la verdad *tout court* por el solo hecho de que es determinada en el proceso y por medio de las pruebas; la existencia de reglas jurídicas y de límites de distinta naturaleza sirve, como máximo, para excluir la posibilidad de obtener verdades absolutas, pero no es suficiente para diferenciar totalmente la verdad que se establece en el proceso de aquella de la que se habla fuera del mismo. Por otra parte, precisamente la tendencia a reducir la regulación jurídica de la prueba y, en especial, a eliminarla respecto de la valoración que termina directamente con la determinación de los hechos, implica claramente la imposibilidad de individualizar una verdad procesal distinta e independiente de la verdad extraprocesal.

[494] Sutil, pero muy precisa, es la distinción que propone Falcón, para quien la prueba debe definir sus objetivos de acuerdo con distintas consideraciones. Hay un *objetivo general* que persigue afianzar la justicia y tener a ésta como un valor absoluto. Aquí la verdad es una meta. Existen, también, *objetivos más abstractos*, que se pueden fraccionar en *realizables*, por ejemplo, sostener que el fin de la prueba es establecer un grado de convicción suficiente para juzgar; *operativos*, o solución específica que esperamos que la sentencia exprese sobre la base de las pruebas producidas. De este encuadre surge, conforme el autor, distintas fases en la búsqueda de la verdad: una puede suceder con la *verosimilitud*, propia de las medidas cautelares; sigue con la *certeza* que normalmente da lugar a la sentencia; y está la fase de la *evidencia* que aparece, claramente, para fundamentar soluciones sin necesidad de usar medios probatorios.

Desde otra perspectiva, la *verdad material* se puede reflejar como uno de los objetivos esenciales de cualquier proceso, porque la determinación de los hechos deben ser reales, al ser jurídicamente intolerable que se debata un proceso entre ficciones. Mientras que la *verdad formal* reducida a los hechos probados en la causa, sostiene una justificación de la sentencia que solamente se apoya en la convicción adquirida por la habilidad o la persuasión lograda con los medios y la actividad probatoria.

Para compulsar el valor de este dualismo de la verdad, cabe reflexionar que la ciencia jurídica como tal, es precisamente el conocimiento creado con la investigación. Un proceso recrea el aspecto cognoscitivo de la ciencia, por eso, la verdad no puede resultar un sofisma, y menos aun convalidar que sea un esfuerzo estéril.

El proceso tiene que encontrar la verdad, no "su verdad", simplemente porque la actividad probatoria no consagra supersticiones, ni bendice ideologías. Como todo trabajo intelectual persigue la exactitud, en eso difiere de las artes, en razón que a éstas no les importa la fidelidad con la realidad.

Con tal vara de medición, podemos razonar una primera lectura, acompañados de la guía jurisprudencial de nuestra Corte Suprema de Justicia: *El proceso civil no puede ser conducido en términos estrictamente formales, pues no se trata de cumplir ritos caprichosos, sino desarrollos de procedimientos destinados al esclarecimiento de la verdad que es su norte*, "Colalillo, Domingo c. España y Río de la Plata Cía. de Seguros*",* La Ley, 89-412).

3.2 La prueba como fijación de los hechos

El volumen de la verdad es demasiado grande para ubicarlo entre los objetivos de un litigio, tradicionalmente centrado a una lucha entre pretensiones, egoísta en sus exposiciones, acotado en sus posibilidades, y demasiado volátil a sostener la realidad sin que cada parte quiera darle un color preferente.

Además, como la verdad no puede ser un "objeto" al ser antes que ello, una "cualidad", los hechos que se afirman, y las negaciones que se proponen, trabajan justamente en esa dimensión de lo versátil.

Cuando se afirma que la verdad no es posible se justifica diciendo que al juez se le proporcionan *juicios verdaderos*, esto es, que concuerden con la realidad.

Ese conocimiento de la realidad es lo que Carnelutti define como "fijación de los hechos" ([495]).

Con esta tendencia se concreta la idea de una sola versión para la verdad. Carnelutti elimina el mito de la verdad formal, para centrarla en los hechos que con la prueba se determinan. No se refiere al tipo de circunstancias que deben probarse, ni a la

---

[495] En el lenguaje común –dice Carnelutti-, *prueba* se usa como *comprobación de la verdad de una proposición*; solo se habla de prueba a propósito de alguna cosa que ha sido afirmada y cuya exactitud se trata de comprobar; no pertenece a la prueba el procedimiento mediante el cual se descubre una verdad no afirmada sino, por el contrario, aquel mediante el cual se demuestra o se halla una verdad afirmada [...] En rigor, pues, la *prueba* debe diferenciarse del *procedimiento empleado* para la verificación de la proposición (afirmada) [...] En este sentido, justo es reconocer que el objeto de la prueba no son los hechos sino las afirmaciones, las cuales no se conocen pero se comprueban, mientras que aquellos no se comprueban, sino que se conocen...Por eso, hay una obligación primera para el Juez: la *obligación de no poner en la sentencia hechos discutidos que no hayan sido fijados mediante alguno de los procesos queridos por la ley.*

apreciación que sobre ellas se ha de realizar, porque estas cuestiones dependen del sistema legal imperante. Con esta regla, el objeto de la prueba persigue la seguridad de encontrar en los relatos y afirmaciones una verdad única que permita llegar a la sentencia componiendo la litis con justicia y razón.

Es evidente que la línea doctrinaria apunta a confirmar que el "juez debe fallar según lo alegado y probado por las partes", y conforme a ello, a la prueba no le interesa demostrar la verdad de los hechos controvertidos sino "determinar o fijar formalmente los hechos mediante determinados procedimientos".

Localizada esta función en la dinámica de un proceso cualquiera, surge rápidamente una conclusión irritante. La fijación de los hechos supondría tanto como afirmar que la verdad del proceso sería aquella que el Juez establece y que luego constituye con la sentencia ([496]).

De manera que la diferencia entre los sistemas de adquisición probatoria pueden cambiar las reglas para la determinación de los hechos, alterando inmediatamente el curso racional de la verdad que se pretende encontrar. La prueba sería el medio para verificar una verdad transformada por la propia inestabilidad de las reglas jurídicas.

En la actualidad, y a pesar de las críticas que Carnelutti recibió, son muchos los autores que basan el objeto de la prueba en la determinación de los hechos. Una de las obras de Montero Aroca afirma que la actividad probatoria no es investigadora, sino verificadora de las afirmaciones de hecho de las partes, confiándose a éstas la determinación de los elementos que deben utilizarse dentro de los previstos legalmente. Esa determinación es una carga, pero también es un derecho de las partes. La posición se integra al sostener que, la prueba como actividad procesal, tiende a alcanzar la certeza del juzgador respecto de los datos aportados por las partes, certeza que en unos casos se derivará del convencimiento razonado del mismo juez y en otros de las normas legales que fijarán los hechos.

3.3 La prueba como actividad destinada a la certidumbre judicial

Esta teoría no se detiene en saber si la verdad es o no un fin del proceso, porque se preocupa más en resolver la seguridad en el tramo final de la actividad probatoria. Se habla aquí de la importancia de "convencer probando", o de persuadir sobre la verdad de las afirmaciones (*confirmación*, en sentido lato). La finalidad de las partes sería, únicamente, lograr la convicción del Juez ([497]).

---

[496] Con agudeza había observado Sentís Melendo que la denominada *prueba legal* puede ser una institución distinta, pero nunca afirmar que sea ella *probatoria* propiamente dicho. Si el juez ha de dar a un elemento del proceso, aunque aparezca como probatorio, un valor fijo, determinado, indiscutible, estaremos ante un fenómeno de construcción de la sentencia, de elaboración de la premisa menor del silogismo, pero no estaremos ante un fenómeno probatorio; podrá ser un *sucedáneo de prueba*, pero jamás una prueba; y si el juez puede contemplar los elementos probatorios sin sujeción a ninguna regla de lógica, entonces tampoco estaremos ante un fenómeno de valoración, sino de prescindencia de ella.

[497] Jaime Guasp, inspirador –entre otros- de este tendencia, sostiene que la consideración de la prueba como aquel conjunto de operaciones que tratan de obtener la convicción psicológica del juzgador respecto a un dato procesal determinado, no solamente proporciona una primera idea general sobre el concepto de prueba, sino que permite que nos adentremos con paso relativamente firme en el problema de la naturaleza jurídica de esta institución.

La doctrina se puede dividir en dos direcciones: un camino indica que al juez se lo debe persuadir para que se convenza con la prueba arrimada; y otro, se conforma con alcanzar certeza suficiente en el ánimo del juzgador.

De todos modos ambos senderos van unidos, porque se encuentran al tiempo de la valoración. La sentencia que se obtenga determinará los derechos de las partes después de haber logrado suficiente convicción sobre ellos. Certeza sería igual a convicción.

La verdad queda relegada porque en la dinámica del proceso aparece como más trascendente la argumentación desarrollada, donde la versión de los hechos tiene como fin, persuadir al magistrado de las razones que se invocan y defienden. Es una cuestión retórica que, como dice Taruffo, agota completamente el campo del razonamiento jurídico.

En los hechos, la sentencia se convierte en una justificación de la verdad encontrada, aunque ésta no sea cierta; pero como ha logrado inclinar la balanza de la justicia hacia un lado, es suficiente para garantir la finalidad del proceso, y afianzar la seguridad jurídica ([498]).

Adoptar esta teoría como útil a los fines de resolver la actividad probatoria amoldada a las reglas actuales del debido proceso, es por demás riesgoso.

Es cierto que las versiones deben relatar desde una perspectiva propia los hechos tal como sucedieron. Se puede ocultar lo desfavorable, pero no se puede cambiar la circunstancia para darle un significado apropiado a la pretensión propuesta. Con esta mirada, la versión traduce una parte de la verdad: aquella que conviene exponer.

Pero no se pueden eludir otros inconvenientes: uno es el *lenguaje jurídico*, que determina significados confusos al sentimiento y percepción del hombre común. Hay una dimensión del discurso que pone en la narración adaptaciones lingüistas propias del mundo jurídico (v.gr.: la exposición de una demanda afirma hechos que pueden ser negados, produciendo una confusión entre la realidad y sus efectos. Si afirmo que conducía atento al tránsito y no obstante se produce una colisión entre automotores; el

---

Furno, criticando a Carnelutti, había dicho que si el Estado no tiene interés en que se planteen los juicios, y menos aun que la pacificación del conflicto se consiga a través del proceso, porque el interés superior está en que la desavenencia se elimine de modo y conforme al derecho, el Estado (y por el Estado, sus órganos), cuando la controversia se lleve ante la autoridad judicial, no tiene por qué conocer de la situación preprocesal de hecho sino en la parte que sea indispensable y suficiente para los fines de la decisión definitiva de fondo. Entra, pues, en juego un criterio elemental de economía, de aplicación universal: el principio del mínimo medio. Ahora bien, en la economía procesal, el medio está representado por la certidumbre histórica. El Juez necesita solamente la *cantidad suficiente* de certidumbre histórica que le permita descubrir la voluntad legal concreta aplicable al caso litigioso. Este concepto puede expresarse sintéticamente con la fórmula: *verdad suficiente.*

[498] En un contexto metodológico de este tipo –dice Taruffo-, que parte de una exasperada extensión aplicada al proceso, el problema del juicio de hecho en el proceso asume una formulación peculiar. El elemento más importante está representado por las narraciones (*stories*) de los hechos del caso que los abogados presentan al Juez. Estas narraciones son las referidas a las formas, es decir, a la claridad, la coherencia, la completud, la concordancia con el sentido común. Esto se explica en la medida en que la finalidad de estas *stories* es la de persuadir al juez: en efecto, tiene razón el abogado que persuade al juez para que adopte su *story* como fundamento de la decisión. Por ello, los aspectos más relevantes del proceso son los referidos a las tácticas persuasivas con las que los defensores intentan atraer hacia sus posiciones la decisión final del juez influenciando o condicionando su adhesión a una u otra *story.*

La razón por la que el problema de la verdad de los hechos resulta irrelevante en un contexto como éste es muy clara y se remonta a la característica peculiar de la retórica como arte de la persuasión.

relato de quien sostenga la atención, podrá diferir respecto del que diga o sostenga la culpa, a pesar de referirse ambos al mismo hecho).

El segundo problema está en que *los medios* para llevar al Juez a que adopte una línea argumental, padece de las propias limitaciones del sistema, de manera que una sentencia puede sostener que no logró la convicción necesaria y rechazar la pretensión por falta de prueba; o aducir que los hechos probados no son esenciales ni trascendentes para persuadirlo sobre la verdad de lo afirmado; o bien, aceptar una versión y darla como probada sobre la base de ficciones procesales como la rebeldía, la convalidación de actos irregulares, la admisión tácita de traslados no contestados, etc. En suma, el realismo del proceso se difumina totalmente y hasta se podría sostener sin equívocos que, con esta línea, se consagra la imposibilidad de lograr del proceso conocimientos verdaderos ([499]).

El tercer obstáculo se encuentra en las proyecciones de la *prueba legal*, en el sentido de producir razonamientos impuestos por aplicación de presunciones legales o judiciales que tiene suficiente fuerza prescriptiva para determinar una consecuencia de derecho (v.gr.: no se puede discutir sobre la paternidad del hijo habido en el matrimonio).

No obstante, no todo es desechable, porque la teoría sirve para dejar centrado que el objeto de la prueba son los hechos afirmados por las partes que resultando controvertidos en sus versiones, necesitan encontrar la verdad para aplicar a ella los efectos jurídicos correspondientes.

En este territorio, la relación entre prueba y verdad se confunde con el resultado. Mientras que, en la consideración de las reglas a establecer en la etapa probatoria, la verdad que nos interesa encontrar se posiciona como actividad oportuna de las partes y, ocasionalmente, del Juez.

Por eso, el método de debate no se discute, pero queda latente hasta donde las partes están compelidas a decir la verdad en sus narrativas, punto que veremos más adelante.

3.4 Síntesis de las tendencias

Si fuera posible recapitular cada tendencia, se podrán encontrar utilidades en ellas como despojos inmediatos. Es evidente que en todas persiste la confusión sobre el destino de la verdad; unos entienden que no tiene sentido buscarla cuando el proceso trabaja sobre versiones que, por la sistemática, se han de confirmar o descartar. Otros, aun afirmando la necesidad de laborar con verdades como un fin tuitivo de la justicia, aceptan que ella tiene explicaciones poco científicas, para culminar en sentencias que se justifican por la certidumbre alcanzada ([500]).

---

[499] Ferrer Beltrán dice que puede ocurrir que una proposición sobre un hecho relevante para una causa judicial disponga en el proceso de elementos de juicio suficientes a su favor y que, en cambio, sea falsa. Por supuesto, también puede suceder que la misma proposición sea verdadera. Y, por otro lado, puede ocurrir que una proposición verdadera sobre un hecho relevante para una causa judicial no disponga de elementos de juicio suficientes a su favor o bien que sí disponga de ellos.

[500] Debe observarse –dice Taruffo- que la verdad de los hechos puede considerarse como una condición necesaria de justicia bajo cualquier definición jurídica de la justicia de la decisión. Además, no es siquiera incompatible con la teoría según la cual el proceso sirve únicamente para resolver conflictos: si no se acepta como válida cualquier solución del conflicto, y se piensa, en cambio, que debe ser resuelto sobre la base de algún criterio de justicia, entonces se presenta de nuevo la necesidad

Si nosotros pretendemos marcar hipótesis que orienten reglas en la etapa probatoria, solamente podremos referirnos a la actividad de las partes y a la función judicial, porque el problema de los medios se traza únicamente respecto a la disponibilidad (al no poder aplicarse las pruebas ilegítimamente adquiridas; o las viciadas por cuestiones conexas; etc.), y el aspecto de la valoración concilia mejor con el capítulo de la fundamentación de las resoluciones judiciales.

De este modo, determinar si la verdad es un objetivo parece ineludible porque de ello dependen las reglas y principios a bosquejar para el debido proceso. Con distinto enfoque se podrá afirmar que, siendo el proceso en sí mismo un conjunto de reglas que disponen un método para el debate; como juego que es tiene fórmulas que parten de ser conocidas y aceptadas por las partes, de manera que cambiarlas por fines puristas, puede resultar un contrasentido y hasta inconstitucional por naturaleza.

Sin embargo, no es ésta última nuestra opinión.

Vamos a reconocer que el planteo dialéctico se presenta sinuoso al tolerar que los hechos se presenten como versiones adaptadas de la realidad vertida; también podemos admitir que hay principios inocultables que sostienen tradicionalmente la legalidad del sistema (aporte de los hechos por las partes; congruencia del Juez con ellos al tiempo de valorar y pronunciar sentencia; imparcialidad del juzgador; control de la prueba por ambas partes; etc.); del mismo modo, se asiente que la persecución de la verdad absoluta tiene límites mensurados con principios propios de la llamada prueba legal (v.gr.: las presunciones *juris et de jure*; imposibilidad de practicar ciertas pruebas en determinados procesos; etc.); y también se consiente que, a veces, la actividad probatoria tiene plenas dificultades para asumir iguales condiciones generales: por ejemplo, en el proceso penal es el fiscal quien debe investigar y probar porque el procesado tiene un argumento de resistencia suficiente con la presunción de inocencia; mientras que en los procesos sociales (v.gr.: cuestiones de estado, familia, laborales, etc.) podría comulgarse con la idea fuerza de un deber de colaboración de todos los operadores jurídicos en lograr la resolución justa sobre la base de hechos probados que sean auténtico reflejo de lo ocurrido en el conflicto.

En fin, entre tantas situaciones no se descarta también la influencia de la conducta de las partes, que con sus propias actitudes pueden eludir que sea la verdad un 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 ([501]).

Superadas estas consignas sostenidas por paradigmas afianzados y sin rebatir, pareciera que luce cierta hipocresía en la lucha por conseguir la verdad, pero sin poner esfuerzo en la técnica para alcanzarla. "*Quiero que el Juez haga justicia y determine la*

---

de reconocer que la determinación verdadera de los hechos es necesaria de cualquier solución justa de un conflicto. Desde este punto de vista se puede decir que el principio de verdad de los hechos no identifica una ideología específica del proceso y, en cambio, representa una suerte de dato constante que resurge en todas las ideologías que conciben algún tipo de decisión justa como finalidad del proceso.

[501] En el fondo del planteo no deja de ser cierta la advertencia que formula Ferrer Beltrán, cuando dice que la distinción entre "ser verdadero" y "ser tenido por verdadero", permite dar cuenta de los problemas que llevaron a la distinción entre verdad material y verdad formal, sin presentar los inconvenientes que suscita esta última y, especialmente, sin multiplicar las nociones de verdad. Además, se pone el acento en que no se trata de que "existan" distintas verdades, sino más bien de la diferencia entre la verdad de una proposición, que no es dependiente de ningún sujeto que la exprese, y la actitud mental de un sujeto, en este caso, el juez respecto de la verdad de la proposición.

verdad de los hechos, siempre y cuando no hostigue con su pretensión las reglas inalterables del discurso y el método".

Ahora bien, ¿cómo imponer la verdad si el proceso comienza con retaceos provocados por la disponibilidad de los hechos? ¿porqué sostener que solamente algunos hechos deben probarse, si se pretende saber todo lo ocurrido, para poder dictar sobre ello una sentencia justa? ¿porqué establecer que el esfuerzo probatorio depende solo de quien afirma, cuando el debate necesita de coincidencias?.

Para todo ello es necesario encontrar respuestas previas a dos consignas:

1) ¿Existe un deber de decir verdad en el proceso?
2) Si existe, ¿cuáles son los hechos que se deben probar? Para saber en definitiva, cuál es la actividad que disponen partes y jueces, aplicando para el objetivo, principios y reglas que delimitan un nuevo sentido y encuadre al debido proceso.

4. La verdad en el proceso, en realidad, es la verdad de los hechos

Verdadero punto nervioso constituye la veracidad en el proceso dado que, si es deber de las partes obrar con la verdad en cada postura o afirmación procesal, solamente ese proceder significaría actuar de buena fe; a *contrario sensu*, todo ocultamiento o toda mendacidad importaría una afrenta al principio de la conducta recta y honesta, y con ello, una violación al principio de moralidad ([502]).

El nudo de la cuestión se concentra en este sencillo interrogante: ¿existe el deber de decir verdad en el proceso? A partir de las respuestas que se obtengan, fácilmente se entenderá que éste es un tema que no admite posiciones intermedias porque tampoco hay verdades a medias o mentiras parciales.

Toda la problemática relaciona tantos frentes de ataque como inquietudes le merezcan al estudioso. Precisamente, como la verdad se une a la moral en un parentesco próximo, el deber de veracidad se puede atender como una aspecto de la política procesal, de filosofía jurídica, de derecho y deberes procesales, etc.

Procuraremos alcanzar algunas conclusiones de aplicación estrictamente procesal, adelantando desde ya que, a nuestro entender, el deber de veracidad está atrapado en el principio de moralidad y desplazado como punto de encuentro para generar consecuencias imputables, toda vez que, desde la publicización del proceso y la desnaturalización del instituto del perjurio, ha perdido interés su consideración para atender ahora, concretamente, a la conducta cumplida en el proceso.

4.1 Historia breve de la verdad en la prueba

En materia probatoria, la exigencia de decir verdad fue severa y en las fórmulas de juramento, se daban a conocer las consecuencias según la clase de personas y según fuera su religión o estado.

---

[502] Según Furno, las cuestiones principales de este tema son dos: la primera se refiere a la "verdad"; la segunda al "deber". Decir la verdad. Bien. Pero ¿qué verdad?. Establecer un deber. Bien. Pero ¿qué deber?. Ambas cuestiones se han presentado en la mente de numerosos escritores, y la rica literatura que sobre el tema se ha formado, rápida y recientemente, ofrece tal cosecha de observaciones que produce múltiples facetas.

La Ley XIX, título II, Partida 3, decía: "*Los cristianos así juraban: Vos me jurades, por Dios padre, que fizo el cielo e la tierra, e todas las otras cosas que en ellos son, e por Jesú Christo, su fijo, que nació de la Virgen Gloriosa Santa María, e por el Espíritu Santo, que son tres personas e un verdadero Dios, e por todos los Santos Evangelios que cuentan las palabras e los fechos de Nuestro Señor Jesú Christo diga que jura por aquella Cruz...*"

Los judíos debían prestarlo en la sinagoga poniendo la mano sobre la Tora "...[...] *en que fazen la oración y esta forma: Juras tu Fulam judío, por aquel Dios que es todopoderoso sobre todos e que creo el cielo y la tierra e todas las otras cosas. E que dizo no jures por el mio nome en vano. E por aquel Dios que fizo Adam el primero ome, el le puso en el parayso e la mando que non comiese de aquella fruta, que el le vedó, e porque comio della, ben responder Juro e de si, devele decir, que si falta a la verdad – en nondice en aquella razón, lo que jura que vengan sobre él todas las llagas que vinieron sobre los de Egypto e todas las maldiciones de la Ley que son puestas contra los que desprecian los mandamentos de Dios. E todo esto deve responder de una vez, amen, sin refrecta ninguna así como diximos en la ley antes desta*".

También las Leyes de Partida requerían que en la demanda se introdujera un párrafo que dijera: "*Juro lo necesario...*" por el que se entendía prestado el juramento de calumnia, aquí conocido como juramento de "mancuadra".

José de Vicente y Caravantes agrega que "llamóse este juramento de calumnia, porque calumnia en las causas civiles no es otra cosa que vejar o molestar a otro con pleitos infundados o fraudulentos, y en los criminales, con la imputación de delitos supuestos, pues la palabra calumnia viene de calvendo o cavilando y significa fraude e inutilidad en los pleitos, como nota Cayo en la Ley si Calvitur, 233, al Princ.. Dig. De V.S. llamóse en España juramento de la mancuadra, esto es, de la mano cuadrada por prestarse sobre cinco artículos; así como la mano que es cuadrada o acabada, dice la Ley 23, tít. II Part. 3, ha en sí cinco dedos".

La promesa versaba sobre cinco puntos: 1º) la creencia de encontrarse asistido de derecho; 2º) que cada afirmación sería expresión concreta de verdad; 3º) que no se utilizarían en el proceso falsas prueba ni excepciones maliciosas; 4º) que no se valdría de actitudes de soborno, promesa o garantía hacia el juez para ganar el pleito; 5º) que la demanda no perderá en términos maliciosos en perjuicio de su contrario.

La misma exigencia reposaba en el demandado, pero si éste se negaba a cumplirlo, se le daba por perdido el pleito ([503]).

La Ley de Enjuiciamiento española nada dijo respecto de la obligación de decir verdad en el proceso; tampoco se refirió a la prestación de juramento como requisito introductorio a la instancia judicial.

Sin embargo, la práctica llevó a dejar subsistentes las disposiciones de las Leyes de Partidas, interpretación que puede afirmarse en la reformulación que se le da al juramento para ciertos actos jurídicos que debían cumplirse en el proceso.

Del mismo modo, como se mantuvo la costumbre de sostener la fórmula de prestar declaración en la prueba de confesión, el juramento, como medio de prueba

---

[503] Agrega Caravantes, que podía solicitarse en el curso del proceso, respecto de un acto procesal específico, pero si las partes no pedían el juramento no se anulaba por su defecto en el proceso. Y en la práctica rara vez se pedía ni se prestaba con la solemnidad referida, entendiéndose hecho en virtud de la cláusula que se ponía en la demanda: juro lo necesario.

tendiente a provocar la verdad real en el proceso, se consideró presente a pesar de la omisión legal ([504]).

A fines del siglo XIX, el Código de Procedimiento Alemán (1877) regla un expreso deber de veracidad, que se incorpora al Código de Procedimientos Civil en octubre de 1933.

Por entonces, el Código Austriaco había llegado a convulsionar el ambiente de morigeración que iba ganando la época. El art. 178 dispone: "*Cada una de las partes debe, en sus propias exposiciones, alegar íntegra y detalladamente todas las circunstancias necesarias para fundar, en el caso concreto, sus pretensiones, con arreglo a la verdad; ofrecer los medios de prueba idóneos de sus alegaciones; pronunciarse con claridad sobre las observaciones y pruebas ofrecidas por el adversario; exponer los resultados de las pruebas recogidas y pronunciarse con claridad sobre las observaciones de su adversario*" ([505]).

La sanción del Código Italiano en 1940 ofreció una novedad revolucionaria. La figura inerte del Juez cobraba vida y fuerza propia para dirigir el proceso e investigar la verdad real procurando que las partes, en el debate de sus respectivas afirmaciones, conservaran el buen comportamiento y se respetaran sobre la base del principio de lealtad y probidad.

La moralidad procesal desplazaba el deber de veracidad o, al menos, no lo exigía como obligación.

Nuestro país, con la ley 14.237 y las dictadas sucesivamente siguieron esta tendencia, que es la que rige actualmente.

4.2 La obligación de decir verdad sin texto que obligue

Si la sola mención del deber de decir verdad no basta para lograr el objetivo, puede colegirse que se piensa más en la sanción que en lo preventivo, con lo cual la

---

[504] Couture, entiende que el origen de nuestros antecedentes está en la Real Cédula de Aranjuez, de 1794 que, al instituir el Tribunal de Consulado y dar las bases del procedimiento civil y comercial, consignó que era deber actuar en el proceso "a estilo llano, verdad sabida y buena fe guardada". Agrega más adelante que, "cuando se inicia la codificación americana a mediados del siglo XIX, el legislador se encuentra con todos estos textos. Podría decirse que no existido una sola fuente de la codificación de nuestros países que se hubiera consignado en forma expresa un deber jurídico y moral de decir verdad. Pero se da aquí el fenómeno realmente curioso de que ni uno solo de los textos americanos que nos son familiares, ni tampoco los dos diplomas clásicos españoles de 1855 y de 1881, contienen un precepto que establezca expresamente el deber de decir verdad".

[505] Grossmann sostiene que la influencia de esta disposición se hizo sentir en otros códigos europeos como el húngaro de 1911; los Códigos Cantonales Suizos; el yugoslavo de 1929; la nueva ley procesal polaca de 1930; el Código Procesal Soviético de 1923; etc.

Las instituciones nacionales, en cambio, mantuvieron los principios comentados en la ley de enjuiciamiento Civil española, si bien los Proyectos de Lascano y García tomaban partido sancionando el deber de veracidad como disposición a cumplir.

El proyecto del Instituto de Altos Estudios de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de La Plata (1935), decía en el art. 25: "Es deber de las partes, sea que interpongan personalmente o por medio de mandatario o representante legal...2) Proceder de buena fe en el proceso, expresando al Juez de los hechos conforme a la verdad". El Proyecto García, en su art. 14 dispuso: "Es deber de las partes, sea que intervengan personalmente o por medio de mandatario o representante legal...2) Proceder de buena fe en el proceso, expresando al Juez de los hechos conforme a la verdad".

política procesal de moralidad se enfrenta con el corte inquisitivo que se consigue con las penas.

Sin embargo, parece razonable pensar que la deducción es muy estricta, sobre todo si la relacionamos con la consagración del deber de veracidad sin encontrarse expresamente dispuesto.

Veamos por qué.

Casi todos los ordenamientos procesales que reglaron el principio de certeza (como veracidad) bajo un aspecto punitivo, se encontraron con que, a partir del advenimiento de una nueva perspectiva en el derecho procesal, que desplazaba el centro de gravitación de las partes hacia el juez se modificaba seriamente la función de éste si se le conservaban los principios represivos.

Si ahora el Juez era director, instructor y efectivo enlace de justicia con la realidad, aquellos desvíos operados en el devenir procedimental sólo podrían desarrollarse actuando temeraria o maliciosamente, es decir, obrando con artería, dolo, artificio, engaño, etc. En síntesis: *el problema estaba en la mentira y no en el deber de veracidad.*

Sin embargo, los códigos no variaron su cuadro de situación. Advirtieron el problema, pero temieron que, de no subsanarse expresamente la obligación de conducirse con verdad, y de reprimir su ocultación, tácitamente receptarían la mentira en el pleito.

Nada más errado; y ello así lo sintió el codificador italiano de 1940, que sabiamente deslindó los aspectos lógicos de la obligación de sus connotaciones prácticas ([506]).

---

[506] 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 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 contrapone un marinero".

Ha sido evidente que el principio de publicización del proceso consiguió poner frenos a ciertos arrebatos que conspiraban contra el orden ético del proceso. De todas maneras, es riesgoso confundir la ética del proceso con el principio de moralidad, pues ambos coinciden en un imperativo de conducta (leal, recta y honesta), pero la primera escapa a la vigilia judicial en tanto se ampara en una exigencia del fuero íntimo: la moral y el derecho se debaten en componentes de volición que sólo se controlan cuando se encuentra el acto externo de provocación a la buena fe.

De modo tal que, cuando la exteriorización de la conducta se advierte en el proceso, el control jurisdiccional pone en acción el principio de moralidad y le exige a las partes comportarse con lealtad y probidad.

En este sentido, la obligación no tiene necesariamente que aludir a que las partes deben decir la verdad, o que no han de mentir; ni han de generar sospechas, etc.; todo ello limita la libertad y, en cierta forma, condiciona la voluntad de obrar.

Asimismo, el principio de moralidad preside el conjunto de actos procesales, y es bien cierto que desde el engaño doloso hasta la simple mendacidad, o desde el artificio al ocultamiento de un hecho conocido, existen varios grados de mentira, y, en el análisis de ella, en la trascendencia que revista o en la magnitud y proporción de su desatino, el Juez podrá sancionar el comportamiento, sin necesidad de contar con una regla precisa y específica que complique los entendimientos de la verdad o de la mentira.

Un buen ejemplo de este funcionamiento se constata en el derecho inglés, donde bajo la denominación abstracta referente al *Contempt of court* previene el deber de veracidad, a través de la interpretación constante de sus instituciones, que ven una falta de respeto hacia el Juzgado.

4.3 Alcance del deber de veracidad

El material que nutre el proceso se compone de hechos y de derecho sobre los que las partes afirman sus respectivas postulaciones ([507]).

La extensión a todos los hechos importa aceptar que deban relatarse hasta los más mínimos o inverosímiles, pues, en definitiva, le corresponderá al juez decidir la importancia o trascendencia que tiene el suceso para decidir la causa.

En cuanto al derecho, la cuestión es más delicada, y ello se advierte en las diferencias que establecen las distintas legislaciones a la hora de atenderlo.

---

[507] Con relación a los primeros -dice Peyrano-, subsiste la polémica para determinar si, en oportunidad de invocarse las circunstancias fácticas, éstas deben complementar una acabada descripción del suceso, sin quitar ni recortar motivos que empeoren o dificulten la situación del exponente. Grossmann participa de la opinión por la cual debe sancionarse la ocultación de hechos cuyo conocimiento resulta indispensable para la claridad y dilucidación de la litis. A su criterio, el silencio debe considerarse como contrario a la verdad; tanto él como la declaración incompleta, o ambigua, agravan el deber en comentario. Esta veracidad –agrega- "se exige no solamente con respecto a los hechos controvertidos, sino igualmente a los hechos indiscutidos que el juez debe aceptar, en general, sin previo examen alguno", estableciendo solo una restricción: "La exigencia de la veracidad, con inclusión de los hechos no discutidos, deja intacto el derecho del litigante de abstenerse de la impugnación de las alegaciones hechas por la parte contraria, sea que fueran verídicos o no. La parte no es obligada a declarar, pudiéndose hacer condenar en rebeldía, si lo prefiere a la intervención activa en el juicio".

Por ejemplo, en los Códigos Alemán y Austriaco, la veracidad se requiere sólo con respecto a los hechos; mientras que los Ordenamientos Sueco, Ruso y Dinamarqués hacen extensiva a los argumentos jurídicos ([508]).

En nuestro parecer, no existe un deber de veracidad en el derecho, cuanto más se puede exigir certeza. Mientras que para la presentación de los hechos priva el criterio de la verdad.

La argumentación equívoca tiene su contracara en la apariencia, la simulación, el fraude o el dolo, y confirma un abuso procesal que se desenvuelve con singularidades propias.

La exposición fáctica, concisa y reticente, puede generar en ambigüedad o en una presentación defectuosa por oscuridad, sin perjuicio de otros vicios formales.

Directamente, la demanda falaz determina estafa procesal, y en ello, insistimos, más que conseguir la verdad –que a veces se constituye en un estado ideal- al código procesal le interesa prevenir la mentira y el engaño.

Con el derecho, la condición difiere según las invocadas sean normas procesales o materiales. Es decir, que se amparen en la pretensión procesal o en la situación material.

En la primera, el interesado puede invocar el camino de fundamentación, aunque sea provocado o voluntario el error, pues al Juez le corresponde decidir el trámite a desarrollar y las pruebas a producir.

En cambio, en la afirmación del derecho material no pueden invocarse argumentos que induzcan a error o sean desleales o pretendan una finalidad distinta a la que verdaderamente obtendrían presentando el caso jurídico en los términos de su real configuración.

4.4 Sujetos obligados a decir verdad

En una dimensión diversa a la anterior, que se atiende desde un vértice objetivo, cabe responder en el plano del subjetivismo, ¿a quién se le exige acatar el deber de veracidad?.

Casi de inmediato se respondería que: todos los sujetos del proceso, sean partes, terceros o representantes, están obligados a pronunciarse con veracidad.

Sin embargo, la respuesta sería ideal o, al menos, quedaría en una expresión de deseos.

Apreciando el problema con una visión puramente conceptual y teórica, no nos quedan dudas que el mentado “deber” *debe ser* plenamente satisfecho por todos quienes concurren al proceso.

---

[508] Grossmann interpreta que, no obstante la limitación a la veracidad de los hechos en ciertas normas nacionales, el deber de veracidad comprende toda la declaración procesal, sea que concierna a los hechos, a los argumentos jurídicos o a la rendición de la prueba.

Peyrano, entre los autores argentinos, coincide con estas apreciaciones, reservando en la alegación del derecho la preeminencia del principio *iura novit curia*.

Pero las calidades procesales no son las mismas; varían en los sujetos del proceso los deberes, obligaciones y cargas y, en estas correspondencias, el principio debe conjugarse.

Con los auxiliares de la justicia y con los que participan llamados a cumplir una carga de asistencia (testigos, peritos, intérpretes, etc.), el problema se resuelve sin hesitación alguna: su deber es de fidelidad al conocimiento obtenido, de modo que han de declarar con la plena verdad, esto es, sin ocultamientos ni reservas ([509]).

A ellos les corresponde aplicar sin reparo alguno el ejemplo del juramento, para que "diga la verdad, toda la verdad y nada más que la verdad". Pueden existir ciertas excepciones cuando existen justas causas de reserva como, si la declaración lo implica personalmente, corriese el riesgo de someterlo a proceso judicial, suponga una declaración contra sí mismo, o esté amparado por el secreto profesional.

Este tipo de colaboradores de la justicia tiene una *obligación* de asistencia y un *deber* de decir verdad.

Inversamente, las partes debaten en el proceso contradictorio bajo ciertas reglas (*fair play*) que les permiten reservas y ocultamientos.

A ellos no les exige decir verdad, sino una pauta de comportamiento basado en el principio de moralidad.

No empece a ello ciertas pruebas del proceso civil que recuerdan institutos de consabida inutilidad. En este sentido la prueba de confesión pervive con una fórmula de juramento de decir verdad que tiene poco de cierto y mucho de ficción, operando verdaderamente como disuasorio de la mentira, en la sanción que produce la inasistencia o la no declaración ([510]).

Las partes, en estos casos, respaldan sus convicciones en el proceso y sus obligaciones con la veracidad en compromisos con un *deber* de colaboración, una *carga* procesal o una *obligación* de carácter sustantivo cuando el imperativo a cumplir consiste en una disposición de ese contenido (v.gr.: si al contestar la demanda se responde

---

[509] Si varios declarantes afirman un mismo suceso que pasó por sus sentidos, ello permite atribuirles veracidad, máxime cuando aducen el acontecimiento esencial como directamente conocido. De ahí que la aceptación del dicho de un testigo tiene que ser menos rigurosa que su examen para desecharlo. Esto ocurre porque, en definitiva, el juez está apoyado en la construcción jurídica de que los testigos no pueden mentir, tanto por existir una punición legal por falso testimonio (art. 275, Cód. Penal y 449, Cód. Procesal), la que les fue impuesta al declarar y al jurar decir la verdad (art. 440, Cód. Procesal), cuanto porque el método de interrogación judicial libre y de oficio por el juez (art. 442, Cód. cit.), pone de resalto el sistema posible para indagar la mendacidad en que pudiere incurrir el testigo, o su falta de comprensión de los hechos (CNCiv., Sala C, abril 16/991, DJ, 1992-1-64).

Del juego de los arts. 163 y 280 del Cód. de Proced. en Materia Penal no puede deducirse un permiso al cónyuge para mentir en una declaración testimonial, sino que teniendo incólume el bien jurídico de la buena administración de justicia, se trata de que sus dichos veraces o su silencio no puedan en ningún caso ser valorados por el juez en contra del esposo. (Del voto en disidencia del doctor Cattani) (CNFed. Crim.Correc., Sala II, agosto 30/989, in re*: Dunayevich de Martínez*, Ana M, DJ, 1990-2-567).

[510] Couture lo explicaba como un estado de libertad donde se puede elegir entre la verdad y la mentira; la ley supone que cuando un litigante declara en juicio algo contrario a su interés, es porque el crepúsculo de la verdad ha sido más fuerte que las tentaciones del interés. En la prueba de confesión mediante silencio del absolvente o mediante evasivas al contestar el pliego de posiciones, el litigante se halla en el mismo estado de libertad para desembarazarse de la carga procesal encarando las declaraciones y diciendo la verdad. Si huye de la respuesta, lo menos que hay que suponer, lógica y psicológicamente hablando, es que la verdad habría sido adversa al interés.

dolosamente -con la intención de perjudicar los intereses del peticionante-, existirá responsabilidad objetiva –civil- por el daño ocasionado).

En lo expuesto, debe mencionarse que los principios de lealtad, probidad y buena fe coronan las actitudes que postergan en lo inmediato el deber de veracidad.

Una compleja situación se ofrece con los abogados o representantes legales, a quienes se les impone hipotéticamente resolver si sus deberes de cooperación y honestidad hacia la jurisdicción han de ser cubiertos cuando ellos se oponen a los intereses de sus clientes.

En general la situación se presenta como un postulado deontológico, proclamando el deber de veracidad de los abogados.

Por una parte -dice Grossmann-, se ha sostenido que el deber de veracidad del abogado sería reducido en comparación con el de la parte, dado que su mandato lo obligaría a defender incondicional-mente los intereses de su representado. En el procedimiento existe solamente un derecho a la justa resolución no a la favorable decisión.

Conforme a eso, la tarea del representante profesional se debe limitar necesariamente al apoyo de la parte en la obtención de una sentencia justificada. Es cierto que no debe actuar en contra de los intereses de la parte. Pero cuando el fomento de la causa no fuere compatible con el deber de veracidad deberá rechazar el mandato, y cuando conociere esta situación posteriormente, renunciar al mandato ya aceptado. Del mismo modo tendrá que proceder cuando surgiere un serio conflicto entre su deber de discreción profesional y el deber de veracidad. Por otra parte sería erróneo opinar que el deber de veracidad del abogado sería más extenso que el del litigante interesado. A los dos les está impuesta la obligación de manifestarse en absoluta armonía con la verdad, así no hay caso para una ampliación del deber profesional. Por supuesto, este último está consagrado por las sanciones disciplinarias de los reglamentos profesionales, establecidos en la casi totalidad de leyes nacionales para infracciones al deber profesional. Pero la existencia de sanciones especiales, a veces en casos donde la contravención de la parte no trae aparejadas consecuencias nocivas, no se infiere de una ampliación del deber sino del hecho que las infracciones de letrados requieren un castigo austero en virtud del mantenimiento del honor y de la disciplina profesional. Llegamos por tanto a la conclusión que en su esencia el deber de veracidad de las partes, sus letrados y otros representantes es absolutamente idéntico.

A nuestro criterio, el abogado debe servir en primer lugar a sus principios éticos y a los que conforman una serie de postulados elementales de la conducta profesional.

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 ([511]).

---

[511] Es profunda la reflexión que medita Lega en este aspecto cuando afirma que la ética profesional es fruto de una obra diuturna de autocontrol y autolimitación que proviene de los mejores profesionales del grupo y que es asumida por la generalidad de los miembros del mismo como una norma moral.

Capítulo XXIV

LA PRUEBA ILÍCITA

1. Concepto de legalidad de la prueba

La obtención de la prueba, en cualquier tipo de procesos, para ser válida y permitir al Juez su valoración, debe lograrse por vías legalmente establecidas.

La legalidad no describe el medio o la fuente de prueba, sino el procedimiento como se consigue, por eso cuando se analiza la prueba ilícita, el problema no está en admitirla sino en resolver su aptitud como prueba de cargo. Por ejemplo: la confesión del imputado sometido a apremios ilegales es inadmisible por la compulsión puesta en la actividad. Otro caso: la grabación subrepticia de conversaciones viola la intimidad de las personas, razón por la cual, el o los testimonios conseguidos no pueden servir como evidencia.

Sin embargo, la ilicitud de una prueba no impide, bajo ciertas circunstancias, que se lleve al proceso con el fin de acreditar hechos y circunstancias que pretenden justificarse con ella.

Picó i Junoy aporta como alusión del problema, el de la cinta magnetofónica en la que aparece recogida una determinada conversación interceptada por uno de los intervinientes, o un tercero bajo la autorización y supervisión judicial [512]. En este último caso se exige la existencia de una motivada resolución judicial que ponderando los intereses en conflicto, esto es, bajo la estricta observancia del principio de proporcionalidad, entienda que puede limitarse la vigencia del derecho al secreto de las comunicaciones. En consecuencia, la ausencia de *autorización judicial* o de *motivación razonable* en ella, determinan, irremediablemente, la ilicitud de la prueba obtenida.

2. La doctrina del fruto de árbol venenoso

Obra en la especie la conocida doctrina del "fruto del árbol venenoso", por la cual la prueba obtenida violando garantías constitucionales, a pesar de la certidumbre que ofrezca, no puede ser válida ni tenida por legítima, por cuanto está viciada desde su nacimiento.

Con todo, el punto de partida puede variar conforme el ordenamiento jurídico que se analice, porque el modelo anglosajón parte de “exclusiones de prueba” por apropiación viciada; mientras que los sistemas de tradición romana aplican el régimen de “nulidades procesales”; en cambio, los que asientan su legislación en la doctrina germana, remiten a las potestades del Juez para determinar en cada caso concreto cuándo una prueba es ilícita [513].

---

[512] Pico i Junoy, Joan, *El derecho a la prueba en el proceso civil*, J.M. Bosch, Barcelona, 1996, p. 356.

[513] Cfr. Parra Quijano, Jairo, *Manual de derecho probatorio*, 14ª ed. Librería ediciones del profesional Ltda., Bogotá, 2004, ps. 22 a 41. Pico i Junoy, Joan, *La prueba ilícita y su control judicial*

En consecuencia, para abarcar la cuestión desde una teoría general, es mejor comprender las diversidades en la medida que cada sector puede interpretar los hechos con miradas diferentes. Para el *common law* la prueba "no existe"; para el *civil law* es nula, y para el sistema germánico es un tema de utilidad o aprovechamiento [514].

Vale decir, la lectura es distinta, como lo son, también los parámetros. Cada uno de ellos contrae cuestiones de valoración independiente donde comienzan otras diferencias como la distinción entre "prueba ilícita" y "prueba ilegal"; la posibilidad de redimir el vicio cuando el imputado presta acuerdo explícito; la apreciación de la conducta del encartado, etc.

3. La conducta del imputado en el proceso

Una de las primeras incertidumbres que juegan en la especie se da con el esquema procedimental pensado para el enjuiciamiento penal. En él acontece una suerte de disparidad entre los criterios legales y el sentimiento popular de justicia.

Es cierto que la presunción o estado de inocencia es la máxima garantía del imputado, pero también lo es que ella necesita confrontar la conducta del imputado con las garantías que cuenta para su defensa.

Se trata de resolver si la pasividad absoluta del sospechoso puede tener consecuencias en el proceso penal cuando la prueba es insuficiente para abastecer fundadamente una condena, o si debe requerirse la colaboración del individuo en aras de obtener la verdad real que todo acto de justicia persigue.

En principio, la solución pacífica significa el derecho de todo acusado a ser absuelto si no se ha practicado una mínima prueba de cargo, que acredite los hechos que suscitan la acusación y que ella sea ratificada en el juicio oral, con sujeción a los principios de oralidad, inmediación, contradicción y publicidad.

Debe quedar en claro, liminarmente, que el principio de inocencia tiene motivos constitucionales que prefieren no condenar en caso de duda razonable, antes que penalizar a un posible inocente.

Esto sólo sería suficiente para responder el interrogante; sin embargo, la falta de colaboración puede funcionar en un sentido distinto; en su caso, podría interpretarse que

---

en el proceso civil, en Libro de Ponencias al XXVI Congreso Colombiano de Derecho Procesal, edición de la Universidad Libre, Bogotá, 2005, ps. 839 a 872.

[514] Pueden existir situaciones ambivalentes en estos casos, de manera que si la obtención ilegal de la prueba termina por no afectar al imputado, podría provocarse alguna confusión. Por ello: *a)* Es conveniente hablar de inutilidad o "inaprovechabilidad" de la prueba obtenida ilegalmente para evitar que si ella favorece al imputado, por el origen ilegal no se aplique en la investigación. Ello supondría perjudicarlo doblemente: primero al violar la garantía que origina la ilegalidad de la prueba, y segundo, al no permitir usar el medio obtenido que lo beneficiaría. *b)* Hay que resolver que ocurre con la prueba conseguida legalmente a partir de una prueba ilegal. Pues en estos casos debiera diferenciarse el nexo entre prueba ilegal y prueba legal que se torna impropia (por ejemplo, cuando de la confesión obtenida mediante apremios ilegales se llegan a determinar hechos incriminatorios; o en el caso de filmaciones logradas por el mismo imputado en forma sorpresiva, desde el cual se pretenden encontrar justificativos para el cargo penal).

En estos supuestos, cuando la prueba, aunque se realice legalmente se origina desde un medio ilegal y no existen fuentes alternativas que la validen (ejemplo, testigos que declaran sobre los hechos confesados), también esta nueva prueba formalmente legítima debe considerarse inaprovechable como elemento de cargo.

el imputado que no utiliza adecuadamente los principios y garantías que lo escudan, sea por su propia decisión o por falta de necesaria diligencia, no sufre cercenamiento en su derecho de defensa y el tribunal podría aplicar las consecuencias de su propia conducta.

Un ejemplo sería denegar el derecho al recurso de quienes, voluntariamente, no se presentan a la causa, prefiriendo su condición de prófugos de la justicia.

También cuando la negativa a someter el cuerpo a requisas o estudios, sin causa justificada, puede tomarse como una presunción en su contra.

Desde esta perspectiva, más polémica, una prueba viciada *lato sensu*, podría aplicarse en el proceso si el imputado no colabora en demostrar su ausencia de responsabilidad penal (o civil) [515].

4. Prueba inconstitucional

Ahora bien, la protección procesal constitucional del derecho de defensa lleva a esgrimir como herramienta principal a la Norma Fundamental del Estado. Esta contiene numerosas garantías que implementan las reglas constitucionales del debido proceso, las que impiden obrar contra ellas en cualquier tipo de procedimiento.

El problema esta en que las garantías no están todas enumeradas, de modo que a veces es necesario recurrir a la lectura constitucional de los derechos.

Desde esta perspectiva, los ciudadanos tienen derecho a no sufrir intervenciones de mera prospección en sus domicilios o en sus comunicaciones; pueden circular libremente sin ser objeto de indagaciones o controles restrictivos aleatorios; tampoco pueden ser filmados en sus actos personales sin tener conocimiento de ello; en suma,

---

[515] Es cierto que en el principio de inocencia confluye una idea común, donde se pretende evitar la condena irrazonable o arbitraria. Solo la confirmación de los cargos e imputaciones a través de la reunión de prueba permitirán fundar una sentencia. En materia civil esta idea –discutible- podría proyectarse en uno de sus principios: *la carga de la prueba;* según el cual, si alguien pretende un pronunciamiento favorable para sus intereses, deberá demostrar al Juez la razón y el derecho que le asiste.

La diferencia entre la prueba civil y la penal no existe, porque la producción es la misma y rige en ambos casos el principio de adquisición, según el cual la prueba que llega al proceso es de él y no de las partes. La distancia puede estar en el sistema de apreciación, y en los grados de certeza que se exigen. Por ejemplo, es diferente la regla de la íntima convicción para condenar respecto a la sana crítica.

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

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

Se dijo hace mucho tiempo que, si bien la carga de la prueba con perspectiva civilista no funciona en la esfera penal -instructoria- donde el principio de la verdad material u objetiva hace que el juez disponga de facultades para suplir la inercia de las partes, no es menos cierto que en la verdadera faz del juzgamiento, cuando el debate encuentra su plenitud, la iniciativa corresponde a los sujetos esenciales del proceso, que se encuentran ahora en igualdad de derecho. Por ello, llegado al plenario, la carga de la prueba debe -como regla- gravitar sobre las partes, carga que de no conseguir su objetivo se traduciría en que las alegaciones de parte no podrían ser tomadas en cuenta como base para la decisión (CNFed. Crim. y Correc., Sala II, 1981/07/02, "*Martínez de Perón, María E. y otros*", La Ley, 1981-D, 101 - ED, 94-707).

son “garantías” independientes y, al mismo tiempo, complementarias del derecho a la presunción de inocencia).

El presupuesto constitucional radica en prohibir el acopio de pruebas que vulneren las garantías; y se explana aún más, en la imposibilidad de valorarlas. Pero no siempre es tan amplia la cobertura legal que le prive de todo efecto).

Supongamos que se utilicen videocámaras en lugares públicos para prevenir la comisión de ilícitos, de modo tal que, toda persona resulta grabada en sus actos sin haber prestado autorización para ello porque, a ciencia cierta, no sabe que está siendo filmada.

Pensemos en la apertura de valijas por las aduanas de los países donde se ingresa; razonemos en los test de alcoholemia al conductor sorprendido en una probable infracción de tránsito; meditemos con la detención preventiva de personas sospechosas encontradas en un grupo o tumulto, etc.

En todos estos supuestos hay un límite expandido y una regla para la valoración; v.gr.: no será lo mismo grabar aleatoriamente los actos de una persona que perseguirla sin orden judicial; tampoco será igual abrir una maleta en un límite fronterizo que leer un diario personal encontrado dentro de ella.

Por eso el punto central que queremos enfocar se dirige a la relación que existe entre las garantías constitucionales que nutren las libertades individuales, con las relaciones sociales que alimentan otras garantías de igual naturaleza fundamental, como la seguridad, el desarrollo, la protección jurídica; etc.

Vale decir, son varios los temas que llegan y distintas las perspectivas que se tienen. Nosotros dirigimos el estudio hacia las garantías que tornan inconstitucional la producción de una prueba; y cuál es el límite que se puede superar. Es decir, una cosa será permitir que la prueba se produzca y llegue a la etapa de ser valorada en cuyo caso habrá que estudiar el principio de proporcionalidad; y otra diferente es analizar si esa prueba puede o no llevarse a la etapa final

5. Clasificaciones

Consideremos como punto de partida que hay situaciones especiales que admiten adquirir pruebas violando garantías individuales, siempre y cuando la obtención se realice con previa autorización judicial.

Este placet tiene, a su vez, el límite de la razonabilidad y la justificación, de modo tal que la excepcionalidad del caso, comienza a elaborar distinciones en la prueba, como si fuera posible encontrar causales de justificación que disminuyan la ilicitud originaria a grados de tolerancia que disuaden su incorporación al proceso.

De este registro son las llamadas: *a)* pruebas irregulares; *b)* prueba ilegítima; *c)* prueba viciada y, *d)* prueba clandestina.

5.1 La prueba irregular

En la confrontación de intereses que se entrecruzan en esta problemática, a saber, el interés colectivo en esclarecer los hechos tal y como realmente ocurrieron al objeto de asegurar el orden jurídico, y el interés igualmente colectivo de la protección de los derechos individuales legalmente establecidos, se opta por el primero de ellos,

pues el segundo se garantiza y preserva mediante la sanción civil o penal a quien haya obrado antijurídicamente.

Inclusive, algún especialista en materia probatoria como es Muñoz Sabate, llega a afirmar que la prueba en sí misma considerada tiene un carácter marcadamente metajurídico, como actividad de reconstrucción o descubrimiento de unos hechos que tiene por objeto trasladarlos a presencia judicial, por lo que sus resultados no deben medirse en términos de moralidad sino de verosimilitud ([516]).

Otros argumentan que la prueba vale por aplicación del principio "*male captum, bene retentum*" y algunos más lo fundamentan en otro brocárdico romano: "*factum infectum fieri nequit*" según el cual lo hecho no puede devenir en un no hecho.

En nuestro criterio, el proceso judicial es un instrumento constitucional de resolución de conflictos. No es un simple procedimiento al servicio del interés de las partes, sino la salvaguarda de sus garantías y derechos fundamentales. Por eso, el método establecido desde el inicio mismo de las instancias tiene establecidos principios y presupuestos que aseguran el derecho de defensa en juicio, de modo tal que cuando alguno de esos principios o presupuestos se pretende retorcer o claudicar ante otros principios que no son regulares ni eficaces, ni están al servicio de la Constitución y los hombres, pues esos principios no pueden aplicarse, tornando su utilización en actos procesales absolutamente ineficaces.

Así lo afirmó también Carnelutti, cuando sostuvo que si fue ilegal la adquisición (de la prueba), no podrá utilizar el documento; y si lo hiciere, además de ser penado por la usurpación, no podrá utilizar el documento; y si lo hiciere, además de ser penado por la usurpación, dolo o abuso de confianza que haya cometido para adquirirlo, el Juez no deberá darle mérito legal en favor del que lo haya presentado con tal abuso, por la regla de derecho de que *los hechos ilícitos no deben aprovechar a su autor* ([517]).

En síntesis, si es nula la obtención material de este tipo de pruebas, será nulo e inaprovechable todo acto posterior que pretende basar su eficacia en la prueba ilegalmente adquirida.

5.2 La prueba ilegítima

La distinción entre prueba ilícita y prueba ilegítima es del derecho italiano, donde se diferencia entre la vulneración de una norma material o procesal, respectivamente.

Cappelletti refiere a dos tipos de ilegitimidad en materia probatoria. La primera tiene lugar en el momento de creación y obtención de la fuente de prueba, y la segunda se produce en el momento de admisión y práctica de la prueba en el proceso. De acuerdo con ello, rechaza la validez de lo obtenido mediante el segundo tipo de ilegitimidad ([518]).

Inclusive, la Corte Suprema de Justicia de la Nación suele establecer distancia entre las pruebas ilícitas según la obtención provenga de un elemento físico o corporal

---

[516] Muñoz Sabaté, Lluis, *Tratado de la probática judicial*, t. I, ed. J.M. Bosch, Barcelona, 1992, p. 23.

[517] Carnelutti, Francesco, *La prueba civil*, ed. Depalma, Buenos Aires, p. 201.

[518] Cappelletti, Mauro, *La oralidad y las pruebas en el proceso civil*, ed. Ejea, Buenos Aires, 1972, p. 167.

(v.gr.: estupefacientes hallados; documentación habida en el allanamiento, etc.); respecto de aquella que proviene directamente de personas a través de sus dichos (v.gr.: testigos).

Se sostiene así que, si la prueba ilícita consiste en un elemento físico, material o corporal, entonces habrá de perder para siempre todo su valor. Empero, si de testimonios se trata, como se hallan provistos de "voluntad autónoma", existirán mayores probabilidades de atenuar la rigurosidad de la regla de exclusión probatoria ([519]).

En nuestra opinión, si bien desde un punto de vista dogmático el concepto de prueba ilegítima aparece claramente delimitado, su utilización en el marco de un ordenamiento jurídico resulta inoperante, pues lo esencial o relevante es la vulneración de derechos fundamentales, independientemente del momento *extra* o *intra* procesal en que haya tenido lugar, y del hecho de que se haya infringido además una norma de carácter material o procesal.

5.3 La prueba viciada

Algunos autores acogen éste término para referirse a aquélla prueba en que concurren una serie de circunstancias que afectan a la veracidad de su contenido pero sin tener en consideración para nada la forma como se ha obtenido. Lo destacable de este tipo de prueba no es la ilicitud o ilegalidad sino la veracidad o certeza de los datos fácticos que la misma aporta al proceso.

Esta modalidad suele darse en distintos medios que reportan una clara utilidad al proceso de descubrimiento de la verdad pero que no se pueden incorporar como medios probatorios por la ilicitud que vicia el acto de recolección probatoria.

El vicio es propio de los sistemas romanos, a diferencia del common law que toma a la prueba como inexistente. Mientras en el primero la regla es anular la prueba, en el restante no se tiene en cuenta porque se la excluye de inmediato.

Ahora bien, veremos más adelante que esta sutil distinción tiene trascendental importancia cuando pese a la nulidad o inexistencia aparente, la prueba se lleva al proceso a la etapa de valoración provocando su ingreso por la vía de los indicios.

5.4 La prueba clandestina

Prueba clandestina es aquella que se obtiene a través de un comportamiento oculto o de un acto realizado sin publicidad, es decir, aquella que se lleva a cabo de un modo solapado, infringiendo la intimidad o privacidad de las personas.

Es el modelo probatorio que nos interesa en particular porque toma la fuente de verificación a partir de un medio nunca previsto, como es la filmación subrepticia, y por eso requiere de particularidades definitorias para asegurar su utilidad procesal.

---

[519] Cfr. Midón, Marcelo S., *Pruebas ilícitas*, 2ª ed. Cuyo, Mendoza, 2005, p. 40.

En efecto, la prueba adquirida con vicios formales o sustanciales no vale como tal aunque puede servir como indicio. Pero, es nula de nulidad absoluta y total cuando afecta los derechos constitucionales de las personas ([520]).

¿Vale o no esta prueba? No hay reglas establecidas, a lo más, los criterios se parecen a los indicados en las demás pruebas clasificadas.

Ahora bien, para comprobar si una medida restrictiva de un derecho fundamental supera el juicio de proporcionalidad, es necesario constatar si cumple los tres requisitos o condiciones siguientes:

- Si tal medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad);

- Si, además, es necesaria, en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia (juicio de necesidad); y, finalmente,

- Si la misma es ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (juicio de proporcionalidad en sentido estricto).

6. Las garantías procesales y judiciales

En este espacio se dan las garantías que tiene el justiciable para actuar dentro de un proceso judicial justo y equitativo.

En los hechos juega el principio de bilateralidad y contradicción (todo proceso se implementa entre dos partes que alegan y replican procurando llevar certeza al Juez sobre la verdad de sus afirmaciones). Y en materia probatoria significa que las partes tienen derecho a producir prueba; controlar la que su contraria genere; evitar que se traigan materiales prohibidos o que sean pruebas superfluas o inútiles (en este último caso, trabajan las facultades judiciales de selección y ordenación).

Cada uno refleja una preocupación porque si se ponen trabas para la producción probatoria de cargo (o descargo), el field de la balanza se quiebra; si la prueba se produce sin conocimiento o control del acusado, también hay una crisis; cuando el material probatorio es tomado sin orden judicial, puede tornarse nulo, anulable o inexistente; y si esa misma prueba fue ordenada por quien no tiene facultades jurisdiccionales (v.gr.: orden policial) también hay una ilicitud o, al menos, una irregularidad que es menester declarar.

Por eso, el complemento de las garantías procesales son las garantías judiciales, mediante las que la prueba se ordena y fundamenta con el control judicial necesario a su licitud y pertinencia.

---

[520] Emplazados a considerar la prueba de grabaciones subrepticias y tomar de ellas argumentos de cargo contra quienes aparecen filmados en actitudes que sugieren, mínimamente, sospechas que posibilitan la intervención judicial, cabe argüir que el derecho a la utilización de los medios de prueba pertinentes para la defensa constituye un derecho de configuración legal, cuyo ejercicio ha de acomodarse a las exigencias y condicionantes impuestos por las leyes procesales, de modo que en ningún caso cabe considerar menoscabado el derecho que nos ocupa "cuando la inadmisión de una prueba se ha producido debidamente en aplicación estricta de normas legales cuya legitimidad constitucional no puede ponerse en duda" (SSTC 149/1987, de 30 de septiembre).

Ahora bien, si el eje de la discusión lo instalamos en las garantías que tiene el justiciable para adquirir prueba y lograr que el Juez quede persuadido con ella, tendremos que preguntarnos: ¿Cuál es la finalidad de la prueba? ¿Puede haber diferencias entre los objetivos de la prueba civil respecto de la prueba penal? Acaso ¿es razonable insistir con el argumento de una verdad formal que se aplica en los procesos civiles y una verdad material que afinca en los procesos penales? ¿Es cierto que podemos consolarnos con una verdad jurídica objetiva?, ¿nos debemos resignar a que la verdad sea de imposible alcance en cualquier tipo de procesos?.

En nuestra consideración, hemos sostenido con disidencias algunos de estos planteos.

Supongamos que la verdad sea un compromiso del juez. Pues en este sendero es evidente que entre el Juez penal y el civil no hay diferencias notables en materia probatoria. Mientras se puede tolerar y hasta incitar al activismo judicial en los procesos civiles, promoviendo la iniciativa probatoria de oficio; en el proceso penal el Juez que promueve *per se* la producción de una prueba tampoco pierde imparcialidad; no creemos que con ello se cercene la presunción de inocencia. Por supuesto que esto es discutible, pero marca una línea divisoria.

6.1 Fuentes y medios de prueba

Observemos el caso desde las fuentes y los medios de prueba, porque es diferente la forma como se captura e ingresa al proceso según sea el modelo procesal. Mientras el derecho anglosajón, a través del *common law* ha preferido la libertad del individuo y su derecho a la autodeterminación, sosteniendo la consigna que la libertad de cuerpo y alma es el derecho por excelencia de las personas; sin menospreciar la libertad individual, el *derecho continental europeo* que se ha transmitido a nuestros modelos americanos de enjuiciamiento, ha optado por el bienestar general, solapando sin afrentar, las garantías individuales.

Ello implica una polémica de carácter ético. La autonomía del individuo para tomar decisiones se ve contrastada con el deber del resto de la sociedad de usar su mejor juicio y habilidad para maximizar la eficacia de los medios y fuentes probatorios.

Por ello, los avances científicos y técnicos del momento actual permiten que en numerosas ocasiones el objeto de la prueba sea material biológico de procedencia humana. En estos casos se espera que el perito sea capaz de dilucidar de qué material se trata y/o cuales son las características genético-moleculares que admitan señalar, con niveles de certeza que rayan lo absoluto, de que persona procede dicho material.

Aquí, por ejemplo, no hablamos de invasión alguna en la intimidad de alguien, sino del supuesto de una persona violada que deja rastros de piel humana en sus uñas al tratar de protegerse del agresor.

6.2 Las pruebas biológicas

Tomemos este supuesto como base. En efecto, la pericia nos introduce en el umbral de la genética humana.

En la actualidad numerosos estudios vislumbran nuevos campos relacionados con la manipulación genética y múltiples conductas aparejadas a la misma significan un

impacto en las conductas, obligando a resolver si son delitos tipificados en nuestro Código Penal, o faltas administrativas que merecen reprobación.

Como hemos adelantado el material biológico procedente de una persona convida actualmente múltiples posibilidades analíticas que pueden tener carácter de prueba en el ámbito judicial. Se ha indicado que el valor probatorio de estos estudios está en relación con el rigor científico del método con el que sean tratados.

Estos aspectos son:

a) *Reconocimiento y toma de los indicios de naturaleza biológica*. Esta debe hacerse por personas expertas e instruidas en estas tareas (Policía científica, Guardia Civil etc.), que dejen constancia escrita y fotográfica de la locación de estos en el lugar de los hechos.

b) *Conservación embalaje y transporte*. Son también de suma importancia tanto en sus aspectos prácticos como por el deber de control y custodia. En general las muestras biológicas se conservan bien cuando están desecadas mientras que la humedad y la colonización por hongos y gérmenes desnaturalizan y deterioran a las proteínas.

c) *Estudio científico de los mismos*. La recomendación Nº (92) 1 del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre "Uso del Análisis del ácido desoxirribonucleico (ADN) dentro del marco "judicial", en ella se señalaba la importancia del control científico sobre los laboratorios en los que se realizaran estos estudios, su acreditación oficio la estandarización de las técnicas, los controles de calidad de los resultados o la elaboración y custodia de las bases de datos. No era una normativa vinculante pero venía a señalar la necesidad de que los diferentes países regularan a título particular este importante aspecto procesal.

Desde el punto de vista científico, los propios grupos que trabajaban en la investigación de ADN pusieron en marcha estas tareas de control de calidad del trabajo que realizaban. Así surgieron en EE.UU. y Canadá el TWGDAM (Technical Work Group for DNA Analysis and Methods) y el EDNAP (European DNA Profiling Group) en Europa, siendo el grupo japonés uno de los últimos en incorporarse muy preparados técnicamente y con gran sentido crítico.

d) *Cadena de custodia y contrapericia*. Las garantías científicas de la pericia, deben integrarse con las garantías jurídicas comprendiendo estas a la llamada "cadena de custodia" y a la contrapericia.

La cadena de custodia debe garantizar que el camino que recorren los indicios o muestras desde que se recogen hasta que se conocen los resultados se ha hecho en las condiciones de seguridad y de rigor adecuadas lo cual permite asegurar que el indicio que se estudia en el laboratorio es el que se recogió en el lugar de los hechos y que las condiciones en las que se ha mantenido son las más adecuadas para llegar a buenos resultados.

La contrapericia es la posibilidad de realizar un doble análisis sobre una misma muestra por dos peritos diferentes y/o en dos Centros diferentes, esta es una garantía irrenunciable para el buen hacer de la Justicia.

De lo expuesto, estamos diciendo que son pruebas procesales que se pueden utilizar en el proceso merced a ciertos resguardos que no son totalmente insertos en la garantía de la defensa en juicio, sino en la legalidad del medio de prueba, de manera tal que para ser útil y efectivo, debe garantizar la seguridad.

6.3 La prueba en la óptica del afectado o presunto autor del delito o del hecho que se le imputa

No olvidemos que el encartado descansa en la presunción de inocencia, y en que el sistema probatorio no lo obliga a defenderse probando (como podría ser el caso del proceso civil) porque mientras no se demuestre la autoría, no podrá haber condena.

¿Qué ocurre cuando para probar es necesaria la intervención del afectado? ¿Qué sucede si debemos tomar muestras de piel o sangre para revelar la cadena de ADN y lograr así un resultado científico en el proceso?.

Hay enfoques simples como el control del alcoholismo del conductor, que no se puede resistir al análisis.

También se ha invocado la similitud entre la donación de la muestra y la declaración contra sí mismo, circunstancia que de ser cierta excluiría la obligación de colaboración. A esto ha contestado la jurisprudencia con el argumento de que el sospechoso o imputado al que se solicita la muestra sólo es "objeto material de la comprobación del ADN", hecho que conduce a un resultado que puede ser positivo o negativo, por lo que no es de entrada desfavorable para el sospechoso. Con el análisis se le da la oportunidad de demostrar su inocencia y desde luego "..no es equiparable a la declaración en contra que uno mismo que contempla la Constitución..".

En Argentina, la Corte Suprema en la causa *Vázquez Ferrá, Evelyn Karina* (30.09.2003) sostuvo que la cuestión relativa a la admisibilidad de una extracción compulsiva de sangre ordenada por el juez debía resolverse con arreglo a los principios generales que rigen la admisibilidad de las medidas de coerción en el proceso penal, tanto respecto del imputado como de terceras personas.

En tal sentido afirmó: "*Ciertamente, es un valor entendido que los derechos a la intimidad y a la privacidad, al igual que los demás derechos individuales que la Constitución Nacional garantiza, suponen límites a la averiguación de la verdad real en el proceso penal. Pero también lo es que la propia Constitución admite que la ley autorice en ciertos casos la intromisión de los órganos estatales encargados de la persecución penal en la libertad, la intimidad, la vida privada y demás derechos de la persona en aras de salvaguardar el interés de la sociedad en la investigación y castigo de los delitos.*

"Ello es lógica consecuencia de aquel principio fundamental en virtud del cual los derechos y garantías que la Constitución consagra no tienen carácter absoluto, sino que la ley puede imponer restricciones a su ejercicio que guarden adecuada proporción con la necesidad de preservar los derechos de los demás y los intereses generales de la sociedad (artículos 14 y 28 del texto constitucional y Fallos: 300:67 y 700; 308:814, entre otros)".

Una primera cuestión a resolver consiste entonces en establecer si la extracción compulsiva de una muestra de sangre, a pesar de la intromisión que supone en el cuerpo, la esfera privada y la libertad de la persona que la padecerá, es una de las medidas probatorias que, en virtud de la ponderación de intereses señalada, podría ser autorizada para la averiguación de la verdad en el marco de un proceso penal.

Así, en un caso de características similares, al menos en relación al punto que ahora toca dilucidar, la Corte sostuvo que tales medidas no eran, en sí mismas, incompatibles con el texto constitucional (Fallos, 318:2518). En respuesta a los agravios

introducidos, el Alto Tribunal dijo en aquella oportunidad, que no se observaba la afectación de derechos fundamentales como "la vida, la salud o la integridad física, porque la extracción de unos pocos centímetros de sangre, si se realiza por medios ordinarios adoptados por la ciencia médica, ocasiona una perturbación ínfima en comparación con los intereses superiores de resguardo de la libertad de los demás, la defensa de la sociedad y la persecución del crimen" (consid. 10°, fallo citado).

Y a ello agregó que: *"por no constituir una práctica humillante o degradante, la intromisión en el cuerpo que la medida dispuesta importa, se encuentra justificada por la propia ley (arts. 178, 207 y 322 del Código de Procedimientos en Materia Penal), pues en el procedimiento penal tiene excepcional relevancia y debe ser siempre tutelado el interés público que reclama la determinación de la verdad en el juicio, ya que aquél no es sino el medio para alcanzar los valores más altos: la verdad y la justicia" (consid. 11°, segundo párrafo)".*

"De más está decir que las mismas consideraciones referidas al ínfimo sacrificio que representa la medida frente a la trascendencia de los intereses a tutelar, justifican, asimismo, la restricción que una extracción compulsiva de sangre representa también para los derechos a la privacidad, la intimidad y la libertad del afectado. Con ello, sin embargo, apenas se ha establecido que la toma compulsiva de una muestra de sangre a una persona en el marco de un proceso penal no es incompatible con el respeto de los derechos constitucionales, en tanto guarde una razonable proporción con la necesidad de preservar el interés general en la investigación de la verdad y la aplicación de la ley penal (Fallos: 318:2518, ya citado, y 319:3370)".

Pero cuando se trata de aplicar estos principios a otros supuestos, habrá que ponderar la necesidad y razonabilidad de la medida.

Recordemos que en la causa antes citada se investigaba la presunta sustracción de una menor de diez años a sus padres y su retención por parte del matrimonio imputado, la alteración del estado civil de la recién nacida mediante su inscripción como hija biológica y la consiguiente falsedad ideológica de los certificados de parto y nacimiento y del documento nacional de identidad (artículos 139, 2° párrafo, 146, 293 y 296 del Código Penal).

6.4 La razonabilidad como regla

Ahora bien, si bien es cierto que de lo expresado ninguna duda cabe respecto de la necesidad de la medida para el esclarecimiento de los hechos investigados, también es verdad que *su racionalidad depende adicionalmente de que la decisión de llevarla a cabo encuentre respaldo en una labor de pesquisa previa* que autorice fundadamente a sospechar que los imputados no son los padres biológicos de quien figura legalmente como su hija, y que podrían llegar a ser responsables de alguno de los delitos ya mencionados que se les ha imputado (cf. dictámenes de esta Procuración en los precedentes de Fallos: 318:2481 y 2518; 319:3370).

También es ponderable el grado de sospecha supera con mucho aquél que, conforme a criterios de proporcionalidad, legitima la perturbación ínfima e inofensiva que representa la extracción de unos pocos centímetros de sangre, y que, como enseguida se expondrá, en la doctrina y praxis alemanas, por ejemplo, se satisface con la mera sospecha inicial que basta para la apertura de un procedimiento instructorio.

Por último, también se halla satisfecha la exigencia de que la injerencia en la integridad corporal del afectado guarde una razonable proporción con la gravedad del hecho investigado. La medida ha sido dispuesta para el esclarecimiento de delitos sumamente graves, como lo son la sustracción, retención y ocultamiento de un menor de diez años, la supresión del estado civil, y diversas falsedades documentales en instrumentos públicos destinados a acreditar la identidad.

El derecho jurisprudencial comparado acompaña esta tendencia.

6.5 La prueba ilegítima en el proceso civil

Veamos ahora qué sucede en los procesos civiles o de otra índole privada cuando se quiere aplicar este mecanismo probatorio. En este campo, la ilegalidad se relaciona con la ausencia de consentimiento, o la toma de muestras indiscriminadas que impactan con sus resultados, pero sin dar seguridad en los resultados ni vincular las conclusiones más allá del significado que obtengan como testimonio o indicio.

En conclusión, en las actuales circunstancias, el principio de la libertad individual queda sometido al deber de saber la verdad por los medios disponibles que el Juez persevere en su producción.

Si no hay consentimiento: habrá presunción en contra del renuente; si no hay colaboración: tampoco la extracción de muestras compulsivas encuentra limitaciones constitucionales.

Efecto necesario de esta apertura es la proyección que tienen los resultados para variar investigaciones debilitadas por la inseguridad de las conclusiones habidas; por eso, las pericias biológicas sacuden con sus revelaciones el efecto de la cosa juzgada, y admiten revisiones de sentencias logradas en base a metodologías superadas.

Todos estos planteos se explanan y dan actualidad a uno de los aspectos quizás más polémicos e inciertos del derecho probatorio. Nos referimos a la apreciación de la prueba y los sistemas disciplinados en los códigos procesales.

Nos preguntamos ¿acaso la libre apreciación de la prueba, merced a la aplicación de la sana crítica, no se conmueve con la seguridad que aportan las pruebas biológicas? ¿no es un enfrentamiento entre la apreciación razonable y la seguridad que se transmite desde la prueba biológica, cual si fuera una prueba legal?.

Capítulo XXV

LA PRUEBA EN LOS PROCESOS CONSTITUCIONALES

1. Generalidades

En los procesos constitucionales la prueba tiene objetivos diferentes a los que presenta un proceso común controversial. No solo es el objeto a probar, sino la obligación que asumen quienes en el proceso intervienen para verificar la procedencia de sus pretensiones; vale decir, la carga de la prueba tiene connotaciones distintas; así como, en el tramo final, la apreciación sobre los medios y la actividad desenvuelta, también encuentra particularidades que definen la singularidad de la prueba en los procesos constitucionales.

Dicho esto corresponde precisar cada una de las afirmaciones. En efecto, Latinoamérica tiene explicaciones distintas sobre el significado de "proceso constitucional", porque algunos lo reducen a los procedimientos destinados a concretar el control de constitucionalidad, y otros lo afincan en procesos especiales como el amparo, el hábeas data o el hábeas corpus.

No faltan quienes haciendo una lectura expansiva del concepto lo encolumnan con los procesos colectivos, y particularmente, en los que tutelan los derechos e intereses de usuarios y consumidores; la protección del ambiente; o la justiciabilidad de los derechos sociales, económicos y culturales.

La diferencia primera parece estar en que, si en un proceso de conocimiento ordinario se pretende que las partes demuestren al juez la verdad de sus afirmaciones o confirmen las versiones que sostienen; en los juicios constitucionales el objeto a probar radica, antes que en una situación de hecho, en la crisis del derecho constitucional que se ve afectado o amenazado manifiestamente.

Significa, entonces, que ambas partes deben solidarizarse en la persecución del fin probatorio, sin defender condiciones de validez que sean contrarias a la supremacía de las normas fundamentales.

2. Las diferencias de probar en los sistemas

Si el punto de partida es el control de constitucionalidad y los modelos que se aplican, las dos cuestiones principales de estudio son: *a)* la magistratura constitucional; *b)* el sistema procesal específico.

El primer aspecto no tiene simetrías, porque el patrón jurisdiccional concentrado piensa que el mejor modelo para llevar a cabo esa tarea de fiscalización de la supremacía constitucional debe estar en un solo órgano de justicia; mientras que el control difuso acepta y permite que esa función la concreten, con pocas limitaciones, todos los jueces que actúan en conflictos constitucionales. Si el tema se focaliza en la prueba, la diferencia se tendrá que encontrar en definir si el proceso constitucional, en uno y otro sistema, es un litigio entre partes.

En cambio, el segundo problema es más importante por la variedad de situaciones que debe afrontar. El esquema procesal no es otra cosa que el proceso constitucional con sus reglas y principios, y como no existe un programa común

predispuesto de manera general, los puntos de análisis se abren a varias situaciones: *1)* los poderes del Juez constitucional; *2)* la legitimación para actuar; *3)* los contenidos de la sentencia constitucional; *4)* los alcances y efectos de la cosa juzgada, entre otros.

De ellos, la cuestión probatoria tiene un énfasis particular, porque la cuestión de constitucionalidad no es simétrica en los conflictos, de modo tal que, cuando se analizan hechos la actividad es distinta de cuando se estudian derechos.

Ahora bien, estas diferencias de sistemas no pueden alimentar la creación de procesos constitucionales distintos porque esencialmente tienen como destino iguales funciones. Vale decir que el proceso de amparo, hábeas corpus, protección de datos personales, acciones colectivas, recursos de inconstitucionalidad, etc., tal como cada uno se conoce en el derecho comparado, debieran armonizar sus dimensiones con el fin de evitar interpretaciones disímiles (reglas del debido proceso, carga de la prueba, alcance y extensión de la cosa juzgada, etc.), aunque sea lógico que el estudio comparado permita observar cada uno con la perspectiva de sus reglas complementarias (v.gr.: un recurso solitario de inconstitucionalidad puede ser la última herramienta a utilizar contra una ley que se ataca en vías anteriores, sean éstas concurrentes o paralelas).

Es decir, uno de los puntos cruciales que se deben resolver es la interpretación de lo que se entiende por "debido proceso" y, en cuanto refiere a este ensayo, al problema de determinar el objeto de la prueba en los procesos constitucionales.

No obstante, al juez constitucional no se le establecen reglas insalvables, porque el poder principal a desarrollar está en la *interpretación judicial*, y con ello cada sistema admite modalidades para el uso y la aplicación de esa potestad jurisdiccional.

Conviene recordar que los modelos de las magistraturas constitucionales van desde las *ordinarias* (Estados Unidos, Brasil, Argentina y Venezuela), *especializadas* (México), *autónomas* (España y Perú), *subordinadas* (Colombia y Alemania), o *divididas* en Salas Constitucionales dentro del Superior Tribunal de cada país, como es el caso de Costa Rica.

Y finalmente, como dicha interpretación o lectura de las normas fundamentales tiene guías o pautas superiores, surge el llamado *derecho procesal transnacional* que establece desde jurisdicciones axiológicas como son la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, una suerte de jurisprudencia vinculante que tiende unificar las reglas de interpretación cuando se trata de resolver sobre derechos de las personas.

3. Visiones diferentes para un mismo problema

La diferencia señalada en torno a la forma de ejercer el control de constitucionalidad provoca fisuras en la determinación del poder que tiene el juez en los procesos constitucionales; y en la actividad que le corresponde a las partes dentro de cada mecanismo.

Cuando el enfoque es normativo, la solución llega con la ley reglamentaria; salida que no siempre es conveniente ante la politicidad que tienen las normas dispuestas para controlar la actividad judicial cuando disciplina la aplicación, en casos concretos, de la Constitución de un Estado.

En cambio, en sistemas polifacéticos donde conviven procesos especiales y poderes propios afincados en un órgano particular (Tribunal Supremo que ejerce la

fiscalización; Sala de una Corte Suprema; Tribunal de apelación, etc.), la diversidad lleva a ocuparse de los principios y presupuestos que regulan el proceso constitucional.

De este modo, la primera cuestión que se presenta radica en la forma de actuar dentro de un conflicto de constitucionalidad. Cuando el problema se exterioriza como una abstracción que persigue resultados *erga omnes*, pareciera que la función de las partes queda relegada porque se prefiere la actividad puramente individual del juez o tribunal constitucional que resuelve desde la interpretación empírica; en cambio, si la afectación o amenaza es individual, la controversia constitucional presenta un conflicto entre partes bien diferenciadas: la que sufre el acto lesivo, y el que lo produce, debiendo quedar resuelto el derecho que tiene cada uno.

La prueba, en cada situación, exige acreditaciones que no son parejas. El caso general suele expresar un dilema genérico cuyo alcance trasciende la esfera de lo particular, que es propio en las cuestiones del derecho singularmente afectado.

Ahora bien, un planteo como éste no se puede responder con la teoría general, precisamente, porque ésta se fundó sobre el derecho subjetivo, desde el cual los códigos procesales tutelan al individuo que se encuentra directamente privado de un derecho que le es propio y exigible. Justamente, la teoría de la prueba parte de obligar a quien afirma que un derecho le es vulnerado, a justificar su titularidad y privación, concreta y actual.

Mientras que la constitucionalización persiguió un objetivo más amplio, como fue generalizar con principios y garantías los derechos del hombre que, en un primer tiempo, fue diferenciado del ciudadano. Tiempo después, la protección se generalizó con los derechos humanos. Sin embargo, la protección procesal dispuesta fue vaga e imprecisa, porque se dieron nociones sobre el debido proceso, pero jamás se tuvieron reglas para el debate constitucional; en consecuencia fue común aplicarle el sistema más conocido, como fue el estándar del proceso civil bilateral y contradictorio. Aquí la prueba funciona, como se dijo recién, como una cuestión exigible, una auténtica carga u obligación de carácter procesal.

Por ello no es baladí recordar el origen del problema planteado, para desde allí observar diferencias que pueden quedar resueltas con reglas y principios para la prueba en los procesos constitucionales.

3.1 La jurisdicción constitucional

El movimiento revolucionario de fines del siglo XVIII significó tanto en Europa como en América una toma de posición distinta respecto a la confiabilidad que tendrían los jueces en el modelo de Estado que se conformaba.

La historia la hemos señalado en otras oportunidades [521], y sirve para recordar una vez más, que la diferencia entre “confiar” y “no confiar” no se puede tomar como una anécdota del destino, porque trasciende y caracteriza uno y otro mecanismo.

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

---

[521] Gozaíni, Osvaldo Alfredo, *La justicia constitucional*, editorial Depalma, Buenos Aires, 1997. También en *Derecho Procesal Civil*, tomo I volumen 1, editorial Ediar, Buenos Aires, 1992; *Derecho Procesal Constitucional*, editorial de Belgrano, Buenos Aires, 1999, entre otros.

lo que era lógico si era considerado que los jueces no tenían elección democrática y, por tanto, no contaban con el favor del pueblo (Rousseau). La idea sostenía una protección política clara y concreta, como lo expuso la primer Constitución de Francia y fue el modelo que adoptaron algunos países americanos (Chile, Uruguay y Perú) hasta sus reformas en las décadas iniciales del siglo XX.

El proceso civil se adoptó como una lucha entre partes bien definidas que debían acreditar (legitimación ad causam) la personalidad con que actuaban y demostrar la razón de sus derechos. La técnica fue preponderante, al punto que se habló del sofismo procesal, porque la controversia se planteaba entre versiones que se confirmaban con la actividad desenvuelta, la cual era muy distante de la verdad, toda vez que ésta no era una exigencia para juzgar.

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 nunca se llevaron a cabo por "procesalistas" sino a través de "civilistas" "historiadores del derecho" o juristas de la filosofía que daban explicaciones puntuales al porque el poder probatorio no era una potestad de interpretación sino una lógica de la discrecionalidad judicial tolerada.

De este encuadre surgió una senda paralela que no reconocía encuentros. Por una vía se recorrían los problemas constitucionales que debieron resolver los Tribunales Constitucionales; y por otra los conflictos particulares que se explanaron en los procedimientos ordinarios. En el primero la prueba no fue necesaria porque era una cuestión de supremacía entre derechos; en el restante, se convirtió en un deber de verificación, porque la afirmación no demostrada, fue suficiente para revertir el derecho pretendido.

En Estados Unidos, en cambio, los jueces fueron parte del movimiento revolucionario, 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 pueden 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.

Como la cuestión de suscitaba dentro de una controversia entre sujetos, fue deber de las partes aportar la prueba de sus derechos, sin que el juez tuviera más poder que el de la propia interpretación.

El modelo americano, propio del *common law*, destacó el poder de los jueces para resolver, pero dejó en manos de las partes el debate técnico.

Entre estos dos modelos, tradicionalmente llamados: *político* y *jurisdiccional* transitó el siglo XIX. 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, debían establecerse.

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 debía dejar esa acción en manos del mismo órgano que gestaba 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.

No obstante, el contexto y las circunstancias permitieron consagrar el sistema, al punto que el desarrollo de la justicia constitucional tiene como punto de partida el estudio sobre el Tribunal Constitucional. Aquí las definiciones sobre la prueba no fueron necesarias, porque cuando la controversia era individual, las reglas fueron las del proceso civil, sin ningún aditamento ni particularidad.

En cambio el sistema americano generó una confusión, porque la defensa de la Constitución se provocaba a instancia de parte dentro de un proceso individual de naturaleza ordinaria (no constitucional), donde el juez fallaba según lo alegado y probado por las partes. Esto que fue razonable y preciso dentro del *common law*, se pretendió aplicar en Latinoamérica, que habiendo adoptado para sus procedimientos la Ley de Enjuiciamiento Civil española, agregó asimismo los llamados procesos constitucionales de defensa del derecho subjetivo público (o derechos fundamentales, si se prefiere la extensión), con iguales reglas de bilateralidad y contradicción, tornando elusivo e indirecto, el control de la constitucionalidad de las leyes y la aplicación, sin remilgos, del principio de la supremacía constitucional.

Es decir, se adoptó un modelo de controversia que dejó en manos de las partes toda la actividad posible (no solo porque el principio dispositivo acotó el margen de actuación jurisdiccional, sino también, porque el principio de congruencia le impedía al juez resolver sobre capítulos no propuestos); la prueba fue, entonces, un problema técnico, antes que una cuestión constitucional.

3.2 La actividad probatoria en cada sistema

La diferencia normativa también es metodológica, porque el Tribunal Constitucional europeo trabaja con estándares distintos al sistema difuso. Ellos trascienden la solución del caso “in abstracto” o en concreto, para asentar en una dimensión política los resultados de la interpretación.

Además, el tribunal constitucional no tiene plenitud jurisdiccional (no son jueces, *lato sensu*), y se ubica en la clásica tripartición del poder, como un órgano ajeno que recibe tantas potestades que puede anular con sus sentencias, las que dicte cualquier Tribunal jurisdiccional del Estado.

Como al tribunal constitucional no le interesa la prueba de los hechos (dicho esto con la generalidad del aserto, reconociendo su limitación y error cuando se quiere aplicar al amparo constitucional), ésta actividad carece de importancia en la dimensión de lo que viene expuesto como manifiesto.

En cambio, cuando aplicamos la idea al control de constitucionalidad difuso, claramente se advierte la importancia de la prueba, y su incidencia plena para lograr que se consagre el principio de la supremacía constitucional.

Luego, la relación permite deducir que: *los jueces ordinarios siempre aplican la ley; los jueces constitucionales deben interpretar la ley*.

De este modo, la misión de los tribunales constitucionales también es resolver conflictos, aunque no sea en el marco de una controversia entre partes, sino sobre una cuestión abstracta de efectos generales y expansivos. Por eso, es una tarea jurisdiccional en un proceso constitucional con principios y presupuestos diferentes.

En cambio, la interpretación de la ley por "todos los jueces" (control difuso) tiene diferencias en el modelo. Como regla, el análisis no es general sino concreto porque se deduce en una causa determinada y la solución es para el conflicto; quiere decir que, la cosa juzgada solo alcanza a las partes y, en su caso, no hay declaración de inconstitucionalidad sino de inaplicación de la ley al supuesto donde resuelve.

La dualidad permite observar que los conflictos potenciales que suceden en uno u otro mecanismo, es amplio e indefinido, en la medida que las cuestiones constitucionales están siempre presentes en todo tipo de antagonismos.

Por tanto, mientras el sistema europeo ha procurado señalar las atribuciones de los Tribunales Constitucionales ofreciendo desde la ley orgánica respectiva un señalamiento puntual de sus incumbencias (por ejemplo: aparte de la revisión de la constitucionalidad de las leyes, fiscalizar la regularidad de los procesos electorales; o que no se afecte la garantía de la autonomía de los municipios; así como declarar la inconstitucionalidad de partidos políticos o el enjuiciamiento penal de los altos cargos del Estado, etc.), en América no se han dado pautas más que para resolver cuándo y cómo se puede solicitar a un juez ordinario que actúe directamente en un proceso constitucional (v.gr.: amparo, hábeas corpus; acción de cumplimiento, etc.), sin perjuicio de las indicaciones específicas que tienen las leyes que han dado moldes diferentes aunque basados en la dinámica del control concentrado de la constitucionalidad de las leyes.

Pero ésta es una historia tradicional. La realidad nos muestra que se avanza notablemente en ambos modelos. No se trata, actualmente, de trabajar *ex post facto* ni de prevenir con los tribunales constitucionales la eventual contrariedad constitucional. Ello se advierte con la evolución significativa de los derechos humanos que vienen a instalar la necesidad de actuar rápidamente y con eficacia sobre las opresiones que tiene o tienen el afectado o afectados, respectivamente.

Se propicia un activismo, prudente y razonado, pero atento y servil con una misión más encumbrada: proteger los derechos de las personas.

4. La prueba en los conflictos abstractos y concretos

La eventual diferencia entre cuestión abstracta de inconstitucionalidad, que no exige de prueba más que la manifiesta; y el conflicto individual de la persona afectada en sus derechos constitucionales, con la necesidad de demostrar que el acto lesivo es arbitrario y ostensible, gravando en forma actual o inminente un derecho que les propio, no tiene en la actualidad precisión técnica.

En efecto, cuando la pretensión resiste una norma de alcances generales sin pedir beneficios restitutivos o particulares, suele decirse que por la abstracción del resultado no es necesario tener al trámite como un proceso, en la medida que no hay partes porque el interés es público y generalizado. Mientras que el conflicto que suscita una controversia entre personas definiditas, asocia de inmediato el interés con el concepto de parte, lo cual es erróneo como pauta de separación entre ambos procesos ([522]).

Por ejemplo, en la ciudad autónoma de Buenos Aires, establece la Constitución local en el art. 113.2 que el Superior Tribunal de Justicia interviene, con competencia originaria y exclusiva, en las acciones declarativas contra la validez de leyes, decretos y cualquier otra norma de carácter general emanada de las autoridades de la ciudad, que sean contrarias a la Constitución Nacional o local. Es éste un proceso entre partes (el demandante y el Gobierno autónomo) que no pierde las reglas lógicas de la verificación de los extremos fácticos y jurídicos que impactan el los derechos y garantías que la Norma Fundamental consagra.

No obstante, se puede encontrar cierta razón a la exclusión probatoria cuando se analiza la cuestión de inconstitucionalidad dentro de los sistemas concentrados. Explica Pérez Tremps que […] "desde el punto de vista de la cuestión de inconstitucionalidad ésta comporta, pues, la existencia de un doble juicio y, también, de un doble proceso. Por un lado. El juez ordinario que suscita la cuestión lo hace porque, en un proceso del que conoce, le surge la duda de constitucionalidad (proceso ordinario o proceso *a quo*). Por otro lado, el planteamiento de la cuestión ante el Tribunal Constitucional desencadena la apertura de otro proceso, el proceso *ad quem*, que es el auténtico proceso constitucional, cuyo objeto consiste sólo y exclusivamente en determinar si la regla cuestionada es o no contraria a la Constitución…" ([523]).

De todos modos, la regla probatoria se suple con el deber de oír a las partes y al Ministerio Fiscal, trámite que debe satisfacer las dos funciones esenciales de la cuestión ante el Tribunal Constitucional: una que corresponde al cumplimiento efectivo de la garantía de audiencia, donde cada uno pueda fundamentar las razones y argumentos que sostienen sus respectivas pretensiones; y la otra, que sostiene la necesidad de resolver el problema constitucional conociendo definidamente las posiciones sustentadas.

El Tribunal Constitucional español ha dicho que, la importancia de la audiencia no se puede minimizar reduciéndola a un simple trámite carente de trascendencia. Las alegaciones habrán de versar, fundamentalmente, sobre la vinculación entre la norma citada y apreciada por el juez como cuestionable y los supuestos de hecho que se dan en el caso sometido a su resolución, así como sobre el juicio de conformidad entre la norma y la Constitución, lo que requiere que la providencia que otorga la audiencia

---

[522] Dice Ana Giacomette Ferrer que: "[…] se tiene que en el proceso de control abstracto de constitucionalidad sí hay partes: una, que demanda la constitucionalidad de una norma y, otra, que no quiere que se declare la inconstitucionalidad de esa norma; en otras palabras, habrá unas personas que atacan una ley por considerarla inconstitucional y otras que se aprestan a defenderla; pero todos movidos por un interés general, común, difuso, en donde opera una legitimación en la causa extensiva, amplia, para interponer la acción…" (*La prueba en los procesos constitucionales*, editorial Señal – ediciones Uniandes, Bogotá, 2007, p. 118).

[523] Pérez Tremps, Pablo, *La cuestión de inconstitucionalidad en el derecho español*, en "El Derecho Procesal Constitucional Peruano – Estudios en homenaje a Domingo García Belaúnde" (José Palomino Manchego - coordinador), editora jurídica Grijley, Lima, 2005, tomo II ps. 778/9.

especifique los preceptos legales cuestionados y las normas constitucionales que el juez estima de posible vulneración por aquéllos ([524]).

La polaridad que muestran esquemas difusos plenos y concentrados totales, tiene un punto intermedio con los mecanismos latinoamericanos que suelen llamarse sistemas mixtos.

La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Venezuela actúa como Tribunal Constitucional; tiene poderes anulatorios para una amplia gama de leyes, decretos de distinto origen y naturaleza, encontrándose regulado el procedimiento desde el año 2004, en la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia. Tiene muchas particularidades, entre ellas, el principio general de la imprescriptibilidad de la acción y el derecho de pedir para un amplísimo campo de legitimados que convierte al proceso en una verdadera acción popular.

Pero donde anida la condición de proceso antes que de un mero procedimiento de gestión o revisión constitucional, es en carácter bifronte del litigio, pues la demanda de anulación (inconstitucionalidad) se confronta con las peticiones o defensas del Fiscal General y el Procurador General, sin perjuicio de llamar al proceso a todos los interesados eventuales y posibles.

La etapa probatoria, aunque restringida al dictamen de expertos, el reconocimiento judicial, y las pruebas documentales aportadas (no se admite la absolución de posiciones), encuentra un amplio poder de investigación, porque en cualquier estado de la causa, el tribunal puede solicitar información o hacer evacuar de oficio las pruebas que considere pertinentes.

Sin embargo, el período probatorio se reserva como potestad de las partes, y únicamente procede a pedido de éstas. Vale decir, la cuestión de constitucionalidad queda peligrosamente en manos del particular, pues en caso de que no se planteen defensas o que sean ellas resueltas en el mismo acto de la audiencia, el acto público continúa interrogando el tribunal a las partes acerca del interés que tengan en la apertura del lapso de prueba. Si alguna de ellas lo solicita, deberá indicar los hechos que estima necesario probar e informará acerca de las pruebas que estime pertinentes ([525]).

En fin, la multiplicación de ejemplos nos llevaría a comparaciones innecesarias, por lo cual es conveniente verificar cuál es la tendencia que tiene la producción probatoria en los procesos constitucionales de cualquier naturaleza.

Dice Colombo Campbell que […] “actualmente se considera a la prueba como una carga procesal, lo que significa que si no se rinde, precluye la oportunidad. En los procesos constitucionales, el conflicto a decidir presenta un mayor énfasis en materias de derecho que en situaciones de hecho, toda vez que versas sobre la aplicación o interpretación de la Constitución Política, áreas en las cuales hay pocos hechos que demostrar. No obstante, esta etapa no puede eliminarse ya que si hubiere hechos controvertidos, el derecho a la prueba constituye un presupuesto del proceso. Es por ello que para responder a una de las exigencias elementales del debido proceso, el

---

[524] STC 166/1986; ATC 185/1990 y jurisprudencia allí citada.

[525] Cfr. Revista de Derecho Público, nº 99-100, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2004, ps. 254 y ss. También ver: Brewer Carías, Allan R., *La Justicia Constitucional (Procesos y Procedimientos Constitucionales)*, Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional, nº 20, Porrúa, México, 2007, p. 327.

procedimiento constitucional debe necesariamente considerar una etapa de rendición de la prueba" ([526]).

La conclusión se enfrenta con una regla práctica según la cual, en materia de acciones de garantía contra actos, no hay etapa probatoria por la necesidad de actuar rápidamente en la protección de derechos constitucionales, más allá de la documental adjunta con la demanda de protección.

El código procesal constitucional del Perú recoge la experiencia y sostiene que […] En los procesos constitucionales no existe etapa probatoria. Sólo son procedentes los medios probatorios que no requieren actuación, lo que no impide la realización de las actuaciones probatorias que el juez considere indispensables, sin afectar la duración del proceso. En este último caso no se requerirá notificación previa ([527]).

5. Los problemas particulares de la prueba

Cuando el quid probatorio se aplica a las cuestiones abstractas o concretas de inconstitucionalidad, el absurdo es inmediatamente advertido. Razón que se tiene en cuenta para modelar la etapa de verificación con poca severidad y menores exigencias ante lo manifiesto y evidente que se denuncia.

En cambio, cuando la cuestión es concreta, surgen rápidamente los principios del proceso tradicional:

-El que afirma debe probar

-Debe acreditar la titularidad de la acción

-No tiene acción quien no es dueño del derecho

-Debe ser el afectado o quien tiene el perjuicio directo

-Debe verificar que el caso sea actual o que el acto lesivo sea continuo

-La actividad probatoria le corresponde en exclusividad

-La falta de prueba es una presunción en su contra

-La prueba se valora con el principio de validez de las normas cuestionadas

-La prueba debe revertir el principio de ejecutoriedad inmediata de los actos o leyes cuestionadas

Estas particularidades, que no son únicas, revierte la eficacia del proceso constitucional, porqué lo instala como un procedimiento de verificaciones que solo beneficia a quien produce, por acción u omisión, el acto lesivo.

5.1 El origen de la cuestión

Quizás, la fuente o germen de la cuestión asienta en que el modelo que recibió Latinoamérica para sustanciar todos sus conflictos fue la Ley de Enjuiciamiento Civil Española del siglo XVIII (de 1855 o de 1881, según la influencia habida tras la

---

[526] Colombo Campbell, Juan, *El Debido Proceso Constitucional*, Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional, nº 19, Porrúa, México, 2007, p. 107.

[527] Cfr. Ortecho Villena, Víctor Julio, *Procesos constitucionales y su jurisdicción*, editorial Rhodas, 9ª ed. 2004, p. 103.

conquista), que era el único sistema conocido en tiempos de organización institucional, y diametralmente opuesto al esquema recreado en el "*common law*", que tan bien se explicó en "*Marbury vs. Madison*".

Así como explicamos la variable para el derecho constitucional en sus sistemas de control; la problemática procesal centró el enfoque en un trámite sustanciado entre partes, donde el derecho fue usado como un arma en el debate concebido como una lucha entre dos, frente a un tercero inerte que solamente debía resolver "aplicando el derecho"; como el derecho era –como se dijo- el arma que inviste al guerrero (Savigny), no ganaba quien tenía razón, sino quien mejor la usaba.

Nuestros códigos latinoamericanos fueron recipiendarios de la doctrina española emergente de la ley de enjuiciamiento civil de 1855 y de 1881, siendo en ambos casos un modelo estanco que trabajó sobre la base de un juez presencial, poco activo, cuya única función era que la ley rigiera en caso concreto en análisis, y donde los tribunales de apelación fueron los formadores de la ideología o doctrina legal.

Como se ve, un modelo bien diferente al poder del Juez de primera actuación, como tiene el *common law* americano, que hace prevalecer la autoridad de la sentencia (*stare decisis*) por sobre la declamación doctrinaria.

Una vez más, los temas de interpretación de la ley constitucional quedaron huérfanos de contenido sino eran planteados por los litigantes. Las cuestiones abstractas no fueron problemas de la jurisdicción, y así como en Europa se delegaban las resoluciones en Tribunales Constitucionales; en América la supremacía se resolvía en casos concretos, porque lo general y omnicomprensivo era materia de la administración o del Parlamento.

5.2 El derecho a probar

Pero la situación cambia cuando se democratiza cada Estado latinoamericano, y comienzan a tener un valor intrínseco los procesos constitucionales. El principio de la regla constitucional ([528]) desplaza la actividad probatoria formal y reglada, lo que no significa que los límites impuestos puedan socavar el derecho a defenderse a través de los esfuerzos verificatorios que se intenten y promuevan.

Básicamente el derecho consiste en admitir todas las pruebas que sean lícitas y pertinentes, siempre que se puedan practicar. Se trata de hilvanar la propuesta con la producción, y en materia penal se hace extensivo a criterios abiertos que actúan como complementos de la prueba, como los indicios y las presunciones.

Pico i Junoy estudia el principio y sostiene que, el derecho a la prueba es aquél que posee el litigante consistente en la utilización de los medios probatorios necesarios para formar la convicción del órgano jurisdiccional acerca de lo discutido en el proceso [...] El carácter subjetivo del derecho a la prueba se manifiesta en que su ejercicio requiere la voluntad de una de las partes, pues éstas son las que tienen el poder de proponer el medio probatorio que pretenden sea admitido, practicado y valorado judicialmente. En consecuencia, el derecho a la prueba implica, en primer lugar, el derecho a que se admita toda aquella prueba que, propuesta por alguna de las partes, respete los límites inherentes a la actividad probatoria y los debidos a los requisitos

---

[528] Cfr. Gil Domínguez, Andrés, *La regla de reconocimiento constitucional argentina*, editorial Ediar, Buenos Aires, 2007.

legales de proposición. En segundo lugar, supone que el medio probatorio sea practicado, pues, en caso contrario, estaremos en presencia de una denegación tácita del mencionado derecho...[...] Por último, debemos destacar que el derecho a la prueba puede, en ocasiones, alcanzar a las diligencias para mejor proveer...En consecuencia, el derecho a la prueba no supone, *a priori*, un derecho a la realización de las diligencias que, para mejor proveer, soliciten las partes [...] En último término, el derecho a la prueba conlleva que el medio probatorio admitido y practicado sea valorado por el órgano jurisdiccional (valoración motivada que tiene lugar en la sentencia) ya que, en caso contrario, se le estaría sustrayendo toda su virtualidad y eficacia ([529]).

Por eso, cuando uno refiere al derecho fundamental (constitucional) a la prueba, realiza un esfuerzo de síntesis en lo que significa ofrecer, probar, persuadir y obtener un resultado por la tarea de convencer probando.

Significa tanto como advertir que la búsqueda de la verdad que permita dictar una sentencia ajustada a hechos ciertos debe celebrarse en el interés común de todos los operadores jurídicos y no, solamente, como el producto de satisfacción entre litigantes enfrentados.

Por tanto, la garantía opera como salvaguarda del derecho de defensa, al establecer principios de naturaleza superior a las simplemente adjetivas o rituales, como son las de impedir que se apliquen en la sentencia hechos que no están probados, o que se valoren hechos inexistentes, o en su caso, que se consideren pruebas ilegítimas o que no hayan tenido control bastante o suficiente de la parte contra quien se oponen.

En consecuencia, el derecho constitucional a la prueba es un derecho que transita por una avenida de doble mano: por una vía, acompaña el interés del Estado, representado en el juez, para lograr certeza suficiente y sentenciar sin dudas razonables; por otra, recorre el interés de las partes para que la actividad probatoria responda a consignas invariables: libertad de la prueba; control de las partes; producción específica; y apreciación oportuna y fundamentada.

La jurisprudencia local afirma, en esta propuesta abierta, que el ejercicio de la potestad disciplinaria requiere la vigencia de los principios esenciales del debido proceso legal, permitiendo al imputado ejercer el inviolable derecho de defensa mediante una adecuada participación en el sumario que le asegure primordialmente la oportunidad de ser escuchado y de ofrecer y producir pruebas de descargo a su favor (C. Fed. Córdoba, Sala Civil y Com., 1983/10/18, "*Amado, Ramón J. c. Obras Sanitarias de la Nación*", LLC, 984-698).

Es el mismo respeto de la garantía de la defensa en juicio que se reclama para la observancia de las formas sustanciales del proceso penal relativas a la acusación, defensa, prueba y sentencia.

En efecto, las garantías del debido proceso y la defensa en juicio exigen que la acusación describa con precisión la conducta imputada, a los efectos de que el procesado pueda ejercer en plenitud su derecho de ser oído y producir prueba en su descargo, así como también el de hacer valer todos los medios conducentes a su defensa (CS, 1992/09/01, "*González, Hilario R.*", La Ley, 1993-B, 49 - DJ, 1993-2-422).

En suma, la idea que aflora de estos conceptos se concreta al sostener que, el proceso no debe conducirse en términos estrictamente formales con menoscabo del

---

[529] Pico i Junoy, Joan, El derecho a la prueba en el proceso civil, editorial Bosch, Barcelona, 1996, ps.157 y ss.

valor, justicia y garantía de la defensa en juicio y por ello, no debe desentenderse a la verdad jurídica objetiva de los hechos que de alguna manera aparecen en la causa como decisiva relevancia para la pronta decisión del litigio.

De alguna manera, esta tendencia consolida la buena doctrina que explica la Corte Interamericana de Derechos Humanos cuando instala en el campo de la prueba, la obligación de no privar a las partes (y a su descendencia directa e indirecta) el derecho a saber la verdad (cfr. Casos *Niños de la Calle* y *Barrios Altos*).

6. Principios y reglas particulares de la prueba en el proceso constitucional

En orden a establecer singularidades que diferencien la actividad probatoria del proceso constitucional respecto del proceso civil y/o penal, es preciso establecer algunos puntos de partida.

La teoría general de la prueba puede ser útil en algunos aspectos, pero las reglas deben ser aplicadas atendiendo la finalidad y esencia de la verificación que se pretende. Por eso hay cuestiones distintas que se han de reseñar a continuación:

6.1 Principios generales que no se pueden aplicar

La teoría general sostiene el principio de contradicción permanente, el que afirma debe probar, congruencia entre lo pedido y lo que se resuelve, no hay juicio sin actor, no puede el juez promover de oficio una causa, la sentencia alcanza solamente a quienes son partes litigantes, la cosa juzgada excepcionalmente afecta a terceros, derecho al recurso, agotamiento de todas las instancias posibles, ejecución a instancia del interesado, etc. etc.

Todos estos principios no tienen plena adecuación en el proceso constitucional.

En efecto, la premisa es diferente a la que señala la dogmática porque un proceso constitucional se resuelve protegiendo los derechos del hombre de las amenazas o agresiones directas o indirectas que el Estado o los particulares generan a través de sus 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 in canjeable, 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 otro principio procesal desajuste la finalidad del proceso constitucional: el principio dispositivo. Según él, 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.

En el proceso constitucional 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.

Inclusive, la afirmación precedente no sería adecuada en sentido estricto en los sistemas de control de constitucionalidad concentrado donde no hay controversia entre partes, sino conflictos de constitucionalidad que habilitan la actuación de un órgano diferente a judicial ordinario para que interprete la adecuación de la ley a la Constitución.

6.2 Carga y valoración de la prueba

Es verdad que las alegaciones de partes se verifican y confirman con la actividad probatoria de quienes las manifiestan. Es una lógica de los hechos que trabaja sobre el carácter bilateral del litigio, donde al Juez se lo convence probando.

Pero en los procesos constitucionales, inclusive los que trascienden la mera denuncia de inconstitucionalidad y asientan la crisis en la violación o amenaza de un derecho fundamental, la prueba no puede quedar como un deber, carga u obligación individual.

Al Estado le importa identificar si existe o no una cuestión constitucional, por eso, suele hablarse de un derecho constitucional a la prueba.

El derecho a probar es una parte del debido proceso, tal como lo ha subrayado la jurisprudencia de nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación. Ello importa abandonar la idea probatoria como un acto del proceso, para tenerlo dentro de las garantías del derecho de defensa y, como tal, un reaseguro del debido proceso adjetivo.

La otra faceta de esa necesidad alienta conseguir una modificación en reglas y principios de la verificación probatoria, en miras a dotar al procedimiento de una mayor cercanía con la verdad que debe descubrirse. Es decir, si la prueba sigue vista como un proceso de acreditación de afirmaciones a cargo exclusivamente de las partes, es posible que el acierto logrado, en los hechos personifique un absurdo, porque el juez estará ausente en la aclaración.

En cambio, si se considera el modo de componer el litigio y la calidad del *opus decisorio*, podrá admitirse que las seguridades aumentan porqué el juez estará sobre los hechos que él necesita confirmar.

Reiteramos que no se trata de revertir principios claros y precisos como la "carga de la prueba", sino de reconducir el objeto de la prueba. Mucho más cuando se trata de conflictos constitucionales.

Finalmente, la valoración probatoria debe estar exenta del mentado principio que sostiene que la falta de prueba es contraria a una sentencia favorable; precisamente se trata de trabajar sobre una presunción (o presupuesto procesal) que es el principio "*pro homine*", según el cual en caso de duda, se debe estar por la protección del derecho.

Capítulo XXVI
LA PRUEBA CIENTÍFICA

1. Introducción

Las pruebas científicas son medios de prueba, y así deben considerarse en el aspecto de la producción efectiva; la diferencia está en el sistema de apreciación que, por el valor intrínseco de las conclusiones, justamente científicas (serias e irrefutables), no permiten utilizar estándares de libertad como en las demás verificaciones, porque se parecen demasiado a las antiguas pruebas legales. Es decir, no obligan a seguirlas, pero apartarse de ellas sin justificación razonable y fundada, puede ser un motivo de arbitrariedad o ilegalidad.

Por tanto, el primer problema a resolver estriba en ubicar con exactitud el plano de entendimiento sobre qué es y cuando lo es: prueba científica. Luego, es necesario resolver la aplicación de la actividad, y en su caso, establecer si el parámetro de lo pericial es adecuado o admite un desarrollo particular autorizado por el juez en cada caso concreto; el siguiente inconveniente es entablar la admisibilidad del medio de prueba en la línea de los mecanismos no legislados pero pertinentes o inadmisibles; y finalmente atender los problemas de interpretación y valoración de la prueba, con su impacto en la sentencia y la cosa juzgada.

2. Concepto de prueba científica

Una prueba es científica cuando el procedimiento de obtención exige una experiencia particular en el abordaje que permite obtener conclusiones muy próximas a la verdad o certidumbre objetiva. El método o sistema aplicado trabaja sobre presupuestos a comprobar, y el análisis sobre la cosa o personas, puede ser racional y falible, o exacto y verificable. En el primer grupo, el ensayo sobre el origen de ciertas enfermedades puede ser cierto; en las matemáticas, el resultado siempre es cierto.

Para Marcelo S. Midón la noción de prueba científica remite a aquellos […] "elementos de convicción que son el resultado de avances tecnológicos y de los más recientes desarrollos en el campo experimental, que se caracterizan por una metodología regida por principios propios y de estricto rigor científico, cuyos resultados otorgan una certeza mayor que el común de las evidencias" (el resaltado es propio) (530).

Para Taruffo el uso en el proceso civil de las pruebas científicas exige acordar, previamente, qué se interpreta como tal, porque una cosa es la denominación como "ciencias duras" o "no humanas", tales como la física, la química, la matemática, la

---

[530]. Ponencia presentada en el XXIV Congreso Nacional de Derecho Procesal (Mar del Plata, 2007). Idéntica definición puede verse en otras ponencias como las de Bourguignon y Peral (Tucumán), o el concepto formulado por Silvero Fernández, para quien "prueba científica es aquella que por aplicación de técnicas y conocimientos científicos, proveen a un punto de discusión un grado de mayor certeza en sus conclusiones", comprendiendo –en su opinión- tanto el desarrollo elaborado por las ciencias duras –química, biología, genética, etc.- como las ciencias blandas –psicología, sociología, etc.- (en esto discrepa con Carbone, para quien el calificativo en cuestión aplicado a esta variante probatoria específica se refiere sólo a las primeras). Por todos ver el Relato General de Leandro J. Giannini (www.procesal2007mdp.com.ar).

biología, la genética, etc., que por los conocimientos que proporcionan son relevantes para establecer, valorar e interpretar, hechos que deben ser probados, y que, por eso, no tienen problemas de admisión para que el juez ordene "de plano" que se emitan los informes técnicos; a diferencia de las ciencias humanas o "sociales", como la psicología, la psiquiatría, a sociología, la crítica literaria, la economía, la estética o la ciencia de las religiones donde, en todas ellas, el saber científico permite discutir las conclusiones porque, aun reconociendo que se trata de "ciencia", algunos sostienen que forman parte del sentido común y no de específicas áreas científicas (531).

Dice Falcón que […] "dentro de cada uno de estos capítulos existe subtemas de igual dificultad que han llevado a una jurisprudencia bastante amplia en los Estados Unidos de América, donde además la Corte de ese país ha implementado un Manual sobre Prueba científica (532).

Hace muchos años Denti planteó el problema de identificar la noción de prueba procesal con la de prueba científica en la medida que se interprete alguno de las siguientes problemas: 1°) si se quiere aplicar la actividad científica como medio probatorio; o 2°) se pretende trabajar el método científico como actividad probatoria en sí misma; o en su caso, 3°) si lo que en realidad se quiere es trabajar con el resultado de la prueba científica para conseguir con ella influir en el ánimo del juez (533).

Parece indudable que el tercer aspecto es el más conflictivo, cuando se acepta que la actividad probatoria tiene carácter reconstructivo dentro de un método especial de debate (bilateral y contradictorio) en el que el esfuerzo dialéctico de cada parte (carga de la prueba) es una pauta importante para determinar el resultado alcanzado.

Dicho esto en el sentido de advertir que el mundo de la investigación científica gira en una órbita distinta a la que realiza el sistema judicial, aun cuando al tiempo de resolver se congreguen las experiencias; diferencia que es la que señala Taruffo al confrontar el proceso con la ciencia.

En efecto, dice el célebre procesalista italiano que entre ciencia y proceso existen relevantes diferencias que se deben tener en consideración si se desea

---

[531]. Taruffo, Michele, *La prueba científica en el proceso civil*, traducción de Mercedes Fernández López y Daniel González Lagier, p. 46, passim; también en "Nuevas tendencias del derecho procesal constitucional y legal", Universidad de Medellín, ps. 15 y ss.

[532]. *Manual de referencia para la evidencia científica*, segunda edición. Publicado en 2000 bajo auspicios del centro judicial federal, Washington, C.C., la segunda edición del manual de referencia es un recurso importante para los litigantes federales. Explora las decisiones principales sobre la admisibilidad del testimonio experto proporciona generalmente una explicación del análisis científico, y después tiene una serie de tratamientos detallados de tipos particulares de evidencia científica, tales como estadística e investigación del examen, epidemiología y toxicología, y evidencia de la DNA. El centro judicial federal proporciona esta edición del manual de referencia a todos los jueces federales para asistiros en la evaluación de evidencia científica proffered. Debido a los deberes y las responsabilidades que se amplían de las cortes de ensayo en casos la participación de evidencia científica y técnica, y el papel que el manual de referencia para la evidencia científica juega en el ejercicio de esta responsabilidad, el manual de referencia es una herramienta esencial para los abogados que litigan en corte federal. Estos estudios se completan con la regla 702 de la Corte Federal sobre evidencia científica y con dos casos fundamentales que fueron *Daubert. Vs. Merrell Dow Pharmaceuticals, Inc*., y *Kumbo Tire Company LTD., et. al., vs. Patric Carmichael (*cfr. Falcón, Enrique Manuel, *Pruebas científicas*, XXIV Congreso Nacional de Derecho Procesal, Mar del Plata, 2007).

[533]. Denti, Vittorio, *Cientificidad de la prueba y libre valoración del juzgador*, Ponencia General presentada en el V Congreso Internacional de Derecho Procesal, México, 1972.

comprender cómo la ciencia puede ser usada en el contexto del proceso. La ciencia opera a través de varios pasajes, en tiempos largos; teóricamente con recursos y fuentes ilimitadas, conoce de variaciones, evoluciones y revoluciones. Según la postura tradicional, la ciencia está orientada al descubrimiento, la confirmación o la falsificación de enunciados o leyes generales que se refieren a clases o categorías de distintos eventos. Al contrario el proceso se halla limitado a enunciados relativos y a circunstancias de hecho, seleccionadas y determinadas por criterios jurídicos, es decir, referidos a normas aplicables al caso concreto, de modo que el proceso –a diferencia de las ciencias de la naturaleza- se presenta con carácter ideográfico. En otras palabras, el proceso trabaja en tiempos relativamente cortos, con fuentes o recursos limitados y está orientado a la producción de una decisión tendencialmente definitiva sobre el específico objeto de la controversia (534).

La diferencia de métodos no impide el uso de la ciencia en el proceso, siempre y cuando, la ideología imperante sea la de obtener la verdad porqué, en caso contrario, al juez le resulta suficiente la opinión técnica que proviene de la pericia, como dictamen de quien tiene un conocimiento especializado. Dicho esto como válido para el proceso civil, porque en materia penal la medicina legal es un ejemplo claro de cuánto se utiliza la ciencia en el proceso (535).

3. Admisión y procedencia

La prueba científica tiene dos caminos posibles para ser admisible en el proceso civil. Uno es el de los medios de prueba no legislados (art. 378 segundo párrafo, Código Procesal); otro, transita en la senda de la prueba pericial que procede cuando la apreciación de los hechos controvertidos requiere conocimientos especiales en alguna

---

[534]. Taruffo, *Nuevas tendencias del derecho procesal constitucional y legal*, cit., p. 16.

[535]. Morello anticipó la cuestión y sostuvo que la ciencia […] responde a una metodología científica que no es la del orbe jurídico, aunque, al momento de sentenciar, habrá de amalgamarse en una síntesis integradora, y en la definitiva lectura que proviene del Derecho (de esa ciencia). Análogamente, ocurre en las técnicas de vanguardia, por ejemplo: los registros informáticos y estadísticos o equiparables, que se gobiernan por sus respectivas metodologías y apoyos fundantes. En esa perspectiva ha de convenirse en que, como ya lo advertía Couture en los años cincuenta, el Derecho, que pertenece a la ciencia de la cultura, suscita el problema a resolver en punto a precisiones, el de sus limitaciones respecto del de las ciencias naturales, lo que debe llevar a manejarnos por los principios de integración sistémica del derecho, recogiendo, al mismo tiempo, en una actividad interpretativa amplia y flexible, las 'razones' que aporten las ciencias naturales, controladas o tamizadas por la óptica jurídica así enriquecida y potenciada por las conquistas científicas, que también son sustentables por el Derecho. Una unidad íntima, envuelta por ese halo de cientificidad a través de un pensamiento integrado, merced a una hermenéutica acorde con un mundo jurídico así forjado por los concretos adelantos científicos, que dota a lo jurídico de un nuevo sentido. Porque los operadores aunque continuemos trabajando con concepto normativos referidos a una situación de vida interhumana también lo hacemos con las realidades concretas (este daño, este transplante, esta clonación, etc.) que se fusiona con otras realidades (convicciones sociales, creencias colectivas vigentes, reglas del arte, valores que preferencia la comunidad, etcétera). Además, las conquistas científicas evidenciadas mediante la prueba en ese particular litigio, no constituyen "derecho", pero necesariamente deben adquirir --en la sentencia-- carta de ciudadanía o naturaleza jurídica al constituirse en uno de los decisivos elementos del juicio. En un engranaje jurídico; al integrarse a la motivación, interpretará esas incorporaciones científicas, con el sentido y alcance peculiar del derecho. Y en ese obrar integrado también el juez le acuerda a su pensar, la lógica axiológica que, congruentemente, en los límites de ese caso le sirven para asignar valor. Acuña lo científico en su versión de derecho (Morello, Augusto Mario, *La prueba científica*, La Ley, 1999-C, 897).

ciencia, arte, industria o actividad técnica especializada (art. 457 de igual ordenamiento).

Si el centro de atención se mide con la necesidad de prueba, el estándar a verificar se analiza con la regla del medio apropiado que corresponda según la ley o por la naturaleza de los hechos controvertidos (art. 397, Código Procesal), y 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, Código Procesal). Además, no serán admisibles las pruebas manifiestamente improcedentes, superfluas o meramente dilatorias (art. 364, Código Procesal).

Cabe advertir que en el régimen procesal de nuestro país (sin que haya diferencia entre los veinticuatro códigos procesales) impera el principio del libre convencimiento del juez, que opera excluyendo –por vía de principio- el recurso a reglas de la prueba legal, pese a que los grados de certeza exigidos van cambiando en las modalidades y tipos de procedimientos. Vale decir, en un proceso penal priva el derecho a la certeza moral o íntima convicción, en cuyo caso una prueba científica es posible, por ejemplo, si supera el test de afectar la libertad personal del encartado que se niega a prestar el cuerpo como objeto de prueba; mientras que en los juicios entre particulares, la certidumbre puede conformar con la derivación razonada de las pruebas obrantes sin necesidad de profundizar la investigación. En todo caso, la prueba científica debate en un conflicto entre ideologías, porque a un sector le basta con el convencimiento razonado (certeza subjetiva), y otro pretende que los hechos queden esclarecidos en su verdad jurídica objetiva.

Inclusive promediando el siglo XX (1952) René Savatier afirmó que […] "no se debe creer que las técnicas sean necesariamente empleadas en beneficio de la verdad; pueden serlo también en pro del error o de la mentira. La técnica es, en si misma, un instrumento moralmente neutro" (536).

Esta idea impregna los sistemas procesales sin que haya variado la legislación pese a las limitaciones fundamentadas que los jueces han dado al sesgado camino de la reglamentación. Obsérvese que Denti señaló la preocupación por atender dichos cánones de valoración ética, afirmando que frente al dilema de resolver la procedencia de una prueba científica […] "la conducta del jurista no puede estar condicionada por la incertidumbre de los resultados técnicos y, en consecuencia, por el peligro de errores judiciales debidos al empleo de modernos métodos de indagación. El progreso de la ciencia no garantiza precisamente la obtención de la verdad inmune de errores, y por otra parte, los métodos de investigación se consideran correctos sólo porque son aceptados por la generalidad de los estudiosos en un determinado momento histórico, sin excluir que dichos métodos puedan ser considerados erróneos en un momento sucesivo" (537).

Más allá de las dudas que siempre tiene la investigación científica, es inevitable sostener que ellas se diluyen conforme el objeto de prueba. La relatividad de las conclusiones es distinta cuando se estudia la psiquis que cuando se dan respuestas matemáticas; aquí la diferencia es por las alternativas de ensayo pero nunca por el rigor de la consulta.

---

[536]. Savatier, René, *Travaux de l´Association Henri Capitant*, Tomo VIII, Montreal, 1956, p. 618.

[537]. Denti, *Cientificidad de la prueba y libre valoración del juzgador*, cit., p. 6.

Sin embargo, no todo lo científico tiene igual viso de seriedad como para aceptar que sean irrefutables las afirmaciones proyectadas. La asimetría entre ciencias buenas y malas que refiere Taruffo, y apoya buena parte de la doctrina, se refleja en aceptar que el tradicional tópico según el cual, cualquier cosa que tenga algún origen científico es útil y válido, y por tanto, es admisible como medio de prueba en el proceso está en crisis desde hace tiempo por varias razones; por un lado porque hay sectores de la investigación científica, como la grafología, la lectura de las manos, la revelación de los sueños, etc., que son permeables a la subjetividad o a la simple especulación, que como tal, no se pueden recibir como prueba; por otro, en cambio, […] "el proprium de la prueba científica puede encontrarse en el hecho de que ésta implica el empleo de conceptos, informaciones, experimentos y criterios que exceden el ámbito de la cultura media, así como el particular nivel de validez y fiabilidad que habitualmente se le atribuyen a las nociones confirmadas científicamente" (538).

Estas diferencias se consideran al tiempo de disponer la admisibilidad probatoria, teniendo presente que la prueba científica, sin ser específicamente una prueba pericial, responde en su práctica a éste procedimiento (por ser el modelo semejante) o al que el juez disponga conforme su leal saber y entender.

La procedencia de la prueba científica corresponde al de los medios no legislados, interpretando como tales a las pruebas que el Código Procesal no tiene prevista, sin abarcar a aquellas que pueden tener origen legal para situaciones concretas (v.gr.: El art. 4 de la Ley 23.511 que crea el Banco Nacional de Registros Genéticos, dice: "Cuando fuese necesario determinar en juicio la filiación de una persona y la pretensión apareciese verosímil o razonable, se practicará el examen genético que será valorado por el juez teniendo en cuenta las experiencias y enseñanzas científicas en la materia, la negativa a someterse a los exámenes y análisis necesarios constituirá indicio contrario a la posición sustentada por el renuente. Los jueces nacionales requerirán ese examen al BNDG admitiéndose el control de las partes y la designación de consultores técnicos. El BNDG también evacuará los requerimientos que formulen los jueces provinciales según sus propias leyes procesales).

Corresponde aclarar que cuando la práctica de la prueba no sea suficientemente correcta con el trámite de la pericia, el juez tendrá que ordenar las modalidades especiales, teniendo en cuenta que existen particularidades de la prueba científica que impiden mantener la singularidad de la técnica pericial.

Por ejemplo, en los tipos de pericia que el código autoriza, la llamada "pericia simple" es la que se produce en audiencia o mediante la emisión de un informe inmediato a la verificación de los hechos (art. 474, Código Procesal); este caso se muestra con la explicación de un resultado estadístico sobre datos matemáticos proporcionados en el expediente, etc. (539). Pero este tipo de procedimiento no es habitual, porque la práctica común exige conocer el objeto de prueba, evaluarlo, tomar muestras, ensayar sobre ellas, y tras un desarrollo completo, formular conclusiones.

Bien explica Falcón que cuando se trata de prueba científica, no hay un salto de calidad, sino de cualidad, que se compone de dos grupos de cuestiones. Un primer grupo está constituido por: a) Exámenes que requieren conocimientos científicos especiales de expertos, producidos mediante experimentos, o la utilización de instrumentos de alta tecnología (que pueden ser químicos, físicos, de ingeniería, etc.).

---

[538]. Taruffo, *La prueba científica*, cit., p. 151.

[539]. Falcón, *Prueba científica*, cit., XXIV Congreso Nacional de Derecho Procesal.

Estos exámenes que vemos ahora regularmente acompañando los exámenes médicos (resonancia magnética, tomografía computada, centellograma, etc.), tienen que ser realizados sobre elementos propuestos en el proceso. El otro grupo lo forman: b) las informaciones científicas sobre hipótesis, leyes o teorías científicas, pedidas a instituciones de la más alta calidad, capacidad y prestigio de investigación (art. 476, Código Procesal) (540).

En síntesis, la admisión de la prueba científica es discrecional para el juez; pero admitida, tiene que saber que la dinámica de producción exige mayor fiscalización (bilateralidad) que el control facultativo de la prueba pericial, cuando sea este el camino que se adopte para la actividad.

4. Límites para admitir la prueba científica

Con singular precisión destacó Morello que no todas son buenas para el avance y permisión de la prueba científica en el proceso civil […] "porque, en pleno proceso de avances y contenciones, dudas y experimentación (clonación, tratamiento del Sida, etc.), además de no tener muchas veces una calidad autónoma y definitiva para crear certeza, en razón de esas causas a las que suman las que provienen de problemas técnicos o científicos de comprobación, es decir, aprehendida la cuestión desde el punto de vista de las ciencias con relación a sus propias fronteras y la incidencia que pueden tener sobre el campo probatorio, se agrava la tópica porque la lógica que siempre está presente, sufre, en la actividad, su propia transmutación, el avance de las <nuevas lógicas que representan fronteras móviles>, que cobran referencia ejemplar, precisamente, en la prueba hematológica y el HLA y el ADN" (541). La potencial relevancia de la prueba científica para esclarecer el hecho o, para expresarlo mejor, "establecer la convicción sobre la verdad del hecho", no es, desde luego, absoluta.

Hay veces que la prueba científica viene impuesta por la ley, como cuando se trata de determinar la incapacidad de las personas, o respecto a la prueba de la filiación o nexo biológico, que de conformidad con lo previsto por el art. 253 del Código Civil, aun siendo admisibles todos los medios de prueba, no se sobreponen a la necesidad de una prueba biológica.

Sin embargo, el límite de la decisión personal (someter el cuerpo a la investigación científica) puede balancear la eficacia probatoria entre dos polaridades. O las presunciones que operan por aplicación del art. 4º, primera parte de la Ley 23.511, donde la negativa a someterse a la extracción de muestras obedece al temor fundado de que los estudios revelen una paternidad probable y el peso del indicio es directamente proporcional a la certidumbre que podrían arrojar esos estudios; o la justificación de la negativa a someterse al examen sanguíneo cuando la oposición tenga argumentos serios y debidamente justificados.

Es decir que para admitir prueba científica, o expresado en los términos como concluye el XVIII Congreso Nacional de Derecho Procesal (Santa Fe, 195), respecto a que no corresponde hablar de prueba científica sino más bien de pruebas en las que se aplican tales conocimientos de disciplinas no jurídicas -por cuanto no corresponde privilegiar algunas ciencias en relación con las restantes-, la posibilidad de expulsión

---

[540]. Falcón, *Prueba científica*, cit., XXIV Congreso Nacional de Derecho Procesal.

[541]. Morello, *La prueba científica*, La Ley, 1999-C, 898.

por rechazo al ofrecimiento, o por oposición a la dispuesta, puede llegar desde puntos de vista distintos.

Uno versa sobre la cientificidad de la prueba, donde la elección depende del grado de verosimilitud fáctica que se pueda desprender del estudio, teniendo en cuenta los puntos de mayor o menor probabilidad que conduzcan a resultados ciertos o prevalecientes sobre una hipótesis (v.gr.: si el grado de confirmación es del 70% la incertidumbre es del 30%, de modo que la probabilidad prevaleciente es alta, pero la duda no es menor ni insignificante).

Otro reparo es la moral implícita en la procedencia del estudio científico, ya sea por la etapa en la cual la ciencia se encuentra (experimentación, provisionalidad de las conclusiones), o bien por la afectación del principio del bien común que se altera cuando se permite probar pese a dicho estándar. En el primer caso, la tensión surge entre aceptar que la tesis en ensayo sea bastante para constituir una prueba científica que aun no está "aprobada"; o eliminar esa posibilidad mientras la prueba no alcance el grado de irrebatible. En el otro, la mirada se pone en la persona que tiene un interés jurídico superior que proteger, en cuyo caso, la admisión o rechazo de la prueba queda en el marco de las potestades jurisdiccionales.

Uno de los ejemplos clásicos que suelen utilizarse para observar cuando la prueba científica puede resultar contraria a un derecho fundamental, se da en el plano del derecho a la intimidad. Éste se podría representar, en forma figurada, cual si fuera una espiral cuyo núcleo contiene la más sagrada de las reservas que la persona quiere mantener. Aparece así una suerte de anillos donde el más expuesto hacia el exterior es el que los demás observan y conocen, y que puede asentar en la esfera de la fama o reputación.

La dimensión amplia, o esfera privada, comprende todos aquellos comportamientos, noticias y expresiones que el sujeto desea que no lleguen al conocimiento público. Se incluye aquí la imagen física de la persona y su comportamiento, aun fuera del domicilio, que no debe ser conocido sino por quienes se encuentran en contacto con él. Le sigue la denominada esfera confidencial, que abarca lo que el sujeto participa a otra persona de confianza; de esta esfera quedan excluidos, aparte del público en general, aquellas personas que operan en la vida privada y familiar. Aquí se incluyen correspondencia, memorias, etc. Finalmente, como círculo concéntrico de menor radio, aparece la esfera del secreto, que corresponde a las noticias y hechos que por su carácter extremadamente reservado han de quedar inaccesibles a todos los demás.

Cuando en un proceso se ordena investigar las actividades desenvueltas por alguien a cuyo fin se autoriza a penetrar en los reportes de vida personal que proyectan los medios informáticos de cotidiana utilización (prueba científica informática), se ha puesto en duda su admisión ante el test de constitucionalidad.

Las posibilidades se alternan entre la visión patrimonialista que privilegia la atención sobre el daño provocado y, en consecuencia, la reparación a través de una indemnización por el perjuicio sufrido; o bien, la tutela del honor, ya sea en su aspecto interno afirmado en la autoestima, o en su faz externa integrado por el reconocimiento que los demás hacen de la dignidad. En uno la prueba se recibe, en el otro se expulsa.

No existen dudas respecto al derecho a la necesidad de protección jurídica que tienen ambas cuestiones, el punto a esclarecer es si el derecho se apoya en un derecho fundamental, o en su caso, en una solución material sostenida en la reparación de los

perjuicios sufridos. Cada profesión tiene códigos deontológicos que previenen las actitudes deshonrosas de los hombres que en el sector se desempeñan. Quienes no responden a esas normas de conducta moral o ética profesional, son sancionados. Una regla no escrita supone que a mayor responsabilidad, mayores son los deberes de conducta, y en consecuencia, más graves debieran ser las sanciones.

Ahora bien, los archivos de información personal que se forman en los cookies de los computadores, son generadores de perfiles y elementos de fácil captura para un experto en informática. Es evidente que entrar en un archivo así mostraría buena parte de las costumbres y preferencias cuya revelación podría lesionar la honorabilidad de una persona, o al menos, su reputación personal o profesional.

Las inclinaciones sexuales, por ejemplo, son datos sensibles (en la voz que utiliza la Ley de Protección de Datos Personales n° 25.326) que tienen prohibida su difusión. Este sería un derecho al secreto; en cambio, divulgar que la fama de un autor literario se debe a que contrata servicios de otros para sus ediciones, es un hecho inconveniente para esa notoriedad alcanzada; aquí, la revelación de los servicios prestados afectaría el crédito logrado, aun cuando lo fuese mediando un intelecto que no le es propio y se vale de esa ocultación. Aun cuando parezca incómodo decirlo, el hecho no es delictual (aunque pueda ser cuasidelictual), y recobra aquella máxima que ponía en práctica "Anibal" en su lucha contra los romanos: "Se debe luchar con la astucia cuando no se puede ser igual con las armas".

En términos similares se plantean otras diferencias sensibles que inciden en la reputación como "estigmas o descréditos", aunque de hecho no lo sean, y el individuo desea conservar en su más sagrada reserva; por ejemplo: los atributos físicos diferentes (v.gr.: enfermedades crónicas); las capacidades diferenciadas (v.gr.: sordera, tartamudez, etc.); las costumbres sociales o sexuales; el comportamiento doméstico, etc. En cada caso, existe una relación entre el encubrimiento y la intimidad. La revelación se produce cuando la confidencia se hace pública; ese acto, además, agrede la fama o reputación.

En estos casos, y con la vara de la prudencia judicial, la prueba científica puede quedar obstruida. Pero así como se preserva la moral y libertad personal del afectado contra o con quien se ordena una prueba científica, también resulta ineludible su práctica cuando de ella se desprenderá una verdad seria e incontrastable, cuya omisión significará una renuncia consciente a la verdad jurídica objetiva que del proceso se debe desprender.

La sumatoria indica que cualquiera que sea el valor que se atribuya a la prueba científica, ella podrá ser dispuesta en el proceso mientras cumpla los estándares y principios de la legalidad, licitud, admisibilidad, trascendencia y confiabilidad en los asertos.

5. Naturaleza de la prueba científica

La prueba científica como medio no legislado expresamente pero apto para resolver cuestiones de hecho controvertidos, en el proceso tiene manifestaciones muy importantes que asientan en el tiempo de la apreciación o valoración de la prueba.

Cuando se la considera como un medio complementario, las conclusiones se consideran conforme las reglas de la sana crítica; pero hay veces que, por la

trascendencia de las afirmaciones, el desenlace puede llevar a que trabaje como una verdadera prueba legal.

Si es complementaria, la producción participa de las características de la prueba más adecuada y semejante (v.gr: pericial); pero una cosa es el trámite y otra la naturaleza, porque […] "en realidad, la intervención de técnicas modernas, tanto en la formación de las pruebas como en el control de su veracidad, no da lugar a la creación de pruebas que no pertenezcan a las dos categorías fundamentales: los documentos y el testimonio" (542).

De aplicar este criterio, la admisión de la prueba documental se acota al contradictorio eventual y, en suma, queda implícita en la valoración que se realice al dictar sentencia; pero si es documento, le falta producción para ser tal, en cuyo caso el enunciado se comprende en el espacio de la utilidad y trascendencia de la prueba, que lleva al campo de la idoneidad del medio para demostrar o confirmar los hechos que se encuentren controvertidos, y como éstos, aun son eventuales, dejan a la prueba científica a la espera de la contradicción y del poder de instrucción judicial.

No obstante, en el common law se entiende que la contraposición entre law y fact se justifica sobre todo en función de las distintas esferas de atribución del juez y del jurado, que consideran como una cuestión de derecho la admisión la valoración sobre la admisibilidad de la prueba que implique conocimientos científicos, los que quedan en manos del primero y no de las facultades del restante.

Indudablemente –dice Denti-, la valoración de los tipos de prueba documentales que han sido posible merced al progreso científico, requiere técnicas de interpretación que no tienen nada que ver con las tradicionales relativas a los documentos directos o indirectos. […] "Si la reproducción de la huella de un pie, e incluso, la de una huella digital, pueden ser operaciones relativamente simples, la interpretación de los resultados de los métodos de análisis, particularmente complejos, pueden requerir el auxilio de nociones complementarias de no fácil obtención…Volvemos, pues, a subrayar que desde el punto de vista de la incorporación de la prueba al proceso, se permanece siempre en el campo de la prueba documental, en donde el problema fundamental, que es anterior a la valoración del juzgador, continúa siendo el de la autenticidad de la prueba; problema éste que en orden a los procedimientos ordinarios de verificación puede complicarse, pero no transformarse, por la complejidad técnica de la formación del documento" (543).

Si, en cambio, se interpreta que la prueba tiene naturaleza testimonial también la cuestión se detiene en la etapa de admisión, respecto al control de veracidad que puede llegar de una prueba técnica que aporta, antes que un nuevo mecanismo, una forma diferente de conseguir verdades.

6. Producción de la prueba

El Código Procesal es suficientemente claro al establecer que la prueba no legislada se diligenciará aplicando por analogía las disposiciones de los medios probatorios semejantes, o en la forma que establezca el juez (art. 378).

---

[542]. Denti, *Cientificidad de la prueba y libre valoración del juzgador*, cit., p. 7.

[543]. Denti, *Cientificidad de la prueba y libre valoración del juzgador*, cit., p. 8.

La cuestión a dilucidar consiste en relacionar la actividad probatoria con la naturaleza de la prueba científica (que no es igual a prueba no legislada) teniendo presente lo dicho precedentemente respecto a considerar que ella puede estar en el carril de los documentos o de los testimonios.

En realidad, cualquiera sea el mecanismo, todos siguen el principio de utilidad y adquisición de la prueba, de manera que, antes que una cuestión de esencia, debe quedar resuelto el tema de la admisión y la forma como se desarrollará.

Recordaba Giannini, que […] "no es lo mismo, la coerción efectuada sobre las cosas (v.gr.: allanamiento de una oficina para secuestrar un disco rígido sobre el que se producirá una pericia informática) que sobre las personas (por ej., la inspectio corporis, o el recurrente problema de la extracción de muestras humanas, tejidos, sangre, cabellos, saliva, etc.). Tampoco es parangonable automáticamente la situación de quien es parte en el proceso (actor o demandado, en el proceso civil, imputado en el proceso penal) frente a quien es tercero a su respecto (544). La dicotomía entre proceso civil y penal asimismo, no debe ser descartada, si la coacción debe realizarse contra el imputado (545). En todos los casos, resulta trascendente además el análisis de la proporcionalidad del medio ofrecido, es decir, el balance que para su admisión debe formularse de acuerdo a parámetros como: i) la gravedad del hecho; ii) la verosimilitud de la pretensión; iii) la relevancia de la prueba para acreditar la hipótesis fáctica (que no es sólo su pertinencia, concepto obvio, sino especialmente la estimación -prima facie- de su eficacia o fuerza probatoria, de la existencia de otros medios para lograr similar resultado, etc.); iv) la intensidad de la invasión corporal que es necesaria para la extracción (no es lo mismo un hisopado bucal para extraer saliva que la intervención quirúrgica para remover una bala receptada en el cráneo a efectos de realizar una pericia balística); v) el riesgo a la salud derivado de la práctica respectiva, etc." (546).

---

[544]. Cfr. la conocida causa "*Vázquez Ferrá*" de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en la que se rechazó la práctica compulsiva de la prueba hemática, cuando la colaboración necesaria a tales efectos debía ser prestada por la hija reconocida en un proceso penal en el que se imputaba a su padre por la sustracción ilegítima de su identidad, en uno de los tantos fatídicos casos suscitados durante el último gobierno de facto. La Cámara, confirmando lo resuelto por la magistrada de primera instancia, había dispuesto retener los documentos filiatorios de una persona, a la que se la considera presunta hija de desaparecidos durante el denominado Proceso de Reorganización Nacional, y ordenar la realización del estudio aludido sobre la misma a fin de determinar su verdadera identidad; asimismo, había determinado que la prueba mencionada se llevaría a cabo con el auxilio de la fuerza pública en el hipotético caso de que aquélla no prestara su consentimiento. Recurrida esta decisión, la Corte -por mayoría- declaró admisible el recurso y dejó sin efecto la resolución recurrida (CS, "*Vázquez Ferrá, Evelin Karina s/inc. de apelación*", 2003/09/30, Fallos, 326:3758).

[545]. Contra: Bidart Campos, que se muestra contrario a las extracciones compulsivas de sangre, sea cual fuere el ámbito (civil o penal) en el que se pretenda dicha invasión corporal. Entiende el autor que en tal hipótesis la garantía que protege al individuo contra la autoincriminación rige por igual en ambos tipos de enjuiciamiento: "si en ningún proceso es viable obligar a declarar contra sí mismo, y si tampoco es viable inferir presunciones en contra de quien se niega a esa declaración, no es demasiado extravagante ni difícil aseverar que tampoco es válido exigir que alguien se preste a una prueba para la cual tenga que ofrecer su cuerpo. Desde esta perspectiva la garantía constitucional que prohíbe la autoinculpación rige indistinta sea la naturaleza del proceso. Si bien la Corte limita al proceso penal la operatividad de susodicha garantía, la constitución no distingue a ese fin la clase de sumario (penal o no penal). Por ende, inferir de la negativa del demandado a soportar una prueba tan íntima como es prestar su cuerpo a una prueba, que la prueba omitida acredita algo en su contra, es tanto como volver en contra del justiciable la análoga negativa a declarar contra sí mismo, o como tener por absueltas las posiciones en rebeldía" (Bidart Campos, Germán, *"Medios probatorios que requieren prestar el cuerpo propio*", ED, 150-524).

[546]. Giannini, ob. cit., Relato General, XXV Congreso Nacional de Derecho Procesal.

Ahora bien, la prueba científica tiene un método especial que depende de la práctica a realizar; no es incorrecto señalar que la prueba pericial sea el medio más semejante por el cual canalizar la producción, pero igualmente nos parece que son exigibles algunas pautas más. Si la correspondencia se traza respecto a la prueba documental, la cuestión primera es la autenticidad, y como la prueba científica es “resultado”, solamente en la etapa de observaciones y/o impugnaciones se podrán ellas formular. Cuando el carril se encamina por el testimonio, la idoneidad del medio y el control de la práctica convierten típica la producción, con la salvedad que, tanto en la formación de la prueba (documental, testimonial o pericial) la fiscalización (control) es facultativo de la parte.

Para nosotros la prueba científica genera un valor probatorio muy vinculado con el rigor científico del método con el que sean tratados. Para que las conclusiones sean útiles y pertinentes, es preciso que el juez ordene prácticas complementarias que prevenga eventuales nulidades y aseguren el esclarecimiento de la verdad de los hechos controvertidos (art. 36 nciso 4°, Código Procesal).

Tomemos el ejemplo de las pruebas biológicas, estos aspectos son:

a) Reconocimiento y toma de los indicios de naturaleza biológica. Esta debe hacerse por personas expertas e instruidas en estas tareas (Policía científica, Guardia Civil, etc.), que dejen constancia escrita y fotográfica de la locación de estos en el lugar de los hechos.

b) Conservación embalaje y transporte. Son también de suma importancia tanto en sus aspectos prácticos como por el deber de control y custodia. En general las muestras biológicas se conservan bien cuando están desecadas mientras que la humedad y la colonización por hongos y gérmenes desnaturalizan y deterioran a las proteínas.

c) Estudio científico de los mismos. La recomendación Nº (92) 1 del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre "Uso del Análisis del ácido desoxirribonucleico (ADN) dentro del marco "judicial", en ella se señalaba la importancia del control científico sobre los laboratorios en los que se realizaran estos estudios, su acreditación oficio la estandarización de las técnicas, los controles de calidad de los resultados o la elaboración y custodia de las bases de datos. No era una normativa vinculante pero venía a señalar la necesidad de que los diferentes países regularan a título particular este importante aspecto procesal.

Desde el punto de vista científico, los propios grupos que trabajaban en la investigación de ADN pusieron en marcha estas tareas de control de calidad del trabajo que realizaban. Así surgieron en EE.UU. y Canadá el TWGDAM (Technical Work Group for DNA Analysis and Methods) y el EDNAP (European DNA Profiling Group) en Europa, siendo el grupo japonés uno de los últimos en incorporarse muy preparados técnicamente y con gran sentido crítico.

d) Cadena de custodia y contrapericia. Las garantías científicas de la pericia, deben integrarse con las garantías jurídicas comprendiendo estas a la llamada "cadena de custodia" y a la contrapericia.

Si la prueba científica no se aísla de la prueba pericial, puede ocurrir que la especialidad del medio quede atrapado en las redes de la experticia, caracterizada con

la emisión de un dictamen simple de evaluación, o de conclusiones elaboradas después de la celebración (547).

Ello nos sugiere la necesidad de implementar un sistema probatorio distinto, que es factible merced al párrafo final del art. 378 del Código Procesal.

El sistema tiene que resguardar el objeto de prueba, de forma que la cadena de custodia debe garantizar que el camino que recorren los indicios o muestras, desde que se recogen hasta que se conocen los resultados se ha hecho en las condiciones de seguridad y de rigor adecuadas, lo cual permite asegurar que el indicio que se estudia en el laboratorio es el que se recogió en el lugar de los hechos y que las condiciones en las que se ha mantenido son las más adecuadas para llegar a buenos resultados.

La contrapericia es la posibilidad de realizar un doble análisis sobre una misma muestra por dos peritos diferentes y/o en dos Centros diferentes, esta es una garantía irrenunciable para el buen hacer de la Justicia, y una necesidad evidente cuando la prueba puede tener métodos de investigación alternativos.

De lo expuesto, estamos diciendo que son pruebas procesales que se pueden utilizar en el proceso merced a ciertos resguardos que no son totalmente insertos en la garantía de la defensa en juicio, sino en la legalidad del medio de prueba, de manera tal que para ser útil y efectivo, debe garantizar la seguridad (548).

---

[547]. Recuérdese que el art. 471 (Práctica de la pericia) del Código Procesal dispone que: "*La pericia estará a cargo del perito designado por el juez. Los consultores técnicos, las partes y sus letrados podrán presenciar las operaciones técnicas que se realicen y formular las observaciones que se consideren pertinentes"*

[548]. En un logrado trabajo de síntesis sobre ésta problemática, ha dicho Berizonce que […] "La bilateralidad se despliega en todos y cada uno de los estadios probatorios que conducen al dictamen de los peritos. Ningún elemento de hecho puede ser llevado válidamente a la decisión si las partes no han sido puestas en la posición de previamente conocerlo y discutirlo. La valoración judicial de las pruebas culmina el iter procedimental comprensivo de las anteriores etapas de admisibilidad y producción-adquisición, pero todos esos desarrollos están prefigurados sin excepción por la estricta observancia del contradictorio entre las partes. De ahí que los controles tendientes a evitar su infracción o menoscabo no se limiten a verificar la fundamentación del propio decisorio (criterios de racionalidad), sino que se articulan y operan como técnicas normativas en los estadios anteriores de la admisibilidad y de los procedimientos de formación de las pruebas, en buena parte dirigidos a garantizar *in itinere* su atendibilidad. Precisamente, los ordenamientos procesales y orgánicos vigentes estatuyen no solo sobre las condiciones y requisitos tendientes a asegurar la idoneidad de los peritos (art. 464 CPCN), sino también los procedimientos para su nombramiento como auxiliar judicial, su recusación y remoción (arts. 458, 465, 466, 470); la fijación de los puntos periciales en el juego del contradictorio de las partes y bajo el poder decisorio del juez (arts. 459, 460); la admisión de los consultores técnicos de parte (art. 458); el modo de practicar las operaciones técnicas (art. 471); la forma y contenido del dictamen y de los informes de los consultores técnicos (art. 472); las atribuciones del juez y de las partes a la vista del dictamen, para el requerimiento de explicaciones, la formulación de observaciones y aún la disposición de la práctica de otra pericia. Sin perjuicio de la posibilidad de que se soliciten informes o consultas científicas o técnicas, cuando el dictamen requiriese operaciones o conocimientos de alta especialización (art. 476) y aún, que se ordene la ejecución de planos, exámenes científicos y reconstrucción de los hechos, como medidas auxiliatorias y complementarias (art. 475). En fin, una batería de previsiones orientadas todas ellas al logro del objetivo esencial, cual es asegurar la atendibilidad y el valor científico-técnico de la pericia y su pertenencia y utilidad para auxiliar al juez en el conocimiento de los hechos en debate, y con ello la justicia intrínseca de la sentencia. […]. La potestad judicial de apartarse de las conclusiones periciales a condición de expresar los fundamentos de su convicción contraria, principio que la doctrina y la jurisprudencia han asentado pacíficamente desde antaño[548], nos conduce sin embargo al punto inicial de nuestra indagación: cómo puede el juez controlar la correcta aplicación de la ciencia en que se apoya la pericia o consulta y, en su caso, fundamentar su apartamiento (Berizonce, Roberto Omar,

7. Valoración de la prueba científica

La utilización de la ciencia como medio de prueba destinado a verificar los hechos que las partes llevan al proceso, produce cierto temor sobre la influencia que pueda tener en el ánimo del juzgador al producir una convicción superior a los estándares de la libertad probatoria, convirtiendo al resultado conseguido en casi una prueba legal.

Desde hace tiempo la doctrina reitera la distinción que se suele hacer entre el beneplácito que tiene la llamada "ciencia buena" respecto de la fluctuación que puede traer el opuesto o "ciencia mala", a cuyo fin se trae al estudio el caso Daubert fallado por la Suprema Corte federal de Estados Unidos en el año 1993, cuando establece las previsiones que han de tenerse para aceptar el dictamen técnico altamente especializado:

1º) Que respecto del conocimiento de que se trata, exista un consenso general por parte de la comunidad científica; es decir, se excluye su utilización cuando medien dudas acerca de su validez epistemológica.

2º) Que de alguna manera sea empíricamente verificable.

3º) Que, en su caso, se conozca el margen de error que lo condiciona.

4º) Que haya sido revisado por parte de un comité o consejo, de probada jerarquía científica.

5º) Que se haya publicado en revistas especializadas que aplican el sistema de control preventivo por parte de científicos especializados en la rama del saber de que se trate a fin de que certifiquen su valor científico (referato).

6º) Además, claro está, se requiere la condición de pertenencia que presupone la existencia de una relación directa con el caso (549).

Estos parámetros se establecen como una guía que persigue dar tranquilidad al que juzga sobre la seguridad del procedimiento científico aplicado y la garantía del resultado que consigue; pero el debate estricto se posiciona sobre el sistema de apreciación de la prueba, donde anida la libertad de consideración de todos los medios de confirmación, bajo reglas predispuestas como la "sana crítica", "la íntima convicción", "la apreciación en conciencia", "las máximas de experiencia", por citar solamente los usos más habituales de racionalización.

La prueba científica, estimada con el balance de confiabilidad que merece el método, a veces convierte las conclusiones en verdades incuestionables; en estos casos, posiblemente la prueba sea única y determinante; pero en ocasiones la evidencia científica admite cuestionamientos (ideológicos o de competencia) que tornan el dictamen complementario de las demás pruebas. En uno y otro caso, el sistema de

---

Control judicial de la prueba científica, Revista de Derecho Procesal, 2005-2, Rubinzal, Buenos Aires, ps. 157 y ss.).

[549]. Taruffo, Michele, *La prueba científica en el proceso civil,* en "Estudios sobre la prueba", Instituto de Investigaciones Jurídicas – UNAM, México, 2006, ps. 135 y ss. Cfr. Ferreyra de De la Rua, Angelina - Bella, Gabriela María, *Prueba científica. Examen de ADN y otros análogos. Inspección corporal,* en "Prueba ilícita y prueba científica", AAVV (Director Roland Arazi), Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2008, p. 37.

apreciación es el mismo, pero el peso específico trasciende el mero asesoramiento (550).

Según Taruffo, cuando de la ciencia se hace un uso epistémico al igual que se realiza con la prueba, o sea el medio con el que en el proceso se adquieren las informaciones necesarias para la determinación de la verdad de los hechos, significa que en ambos se aportan elementos de conocimientos de los hechos que se sustraen a la ciencia común que se dispone. […] "Por lo que se refiere a la valoración de las pruebas, la adopción de la perspectiva racionalista que aquí se sigue, no implica la negación de la libertad y de la discrecionalidad en la valoración del juez, que representa el núcleo del principio de la libre convicción, pero implica que el juez efectúe sus valoraciones según una discrecionalidad guiada por las reglas de la ciencia, de la lógica y de la argumentación racional. Por decirlo así, el principio de la libre convicción ha liberado al juez de las reglas de la prueba legal, pero no lo ha desvinculado de las reglas de la razón" (551).

Surge entonces el peso de la ciencia o de la verdad judicial prevalente, que puede asegurar el resultado verdadero con una mínima chance de error, que de existir, es justificable con las pautas de la razonabilidad y certeza objetiva. En los hechos, antes que una contradicción entre el sistema de la libertad para valorar la prueba y el criterio de la determinación anticipada de la convicción (prueba legal), en realidad es un contrasentido adoptar el estándar más inseguro, un verdadero disparate que sólo puede resultar del juego con las teorías.

En el procedimiento penal suele afincar la cuestión en resolver "más allá de toda duda razonable", que por su cercanía con la exigencia de convicción plena que se pide para el uso de la prueba científica, puede tener íntima relación.

---

550. Indica Montero Aroca que […] "debe tenerse en cuenta que existen medios de prueba o, por lo menos, aspectos concretos de esos medios, respecto de los que difícilmente puede hablarse de verdadera valoración, por lo que la distinción entre sistemas de valoración carece de sentido útil en esos aspectos. 1. Desde luego la prueba pericial está sujeta al sistema de la prueba libre, pero cuando en esa prueba pericial se trata del peritaje que podemos llamar *percipiente*, en el que el objeto del medio de prueba consiste simplemente en verificar la exactitud de alguna afirmación de hecho efectuada por la parte, esto es, de adquirir certeza sobre hechos, puede darse el caso de que no llegue a entrar en juego sistema alguno de valoración. Por ejemplo si trata de comparar el ADN de dos personas para establecer la filiación. En estos casos: 1) No pueden lógicamente existir dictámenes contradictorios, pues el ADN de una persona es el que es y no caben dos opiniones, y 2) No puede sostenerse que el peritaje se pueda propiamente valorar por el juez, pues el juez no podría afirmar en la sentencia algo diferente de lo afirmado por el perito, a riesgo de incurrir en mera arbitrariedad. 2. De la misma manera en la prueba de reconocimiento judicial (o *ispezione giudiziale*) y atendiendo a los casos en que el mismo juez que realiza el reconocimiento dicta la sentencia y en los que en el reconocimiento se han constatado datos objetivos (no valoraciones o apreciaciones), como por ejemplo si en el terreno existen o no árboles, si la plaza de garaje está en el primer o segundo sótano del edificio, etc. En estos casos tampoco cabe encuadrar este medio de prueba en sistema alguno de valoración. Desaparece en estos dos casos, por tanto, la distinción entre sistemas de valoración y sucede así porque en ellos no se está propiamente ante la valoración de un medio de prueba en sentido estricto, por lo menos en el sentido tradicional en que se entiende la valoración; esto es, primero no puede decirse que se esté ante medios de prueba de valoración legal y, después, no puede existir una operación mental del juez relativa a la credibilidad de la fuente de prueba" (Montero Aroca, Juan, *Valoración de la prueba, reglas legales, garantía y libertad en el proceso civil,* Revista de Derecho Procesal Garantista, 2007, p. 4).

551. Taruffo, Michele, *Conocimiento científico y estándares de prueba judicial,* Boletín Mexicano de Derecho Comparado, nueva serie año XXXVIII, nº 114, México, 2005, p. 1297.

En efecto, el primer escalón que presenta trabajar con estándares de prueba muestra la asimetría entre la necesidad probatoria del proceso penal respecto al civil; por ejemplo, en el sistema judicial anglosajón, del que se importa la regla, la declaración de culpabilidad penal impone la prueba más allá de toda duda razonable (beyond a reasonable doubt), sin que esté delimitada con precisión dónde está el límite de la incertidumbre. Se consiente sí que la sentencia no arroje "sombra de dudas". En el proceso civil, el grado de seguridad es inferior pero no lo bastante errática como para sostener que carezca de veracidad suficiente o de evidencia preponderante (preponderance evidence), esto es, se exige que la existencia del hecho quede más acreditada que su inexistencia.

Inclusive, en materia de probabilidades científicas que arrojen convicción, existe otro nivel a ponderar que es una zona de penumbra entre la alta verosimilitud penal y la certeza civil, que se instala en la actividad probatoria que obtiene resultados claros y convincentes, habitualmente aplicado en la determinación de responsabilidades profesionales, o ante situaciones que se deducen de probabilidades y presunciones.

En cada caso, la fehaciencia de la prueba científica confronta con la posibilidad de duda que puede tener quien ha de resolver, contingencia que frente a la calidad del medio probatorio lleva a utilizar un nuevo estándar: el de la duda razonable.

Se regresa con ello a un punto de inicio donde el acento se tiene que poner en esclarecer si los sistemas de valoración de la prueba pueden regir con su impronta cultural en los mecanismos judiciales de apreciación científica. La racionalidad está siempre presente, con la comprensión que la regla de la sana crítica no se encuentra afectada; pero es menester ajustar el calibre de la prueba científica ante la calificada conclusión de sus trabajos sobre las cosas, las personas y los hechos. Podríamos afirmar que el único límite es la moral, las buenas costumbres y que no se afecte la libertad individual ni la dignidad de las personas.

En suma, como dice Morello […] "dando en todos los casos motivación razonable y plausible, embretado el juez por líneas maestras que se dibujan en este esquema: 1º) si los hechos, científicamente establecidos, no son contradichos o impugnados, vendrán a ser determinantes y, virtualmente, vinculante para los jueces; 2º) éstos deben valorar razonablemente dichas pruebas, en relación con las restantes, reconociendo, si correspondiere, el valor de prueba científica; y cuando se expida por el rechazo o la devaluación, esa decisión se sustentará en razones existentes y de entidad que así los justifiquen. Empero, será siempre el juez el que expresará la última palabra sobre la procedencia y el mérito de la prueba científica, porque sólo él es quien juzga y decide" (552).

---

[552]. Morello, *La prueba científica,* La Ley, 1999-C, 899.

Capítulo XXVII
EL PROCESO DE CONSUMO

1. Introducción

El título puede llevar a suspicacias. ¿Hay un proceso especial destinado al contrato de consumo? ¿Tienen los consumidores un tratamiento diferenciado que les permita contar con un mecanismo procesal propio? O acaso ¿basta que sea el más rápido y concentrado que tenga la jurisdicción? ¿Hasta dónde alcanza la potestad jurisdiccional para encontrar el tr*ámite de conocimiento más adecuado* (art. 53, Ley 24.240 de defensa de usuarios y consumidores –LDC-)? Estas y muchas más son interrogantes que se abren para encontrar una explicación razonable al título de este capítulo.

Por vía de principio hay tres vías posibles para que el usuario y el consumidor, encuentren caminos para emplazar sus reclamos: *a)* la vía administrativa, dispuesta como queja ante la autoridad de aplicación nacional o provincial; *b)* la instancia de mediación o vía conciliatoria, sea interpuesta ante mediadores registrados conforme la ley 24.573 y sus continuaciones, o ante cualquier asociación destinada a dichos fines de tutela y, *c)* la demanda judicial individual o colectiva.

Ésta última tiene contrariedades de distinto registro. Por ejemplo, muchas veces la acción judicial se deduce en los términos de la LDC, pero recibe un tratamiento similar al de cualquier juicio de conocimiento. En otras se prefiere el amparo (individual o colectivo) que, siendo admisible por los jueces, en realidad no es la vía más apropiada, por varias razones, una de ellas, por citar solo alguna, porque no se trata de ver en la relación de consumo un acto lesivo arbitrario o ilegítimo. También están quienes encausan el reclamo como proceso sumarísimo el cual se desnaturaliza apenas se corre traslado de la demanda o se admiten excepciones de previo y especial pronunciamiento.

Para nosotros hay un hilo conductor que desenvuelve los tres tipos relacionados con una acción común. Es la relación de consumo, un hecho antecedente que trabaja sobre la materialidad de un conflicto que obliga a ponderar éste asunto, antes que atender los problemas de legitimación procesal. Otro enlace es la diversidad de la cuestión probatoria (carga, producción y valoración) que tiene un enclave distinto al del proceso común y, finalmente, la extensión y alcance de la sentencia.

2. El reclamo administrativo

En escala, los procedimientos administrativos quedan emplazados según las dimensiones del problema. Pueden ser:

a) Actuaciones administrativas o trámites promovidos de oficio por la autoridad de aplicación, o a pedido de parte interesada (el consumidor afectado), tal como lo establece el art. 45 de la Ley 24.240, que dice: “La autoridad nacional de aplicación iniciará actuaciones administrativas en caso de presuntas infracciones a las disposiciones de la presente ley, sus normas reglamentarias y resoluciones que en consecuencia se dicten, de dicten, de oficio o por denuncia de quien invocare un interés

particular o actuare en defensa del interés general de los consumidores.

“Previa instancia conciliatoria, se procederá a labrar acta en la que se dejará constancia del hecho denunciado o verificado y de la disposición presuntamente infringida.

“En la misma acta se dispondrá agregar la documentación acompañada y citar al presunto infractor para que, dentro del plazo de cinco (5) días hábiles, presente por escrito su descargo y ofrezca las pruebas que hacen a su derecho.

“Si se tratare de un acta de inspección, en que fuere necesaria una comprobación técnica posterior a los efectos de la determinación de la presunta infracción y que resultare positiva, se procederá a notificar al presunto responsable la infracción verificada, intimándolo para que en el plazo de cinco (5) días hábiles presente por escrito su descargo. En su primera presentación, el presunto infractor deberá constituir domicilio y acreditar personería.

“Cuando no acredite personería se le intimará para que en el término de cinco (5) días hábiles subsane la omisión bajo apercibimiento de tenerlo por no presentado.

“La constancia del acta labrada conforme a lo previsto en este artículo, así como las comprobaciones técnicas que se dispusieren, constituirán prueba suficiente de los hechos así comprobados, salvo en los casos en que resulten desvirtuados por otras pruebas.

“Las pruebas se admitirán solamente en casos de existir hechos controvertidos y siempre que no resulten manifiestamente inconducentes. Contra la resolución que deniegue medidas de prueba sólo se concederá el recurso de reconsideración. La prueba deberá producirse entre el término de diez (10) días hábiles, prorrogables cuando haya causas justificadas, teniéndose por desistidas aquellas no producidas dentro de dicho plazo por causa imputable al infractor.

“En el acta prevista en el presente artículo, así como en cualquier momento durante la tramitación del sumario, la autoridad de aplicación podrá ordenar como medida preventiva el cese de la conducta que se reputa en violación de esta ley y sus reglamentaciones.

“Concluidas las diligencias sumariales, se dictará la resolución definitiva dentro del término de veinte (20) días hábiles.

“Sin perjuicio de lo dispuesto en el presente artículo, la autoridad de aplicación gozará de la mayor aptitud para disponer medidas técnicas, admitir pruebas o dictar medidas de no innovar.

“Contra los actos administrativos que dispongan sanciones se podrá recurrir por ante la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, o ante las cámaras federales de apelaciones con asiento en las provincias, según corresponda de acuerdo al lugar de comisión del hecho.

“El recurso deberá interponerse ante la misma autoridad que dictó la resolución, dentro de los diez (10) días hábiles de notificada y será concedido en relación y con efecto suspensivo, excepto cuando se hubiera denegado medidas de prueba, en que será concedido libremente.

“Las provincias, dictarán las normas referidas a la actuación de las autoridades administrativas locales, estableciendo un régimen de procedimiento en forma compatible con el de sus respectivas constituciones”.

Esto es un procedimiento administrativo. En él se fijan reglas y se destacan plazos y reglamentos. En este grupo se pueden considerar las denuncias que se tramitan ante los Entes Reguladores, porque como Autoridad de aplicación que son respecto de las empresas prestadoras de servicios públicos privatizados, tienen facultades y poderes suficientes que emergen de sus propias leyes o decretos constitutivos y de la ley que los dispone.

b) *Procedimientos colectivos*, que son trámites suscitados a instancia de las asociaciones de usuarios o consumidores en los términos de los arts. 55, 56, 57 y 58 de la LDC.

Son medios que se aprovechan para tutelar el interés colectivo, de manera que al mismo tiempo cumplen otras funciones. Por ejemplo, son un instrumento de control de los monopolios, y un remedio para defender derechos de pertenencia difusa.

A su vez, esta legitimación que se confiere a las asociaciones para la promoción de reclamos (art. 58), no le impide implementar una instancia "estrictamente conciliatoria y extrajudicial" donde la función de las entidades se "limita a facilitar el acercamiento entre las partes".

Precisamente el artículo 58 dice: "*Promoción de Reclamos*. Las asociaciones de consumidores podrán sustanciar los reclamos de los consumidores de bienes y servicios ante los fabricantes, productores, comerciantes, intermediarios o prestadores de servicios que correspondan, que se deriven del incumplimiento de la presente ley.

"Para promover el reclamo, el consumidor deberá suscribir la petición ante la asociación correspondiente, adjuntando la documentación e información que obre en su poder, a fin de que la entidad promueva todas las acciones necesarias para acercar a las partes.

"Formalizado el reclamo, la entidad invitará a las partes a las reuniones que considere oportunas, con el objetivo de intentar una solución al conflicto planteado a través de un acuerdo satisfactorio.

"En esta instancia, la función de las asociaciones de consumidores es estrictamente conciliatoria y extrajudicial, su función se *limita a facilitar el acercamiento entre las partes*".

c) *Arbitraje.* Es el método reglado en el art. 59 de la LDC que dice: "*Tribunales Arbitrales*. La autoridad de aplicación propiciará la organización de tribunales arbitrales, que actuarán como amigables componedores o árbitros de derecho según el caso, para resolver las controversias que se susciten con motivo de lo previsto en esta ley. Podrá invitar para que integren estos tribunales arbitrales, en las condiciones que establezca la reglamentación, a las personas que teniendo en cuenta las competencias, propongan las asociaciones de consumidores y cámaras empresarias.

"Regirá el procedimiento del lugar en que actúa el tribunal arbitral".

En los hechos el sistema actúa como un *amigable componedor* y promueve un mecanismo alternativo valioso por las características que tiene el trámite que explicamos en lo inmediato.

d) Otros mecanismos: Como una alternativa en los procedimientos anteriores, las empresas suelen crear "Defensores del cliente", provocando una suerte de "ombudsman" interno que sirve de nexo entre el usuario y el proveedor del servicio.

No es más que una oficina de quejas con mayor preocupación que la habitual, aunque tiene la ventaja de eliminar el tránsito por lugares que, eventualmente, el consumidor no conoce (como podrían ser las asociaciones o las oficinas estatales) y que le ofrece un trámite de evaluación y resolución gratuito.

2.1 La denuncia o queja en sede administrativa

El régimen del art. 45 funciona como si fuera un sumario de investigación para aplicar penalidades. Está orquestado con cierta elasticidad que en la práctica repite la burocracia del Estado, demostrando que la función prometida lejos está de cumplir el objetivo pensado en la ley.

El consumidor cuenta con dos posibilidades para concretar una denuncia ante la Subsecretaría, o la autoridad de aplicación que tenga la provincia o el municipio competente. O se presenta por sí en su carácter de afectado, o suscribe la petición ante la asociación de consumidores (art. 56 inciso *d*, LDC). Es menester aclarar que la denuncia que lleva a cabo el particular ante la asociación de consumidores puede tener, también, dos caminos posibles para la sustanciación. Una es la que se explica en estos párrafos, es decir, que la entidad que agrupa al sector del interés colectivo invoque la defensa del interés general de los consumidores y promueva la denuncia administrativa; y otra es que la misma asociación implemente una instancia de conciliación persiguiendo lograr en su seno un acuerdo entre las partes.

La queja es verbal y se transcribe en un "acta" que testimonia el hecho denunciado y los artículos, normas reglamentarias y/o resoluciones que se pudieran considerar infringidas.

La denuncia irreflexiva o impulsada por el fastidio sobre una acción que el afectado considere impropia (v.gr.: cuestiones de cortesía; atención deficiente; entre otras), puede ser previamente ponderada por la Autoridad de aplicación sin estar obligada a dar trámite. Se pueden aplicar un apercibimiento al denunciante, o una multa de quinientos pesos ($ 500) a quinientos mil pesos ($ 500.000).

La situación puede quedar alcanzada por el art. 1090 del Código Civil pero ésta disposición solamente refiere a la comisión de un delito (en el caso son infracciones, aunque se aplica el Código Procesal Penal de la Nación) y a la obligación de pagar al ofendido todo lo que hubiese gastado en su defensa, más todas las ganancias que dejó de tener por motivo de la acusación calumniosa, sin perjuicio de las multas o penas que el derecho criminal estableciere.

Vale decir que cuando uno refiere a la "denuncia maliciosa" se necesita que se haya deducido una actuación judicial, situación diferente a la "acusación calumniosa" donde no es exigible la querella, pues basta para configurarla con: a) la denuncia ante la autoridad correspondiente, b) la falsedad de la imputación y c) que el delito denunciado esté previsto en el Código Penal.

2.2 Las actuaciones de oficio

El procedimiento no tiene alteraciones cuando se impulsa de oficio; aquí el acta

se asemeja a una verificación de infracciones que deben ser respondidas por el presunto responsable.

Las actuaciones que se sustancian son públicas aunque se puede disponer el secreto por razones suficientemente fundadas.

El acta o la comprobación administrativa debe individualizar al denunciante a los fines del art. 48 (denuncias maliciosas), y en el caso de presentaciones realizadas por asociaciones interesadas, éstas deben acreditar su representación o el mandato conferido por el presunto afectado. Hay que constituir domicilio legal dentro del radio de la jurisdicción competente.

2.3 Incumplimiento del acuerdo conciliatorio

También el art. 46 de la LDC dispone como una proyección del obrar malicioso, el incumplimiento de los acuerdos conciliatorios. Cuando ello sucede se considera que hay violación a la ley. En tal caso, el infractor será pasible de las sanciones establecidas, sin perjuicio del cumplimiento imperativo de las obligaciones que las partes hubieran acordado.

Esta es una sanción que solamente procede cuando el acuerdo se consigue en las actuaciones sustanciadas ante la Autoridad de aplicación, habiéndose interpretado que, la resolución administrativa de la Secretaría de Comercio e Inversiones por la cual se impone una sanción a la actora por infracción de la norma del art. 46 de la ley de defensa del consumidor 24.240, emitida sin haber permitido a aquélla el ejercicio de su derecho de defensa es nula por violación de los derechos esenciales (arts. 7°, inc. d, y 14, inc. b, de la ley 19.549) (CNFed. Contenciosoadministrativo, Sala IV, 1997/10/16, "*Siteca S.R.L. c. Secretaría de Comercio e Inversiones*", La Ley, 1999-D, 773 [41.721-S] - ED, 177-840).

La importancia procesal del procedimiento en esta etapa conciliatoria, aparece con la contradicción que tiene la LDC que aplica supletoriamente el Código Procesal Penal de la Nación, cuando en este capítulo, la ejecución de los acuerdos conciliatorios que no tienen cumplimiento voluntario se rigen por las disposiciones del Capítulo Primero, Título Primero sobre *Ejecución de sentencias* del sistema procesal civil y comercial federal.

Concretamente el art. 500 dispone que se pueda formar el cumplimiento por esta vía a:

1º) Las ejecuciones de transacciones o acuerdos homologados,

2º) A la ejecución de multas procesales

[...].

Ahora bien, el marco dispuesto puede ocasionar problemas en su aplicación, porque la conciliación lograda en el acto establecido por el art. 45 es un acto obligatorio del procedimiento administrativo que de alcanzarse no necesita de homologación para imponer su cumplimiento en esta instancia. Sí la necesita para ejecutar judicialmente el acuerdo.

2.4 La decisión administrativa

En definitiva, la discrecionalidad es amplia pero encuentra algunos parámetros

objetivos, que dependen de la infracción advertida y las consecuencias dañosas resultantes; mientras que las demás, son apreciaciones *subjetivas* que solo se reprochan mediante la revisión judicial.

Las pautas objetivas son cuatro:

a) El perjuicio resultante de la infracción para el consumidor o usuario: En la determinación de los hechos es importante llegar a precisar como suceden los hechos, cuál es la entidad que tienen para el afectado y para el conjunto social, y determinar los perjuicios sufridos, no siendo necesaria una exacta cuantificación del daño porque no es ésta la función que debe cumplir la actuación administrativa, sino verificar que se violenta la LDC y, en consecuencia, corresponderá aplicar una pena.

Por eso, la finalidad es aplicar una multa sin provocar derechos de resarcimiento que, en su caso, se deben pedir a la autoridad jurisdiccional. En este aspecto se dice que, la multa aplicada por la autoridad administrativa a la editorial en los términos de la ley 24.240 por la publicidad engañosa de un sorteo que promocionaba, impide que el cliente que se sintió engañado pretenda cobrar como indemnización la suma equivalente al premio promocionado, pues ello implicaría reclamar dos resarcimientos que resultan de un solo y mismo hecho (CNCiv., Sala K, 1999/12/29, "*Castro, Alba María Patricia c. Editorial Perfil SA*", ED, 189-403).

b) La cuantía del beneficio obtenido: En teoría, se explica que tal beneficio consiste en la diferencia entre el efectivamente obtenido como consecuencia de la conducta sancionada y el que hubiese resultado en caso de no haber tenido lugar los hechos.

Esta no es una cuestión de cálculo y beneficio que deba ponderarse con exactitud documentada; basta con la apreciación razonada de los hechos.

c) La posición en el mercado del infractor: Será otro de los elementos tenidos en cuenta por la autoridad de aplicación al momento de graduar la sanción y tendiente a determinar el impacto general de la infracción entre los consumidores y sus posibles consecuencias teniendo en cuenta la mayor o menor penetración en el mercado del producto que originó la infracción.

La consideración de la posición que en el mercado ocupa el infractor debe efectuarse a la luz de las definiciones que al respecto realiza el art. 2º de la ley 22.262 de Defensa de la Competencia (actual Ley 25.156). Ella, entre otras, no requiere necesariamente abusar de una posición dominante en el mercado, pues bastan los actos o las conductas restrictivas, limitadas o distorsivas de la competencia, toda vez que pueda resultar de ello un perjuicio para el interés general (del dictamen del procurador general que la Corte hace suyo) (CS, 2001/10/11, "*Cámara Argentina de Empresas de Servicios Jurídicos Prepagos s/ denuncia c. Colegio de Abogados de San Nicolás*", La Ley, 2002-A, 744).

Por eso se sostiene que, existe posición dominante en el mercado a los efectos de la ley citada, cuando concurre la situación que permite a una empresa, comportarse independientemente, actuar sin tener en cuenta a sus competidores, compradores o proveedores, y ello por la posición de mercado que controla, disponibilidad de conocimientos técnicos, materia prima o capital que le permite imponer precios o controlar la producción o distribución en una parte significante de los productos en cuestión (CNPenal Económico, Sala II, 1983/07/05, "*Industrias Welbers, S. A.*", La Ley, 1984-A, 29 con nota de Emilio J. Cárdenas - ED, 107-459).

d) La gravedad de los riesgos o de los perjuicios sociales derivados de la infracción y su generalización: Esta es una regla objetiva porque requiere prudencia en la apreciación, y efectivo análisis de la trascendencia del hecho denunciado. Cuanto mayor sea el perjuicio emergente, mayores serán las sanciones.

El reclamo del actor tendiente a que se ordene a algún órgano público un seguimiento sobre la producción de automotores del fabricante demandado a fin de evitar futuros daños a terceros -en el caso, el rodado volcó por una falla en el sistema de dirección- se orienta a preservar la seguridad y la salud de los usuarios y se sustenta en el art. 42 de la Constitución Nacional que consagra el derecho de consumidores y usuarios a la protección de la salud, seguridad e intereses económicos, así como a una información adecuada y veraz (CNCom., Sala C, 2001/10/05, "*D. B. de M., C. c. Sevel Argentina S. A. y otros*", La Ley, 2002-A, 861).

Debe confirmarse la multa impuesta por la Comisión Nacional de Valores a una sociedad emisora de obligaciones negociables por la falta de pago de los intereses a un tenedor y la negativa a extenderle un certificado individual para poder ejercitar sus derechos mediante una acción judicial, pues resulta necesario asegurar la plena vigencia de los derechos consagrados en el art. 42 de la Constitución Nacional y los derechos del "consumidor financiero" en el ámbito de la oferta pública, a fin de evitar la inseguridad jurídica a través de sistemas deficientes o que ocasionan la distorsión en las decisiones de ahorro o inversión de los agentes económicos (CNCom., Sala B, 2002/11/08, "*Comisión Nac. de Valores c. Sociedad Comercial del Plata S.A.*", La Ley, 2003/05/29, p. 6).

Por su parte, la apreciación *subjetiva* de la falta tiene que ponderar:

a) La intencionalidad de la infracción: Este es uno de los temas polémicos que se ha resuelto mediante la consideración que no es necesario encontrar culpa o ligereza, y menos aun dolo e intención de perjudicar, cuando se encuentran infracciones a la ley del consumidor. Lo importante es analizar el conjunto de los hechos y ver de qué manera ellos trascienden la esfera de lo individual para incidir en los derechos de usuarios y consumidores alterando la esencia de los mismos.

Por ejemplo, la exhibición en las góndolas de un supermercado de productos que indican un determinado precio y que luego resulta ser otro al confeccionarse el comprobante de pago, tiene entidad suficiente para inducir a engaño al consumidor y, por ende, constituye una infracción al art. 9 de la ley 22.802 de Lealtad Comercial, sin que la falta de intención o la ausencia de perjuicio concreto excluyan la tipicidad de la conducta, por cuanto la infracción atribuida debe entenderse como un hecho culposo y como tal tendiente a castigar la omisión de un deber de cuidado (CNPenal Económico, Sala A, 2003/04/30, "*Disco S.A.*", 2003/07/16, 758 - DJ, 2003-2, 758).

La pauta objetiva estudia la violación legal, pero se convierte en subjetiva cuando se deduce la acción dolosa, intencionada o provocativa, al punto de generar responsabilidades adicionales a las que se deducen de la Ley 24.240 y demás aplicables.

b) Reincidencia: En realidad no es éste un supuesto de aplicación de penas, sino una causa de agravamiento. Pueden devenir confusiones o desinteligencias cuando la norma señala infracciones de "similar naturaleza", cuando en el texto legal no se establece un tipo penal específico, desde que las infracciones se cometen por el simple desconocimiento de los deberes establecidos.

El instituto de la reincidencia no agrede el principio constitucional que veda aplicar doble pena sobre un mismo hecho (*non bis in idem*); ya que no le impide al legislador tomar en cuenta la anterior penalización -entendida ésta como un dato objetivo y formal- cuando el infractor incurre en una nueva acción que evidencia el desprecio hacia la pena que le ha sido impuesta anteriormente.

3. El procedimiento ante las asociaciones de consumidores

Así como las asociaciones acreditadas tienen legitimación para actuar en defensa de los intereses afectados o amenazados de usuarios y/o consumidores (cfr. art. 55), también pueden sustanciar en su propio ámbito los reclamos que presenten los afectados, a cuyo fin, y de acuerdo con el art. 58, la entidad debe limitarse a cumplir la función de acercar a las partes generando una instancia de conciliación.

Con esta base, las facultades de las asociaciones de consumidores se fraccionan y dirigen en dos sentidos: por un lado, pueden denunciar ante la autoridad de aplicación y promover las actuaciones administrativas; y por otro, generan una instancia conciliatoria y extrajudicial reuniendo a las partes en conflicto con el fin de lograr un acuerdo satisfactorio.

El procedimiento de conciliación extrajudicial que el art. 58 propone para que desarrollen las asociaciones de usuarios y consumidores, es un régimen simple y sencillo, que convierte a la entidad en un mediador con la sola función de acercar a las partes.

La mediación incorpora un elemento objetivo para la solución del conflicto. Se trata de ejercer una tarea de saneamiento independiente en los intereses de cada parte. Es decir, la clásica postura enfrentada del proceso judicial, se abandona por una metodología distinta donde el mediador se reúne con las partes, por separado, o con ambas a la vez, para ayudarlos a obtener un acuerdo.

Queda en claro que el rol del mediador consiste en acercar a las partes y no en resolver el conflicto cuan si fuera un juez que sobre ellas dispone el derecho aplicable. El mediador trabaja para ayudar a que los eventuales contendientes descubran los verdaderos temas involucrados en la disputa y las resuelvan por sí mismas.

El informalismo circundante determina que solo se tengan en cuenta algunos pocos principios de organización y administración, sin que ninguno de ellos importe constituir un procedimiento determinado.

Las características salientes del procedimiento provienen, esencialmente, de la libre decisión de las partes para someter su crisis a la sabiduría de un mediador que, en el caso, se representa en la autoridad que designa la asociación de usuarios y/o consumidores.

Esta asignación no delega derecho alguno, el que en definitiva, los mismos interesados resuelven. Por eso, el rol del mediador se limita a proponer a las partes soluciones posibles, quedando en poder de las mismas la decisión final. El mediador no resuelve el pleito, sino que coadyuva a que las partes lo hagan.

La informalidad es otra particularidad, y la confidencialidad del procedimiento es estricta.

Esta confidencialidad persigue en algún caso que las partes conserven el manejo de la situación crítica sin que ella rebase los límites que los mismos interesados

disponen. De esta forma, el mediador colabora únicamente porque son los contendores quienes dominan el centro de gravedad del conflicto. En otras, el secreto de las actuaciones responde en aras de no entorpecer la independencia judicial.

Pareciera ser éste uno de los puntos cruciales de la cuestión, pues el secreto de los mediadores fastidia o contrapone la supremacía jurisdiccional. Sin embargo, ni una cosa ni la otra; la confidencia o secreto no agrede la investidura judicial, solamente evita que alguna de las partes pretenda obtener pequeñas ventajas tomadas del acercamiento previo.

Resulta importante sostener esta reserva en poder de los mediadores, el cual, inclusive, se concreta en el acuerdo de confidencialidad que las partes suscriben, como una especie de pacto tendiente a evitar que una de las partes aproveche en el proceso las confidencias logradas en las audiencias previas.

Conviene agregar que por actuación mediadora entendemos cuando la asociación interviene a través de una persona capacitada sin necesidad de tener título habilitante de Mediador.

Precisamente, lo importante es atender la intención de conciliar conductas encontradas, y por eso para demandar ante la justicia se explica que, el agotamiento de las instancias administrativas conciliatorias dispuestas por la ley 24.240 determina que sea innecesario agotar el trámite de mediación obligatoria previsto por la ley 24.573, pues ese nuevo intento conciliatorio importaría un elemento dilatorio para el agotamiento de la pretensión esgrimida (CNCiv., Sala A, 1999/11/26, "*Salviolo, Antonio Pascual Francisco c. Diners Club SAC y de T*.", ED, 187-420).

4. La instancia de arbitraje

Los Tribunales Arbitrales recrean el anterior sistema que actúa como amigable composición árbitros de derecho según el caso, para resolver las controversias que se susciten con motivo de lo previsto en esta ley. Podrá invitar para que integren estos tribunales arbitrales, en las condiciones que establezca la reglamentación, a las personas que teniendo en cuenta las competencias, propongan las asociaciones de consumidores y cámaras empresarias (art. 59, LDC).

Este es un procedimiento alternativo, una metodología que requiere de un encuentro voluntario entre proveedores y usuarios que no se da por el hecho u ocasión del conflicto, sino por un sometimiento voluntario anterior, por el cual la empresa productora, el comerciante, etc., decide incorporarse mediante una expresa adhesión, y el usuario o consumidor, en su tiempo, resuelve seguir esta vía descartando el resto de opciones que tiene.

La *voluntariedad*, es la característica central del método, y el que permite aplicar efectos y consecuencias que no suceden en las actuaciones administrativas.

Una de las bondades del modelo es la *sencillez y celeridad* como se desenvuelve el procedimiento, haciendo realidad el sueño de un proceso rápido y expedito que ordena el art. 43 de la Constitución Nacional. El impulso del procedimiento es de oficio y la inactividad de las partes no impide que igualmente se dicte el laudo.

5. La vía judicial de revisión

Obsérvese que aún no existe un proceso de consumo, sino un procedimiento administrativo que tiene recursos judiciales de revisión de una decisión administrativa.

Esta es una vía judicial atípica por varias razones. La primera es que se admite la revisión ante la justicia solamente si hubo aplicación de penalidades; en caso contrario, es improcedente. Luego, esta impugnación confunde y multiplica los problemas para encontrar la ley aplicable, y finalmente, se instala un trámite impulsado por el interés de la parte cuando la LDC es de orden público y debiera ocupar el espacio de los procesos colectivos donde la instancia es oficiosa.

El problema aparece cuando se observa que "*los actos administrativos que dispongan sanciones*" pueden ser provenientes de actuaciones suscitadas por aplicaciones de las leyes de Lealtad Comercial (nº 22.802) o de Defensa de la Competencia (nº 25.156), que tienen cambios en la competencia jurisdiccional.

Por ejemplo, mientras las resoluciones condenatorias ejerciendo el imperio de la primera de las leyes se apelan ante la Cámara Nacional en lo Penal Económico de la Capital Federal o ante el Juzgado Federal competente según el asiento de la autoridad que dictó la condena (art. 22); las que provienen del Tribunal Nacional de Defensa de la Competencia tramitan ante la Cámara Nacional de apelaciones en lo Civil y Comercial o ante la Cámara Federal que corresponda en el interior del país (art. 53 del decreto reglamentario 89/2001).

Cabe observar que el art. 53 de la Ley 25.156 fue observado por el PEN por Decreto 1019/99 respecto a la competencia asignada al fuero comercial. La jurisprudencia, por su parte, es vacilante. La Corte sostiene que resulta competente para entender en un pedido de medida cautelar deducido con relación a la ley de defensa de la competencia la Cámara en lo Penal Económico y no la Contenciosoadministrativo Federal en cuanto el Poder Ejecutivo, al vetar la ley 25.156, descartó la aplicación supletoria de las normas del Código Procesal, en virtud de lo cual limitó la remisión contenida en el art. 56 a las normas del Código Penal y el Código Procesal Penal (del dictamen del procurador fiscal de la Nación que la Corte Suprema hace suyo) (CS, 2000/09/14, "*Imagen Satelital S. A.*", La Ley, 2001-C, 907 – Fallos, 323:2577 - JA, 2001-I-115).

Asimismo, se ha observado que, la LDC no prevé ningún trámite para la sustanciación del recurso previsto contra los actos administrativos de la autoridad de aplicación que imponen sanciones. De esta forma, como el art. 45 no obliga al órgano judicial competente a dar intervención a la autoridad de aplicación, en carácter de parte demandada, la decisión de correrle traslado de él en un caso concreto sólo puede ser entendida como una medida conveniente para preservar a tal autoridad de su garantía constitucional de defensa en juicio (CNFed. Contenciosoadministrativo, Sala I, 1998/10/13, "*Algas S. A. c. Secretaría de Comercio e Inversiones*", La Ley, 2000-B, 838 [42.469-S]).

La Corte ha dicho que, nuestro sistema se asienta sobre la base de una amplia revisión por parte del Poder Judicial de los actos emanados de la Administración Pública, aunque sometida a ciertas condiciones de procedencia de la acción -habilitación de la competencia judicial por el agotamiento de la instancia administrativa, integrada con el plazo de caducidad de la acción o recurso de que se trate- que pretenden asegurar que sea la misma administración -también positivamente sometida al ordenamiento jurídico, como consecuencia del principio de legalidad administrativa- quien resuelva sus conflictos jurídicos, cumpliendo así con un aspecto necesario de su competencia constitucional de administrar conforme con el mismo ordenamiento, y que el

cuestionamiento judicial de los actos administrativos no lleve -por la natural extensión de los plazos de prescripción- a la inseguridad de la efectiva ejecución de los cometidos administrativos (CS, 1993/10/26, *"Serra, Fernando H. y otro c. Municipalidad de Buenos Aires*", La Ley, 1995-A, 401, con nota de Alberto B. Bianchi - DJ, 1995-2-1280, SJ. 868).

6. El litigio de consumo

Llegamos así al final del camino de opciones que tiene el afectado o quienes a él lo representen. El procedimiento administrativo labora sobre un esquema rígido y conocido. Se identifica el problema y los afectados. Se resuelve el caso y los sujetos determinables. Por eso, salvo pocas pero valiosas excepciones, la experiencia no sirve para situaciones complejas donde anida una vastedad de damnificados o de interesados que amplíen el interés jurídico a relevar.

En suma, las normas sustanciales destinadas a la defensa de los derechos de usuarios y consumidores muchas veces no resultan bastantes si no consiguen plasmarse en dos planos sucesivos. Uno que actúa como orientador de las conductas y que opera como prevención de eventuales desatinos; y otro consecuente que se activa con la acción procesal, propiamente dicha, vale decir, la demanda judicial.

Aquí se instala una de las cuestiones más interesantes en la lucha por dotar de eficacia a las normas cuando ellas deben aplicarse en situaciones concretas; y al mismo tiempo, expone una debilidad del sistema procesal que ha sido pensando para los derechos individuales, de modo tal que, cuando el afectado es un colectivo, muestra su ineficacia, o al menos, su incertidumbre, para actuar allí donde los derechos no tienen una cara visible.

Ahora bien, ¿existe un proceso de consumo? **SI**, solo que no está reglamentado y la discrecionalidad judicial es demasiado permisiva. Se repiten los errores procesales, y se reiteran desigualdades impropias de un sistema que necesita trabajar sobre un principio naturalmente asimétrico, como es la relación entre usuarios, consumidores y empresa.

Para nosotros, la singularidad del trámite está en tres definiciones:

1°) En el *acceso a la justicia* que supone abrir la legitimación en la causa no solo al afectado sino a todo aquél que acredite representación adecuada, de modo que se amplía el obrar en el proceso a damnificados sin identificar.

2°) En la formulación de los actos procesales, que significa aplicar el *principio de subsanación* de defectos sin importancia pero necesarios para la regularidad de la instancia; en la recepción de medidas cautelares autónomas ineludibles cuando se trata de perjuicios manifiestos en curso de ejecución; en la eliminación de principios abigarrados en estructuras propias del proceso controversial, dando espacio a un concepto constitucional que afianza la tutela judicial efectiva (sumaria, rápida y expedita); en la prueba necesaria, los medios de verificación y la inversión de la carga probatoria, que debe estar en manos de quien está en mejor posición de confirmar la verdad o falsedad de la denuncia; y finalmente

3°) en la sentencia y sus modalidades. La sentencia del proceso de consumo es una decisión constitucional. Interpreta un conflicto de esta naturaleza y, como tal, la suerte del proceso no puede quedar en manos del ganador. La extensión y alcance de la cosa juzgada debe ser colectiva.

6.1 El acceso a la justicia

Con la reforma constitucional de 1994, la referencia al usuario y/o consumidor permitió agregar en las categorías de personas con derecho a protección procesal, a un nuevo sujeto del proceso económico que adquiría especial tutela por ser la parte más débil en la relación jurídica de consumo. Luego la propia ley fue adaptándose con los requerimientos de justicia y remedió la relación entre consumidor y relación de consumo, evitando identificar a aquel con la participación directa en el contrato.

De este modo, así como el primer movimiento en pro de este resguardo diferenciado fue resuelto sobre la necesidad de proteger a la parte más débil en las relaciones de consumo, inmediatamente se observó que ésta no podía ser la regla, porque no siempre la parte más indefensa es el consumidor; a veces, la necesidad de resolver situaciones de desequilibrio provenía de las políticas del mercado que provocaba una "debilidad empresarial" intrínseca.

Para facilitar el acceso al proceso, se adoptó la defensa colectiva del derecho afectado, dando lugar a las asociaciones de protección del usuario y consumidor que llevaron, necesariamente, a modificar el clásico requerimiento formal de la llamada "legitimación *ad causam*" (el derecho de pedir en juicio, más allá del derecho de acceso sin restricciones que proviene de la Constitución, como garantía fundamental).

Este es un punto de necesaria advertencia en la particularidad del proceso de consumo. Primero porque no se trata de analizar la legitimación de las asociaciones como si fuera una “certificación de la clase”, tal como algunos lo proponen creyendo que el proceso colectivo es una acción de clase.

El Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica (aprobado en las Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal, en octubre de 2004 en Caracas, Venezuela) dice en el art. 2º párrafo 2º que: *en el análisis de la representatividad adecuada el juez debe analizar datos como: a) la credibilidad, capacidad, prestigio y experiencia del legitimado; b) su historia en la protección judicial y extrajudicial de los intereses o derechos de los miembros del grupo, categoría o clase; c) su conducta en otros procesos colectivos; d) su capacidad financiera para la conducción del proceso colectivo; e) la coincidencia entre los intereses de los miembros del grupo, categoría o clase y el objeto de la demanda; f) el tiempo de institución de la asociación y la representatividad de éste o de la persona física ante el grupo, categoría o clase.*

En consecuencia, tienen legitimación procesal para entablar acciones colectivas el *afectado*, que puede ser una persona física individualizada cuyo perjuicio trasciende su individualidad porque ocupa los intereses de terceros; o bien, el *grupo afectado* que puede o no tener una representación organizada con anterioridad.

La doctrina muestra tres caminos para una misma situación. Es decir, mientras algunos proponen que las soluciones deben partir de la ley procurando que sea ésta la que asigne reconocimiento institucional y personalidad procesal; otros estiman que la entidad que promueve la acción debe acreditar que su objeto asociativo se vincula directamente con la pretensión deducida en juicio. Un tercer sector se inclina, en cambio, por descartar el estudio de la institución para centrar la admisión del proceso en la naturaleza del bien a tutelar o en el derecho que se pretende, en cuyo caso, más que la personalidad importa atender el objeto litigioso.

En la práctica, la respuesta al interrogante que se plantea se asocia con las

dificultades de interpretación que tiene nuestro sistema judicial. En efecto, mientras el Código Civil resuelve cuestiones desde las situaciones jurídicas subjetivas que anidan o se vinculan con el derecho de propiedad; el código procesal aplica los presupuestos tradicionales de la acreditación del interés para obrar. Uno y otro, son obstáculos para entrar al proceso y, mucho más, para formar una causa de carácter colectivo.

Sin embargo la Constitución Nacional, y el esfuerzo jurisprudencial han abierto nuevos rumbos, los que sin dar forma a un proceso colectivo de reglas propias, han sido útiles para resolver el ascenso al primer peldaño que significa el acceso a los jueces.

En suma, pueden reconocerse tres esferas de atención:

a) La del "*afectado*"; que coincide con los derechos subjetivos o los intereses personales, pero que constituye un derecho homogéneo con las demás personas que están en su misma situación aflictiva; por ello el interés de cada uno coincide con el de los demás.

b) La del *interés colectivo perjudicado* o *amenazado*; que se representa por las entidades jurídicamente reconocidas (criterio legal) u ocasionalmente formada por la emergencia que se padece (criterio subjetivo), y que posicionan el interés a tutelar a través de una representación organizada que personaliza y define el sector afectado. Por ejemplo, la determinación de un impuesto que afecta a un conjunto de profesionales cuyo interés colectivo se defiende por el respectivo colegio profesional, o el daño masivo que reclama un grupo de vecinos, respectivamente.

c) La del *interés difuso* que se vale de un interés general no individualizado, porque no depende de afectaciones personales sino del mismo hecho que se quiere amparar. En la defensa de los intereses difusos se necesita un portador o vocero, para llamarlo con términos generales (algunos refieren al *ente exponencial* y otros a la *representación adecuada*), pero el interés propiamente dicho es de toda la colectividad, cual si fuera una acción popular.

6.2 Los actos procesales en el proceso de consumo

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 señalizar 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.

La LDC tiene remisión expresa a este sistema, e inclusive, alienta al juez para que elija el trámite más adecuado, dejando en pie el problema de saber si la elección supone, al mismo tiempo, resolver sobre el cauce procesal allí dispuesto.

La cuestión 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 al poner en una vereda en otra la selección del "proceso más adecuado", toda vez 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 su 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 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); 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. Puede aceptarse que no hay estándares que sirvan para orientar sobre la preferencia de una regla por sobre los principios, o viceversa; pero siempre existen dos orientaciones cardinales que son de irrestricta vigencia: *la igualdad de las partes* y *la imparcialidad del juzgador*; pero, a igual tiempo, en la aplicación de 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" ([553]).

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); si la trama diseña un ritual determinado, el juez puede alterar ese camino; y si los principios trabajan sobre presupuestos lógicos pensados para un modelo determinado, la adaptación con las exigencias del caso es una potencialidad.

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 ([554]).

En suma, las *reglas procesales* están previstas en función de un sistema inspirado 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 provienen de las cartas superiores y del derecho

---

[553] Taruffo, Michelle, *La giutificazione delle decisión fondate su standards*, en "L´Analisi del racionamiento giuridico", dir. Comanducci, P. – Guastini, R., Giappichelli, Torino, 1989, p. 314.

[554] Falcón, Enrique Manuel, *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*, tomo I, Astrea, Buenos Aires, 2006, ps. 106 y ss.

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.

El prolegómeno viene a cuento porque el proceso de consumo es propiamente una garantía del consumidor, antes que una regla de procedimiento de selección jurisdiccional.

Nosotros ya nos hemos pronunciado sobre ello, 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 del derecho afectado; constituir un estado jurídico; actuar preventivamente, etc.) ([555]); 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.

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 proceso de consumo 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 ([556]). No se trata de radicar toda la 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

---

[555] Calamandrei, *Instituciones de Derecho Procesal Civil,* cit., ps. 141 y ss.

[556] Natarén Nandayapa, Carlos F., *La tutela de los derechos fundamentales de naturaleza procesal,* UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Doctrina Jurídica, nº 358, México, 2006. Carocca Pérez, Alex, *Garantía Constitucional de la defensa procesal,* Bosch, Barcelona, 1997. Fairén Guillén, Víctor, *El procedimiento preferente y sumario y el recurso de amparo,* Revista de la Administración Pública (RAP) nº 89 (1989), entre muchos más.

similar o idéntico sentido ([557]), donde la elección por el proceso más adecuado podría encuadrar en esta línes argumental.

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.

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 ([558]).

a) Subsanación de los actos defectuosos

Este principio, también llamado de "depuración", consiste en evitar que el proceso continúe sin advertir, oportunamente, la existencia de vicios que podrían producir nulidades.

Es una facultad del juez implícito entre los poderes habituales, que se convierten en un deber del oficio cuando se sustancian conflictos constitucionales.

---

[557] 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.

[558]. 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).

Las nulidades propiamente procedimentales puedan ser subsanadas mediante la simple reposición del acto omitido o mal dictado, lo cual se puede hacer de oficio o a petición de parte, sin necesidad de que al efecto se planteen incidentes especiales ni que la solicitud respectiva se tramite en legajo separado.

El principio rector en la materia es el de la conservación del acto jurisdiccional, el cual se presume válido y legítimo, salvo que esté viciado de nulidad absoluta y sea, por tanto, insubsanable.

b) El impulso procesal y la inmediación

En el proceso de consumo, como verdadero proceso constitucional, una vez que la intervención de los tribunales ha sido legalmente requerida, éstos deben actuar de oficio y con la mayor celeridad posible, sin que pueda invocarse la inercia de las partes para retardar el proceso. Por consiguiente, los plazos establecidos por la ley no pueden prorrogarse por ningún motivo, por lo que los retardos injustificados de los funcionarios judiciales respectivos deben ser sancionados disciplinariamente, sin perjuicio de otras acciones que pudieren caber contra el culpable del retardo.

El impulso del proceso a cargo del tribunal no puede interpretarse como una apropiación indebida del principio dispositivo, según el cual el proceso se inicia y desenvuelve a pedido de parte. Recordemos que la finalidad del proceso constitucional excede el interés particular, de manera que no existe sacrificio de ningún derecho, y menos aún expoliación de una garantía.

La necesidad de actuar continuamente, se relaciona con el principio de celeridad, que supone concentrar actuaciones y renovar el debate únicamente cuando sea estrictamente necesario. Conocido el conflicto, el deber es resolverlo con rapidez.

Ahora bien, el problema de la *rapidez* no supone adherirlo a la *dilación indebida*, porque sólo se 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. De suyo, un esquema como el predispuesto es posible solamente con un juez o Tribunal que interviene directamente en el caso; que lleva la dirección material del proceso y que resuelve actuando con conocimiento directo de la controversia. No es el juez que espera los resultados de las acciones de las partes, los alegatos de ellas y la relación de hechos y derecho que le puede informar un secretario; todo lo contrario, es un principio irrestricto del proceso de consumo la inmediación procesal.

c) Carga y valoración de la prueba

Es verdad que las alegaciones de partes se verifican y confirman con la actividad probatoria de quienes las manifiestan. Es una lógica de los hechos que trabaja sobre el carácter bilateral del litigio, donde al juez se lo convence probando. Pero en el proceso de consumo, la prueba no puede quedar como un deber, carga u obligación individual. Al Estado le importa identificar si existe o no una cuestión constitucional, por eso, suele hablarse de un derecho constitucional a la prueba.

El derecho a la prueba -dice Picó I Junoy- aparece recogido por primera vez en el constitucionalismo español en la actual Carta Magna de 1978. Los textos fundamentales históricos contienen referencias a otros derechos de naturaleza procesal,

como el derecho al debido proceso, al juez natural o legal, o a la defensa, omitiendo toda alusión al derecho objeto de análisis. Lo mismo sucede con otros textos constitucionales, como el Italiano de 1947, la Ley Federal de Bonn de 1949, o las cartas de Portugal de 1976 y Andorra de 1993 ([559]).

El derecho a probar es una parte del debido proceso, tal como lo ha subrayado la jurisprudencia de nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación. Ello importa abandonar la idea probatoria como un acto del proceso, para encolumnarlo tras las garantías del derecho de defensa y, como tal, un reaseguro del debido proceso adjetivo. La otra faceta de esa necesidad alienta conseguir una modificación en reglas y principios de la verificación probatoria, en miras a dotar al procedimiento de una mayor cercanía con la verdad que debe descubrirse. Es decir, si la prueba sigue vista como un proceso de acreditación de afirmaciones a cargo exclusivamente de las partes, es posible que el acierto logrado, en los hechos personifique un absurdo, porque el juez estará ausente en la aclaración.

En cambio, si se considera el modo de componer el litigio y la calidad del *opus decisorio*, podrá admitirse que las seguridades aumentan porqué el juez estará sobre los hechos que él necesita confirmar.

Reiteramos que no se trata de revertir principios claros y precisos como la "carga de la prueba", sino de reconducir el objeto de la prueba. Mucho más cuando se trata de un conflicto tan singular.

La actividad probatoria también se acondiciona al modelo donde se aplica, de manera que en los procesos sumarísimos hay restricciones y beneficios que se reportan al tiempo de evaluar los hechos probados.

En este sentido hay que recordar que, en los procesos que llevan a proteger las relaciones de consumo, hay una presunción irrefrenable que considerando la debilidad del consumidor o usuario, admite que en casos de duda se aplique la interpretación más favorable para el afectado (art. 3º).

También, conforme el inc. c) del art. 37 de la ley en cita, se consideran inválidas las cláusulas contractuales "que impongan la inversión de la carga de la prueba"; habiéndose señalado que no otra cosa es pretender por vía de convención que sea el consumidor-usuario quien deba probar que no debe lo que unilateralmente se le reclama, en el caso por el saldo deudor de la cuenta corriente bancaria abierta para operar con la tarjeta de crédito, y con la remisión a la contabilidad del otorgante de la tarjeta no sólo se viola dicha disposición sino el mismo art. 542 del Código Civil, sin perjuicio de remarcar que cuanta norma de ese y otros códigos o leyes que se encuentren en desacuerdo con la ley 24.240, de orden público, se debe tener por abrogada (del fallo de primera instancia) (C1ª Civ. y Com., Mar del Plata, Sala II, 1997/05/15, “Banco Integrado Departamental Coop. Ltdo. c. Alvarez, Elva B.”, LLBA, 1997-1095, con nota de Juan M. Farina).

El juego de presunciones aumenta en las normas complementarias como la de Defensa de la Competencia y Lealtad Comercial, y se consolida con varias directivas que la misma Ley 24.240 le indica con precisión al Juez que enfrenta situaciones concretas (v.gr.: buena fe contractual vulnerada; derecho a la información socavado;

---

[559] 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.

usuarios de servicios públicos que reciben facturas con consumos excesivos, etc.).

Finalmente, la valoración probatoria debe estar exenta del mentado principio que sostiene que la falta de prueba es contraria a una sentencia favorable; precisamente se trata de trabajar sobre una presunción (o presupuesto procesal) que es el principio "*pro homine*" o a favor del consumidor, según el cual en caso de duda, se debe estar por la protección del derecho.

6.3 La decisión del proceso de consumo es una sentencia constitucional

El pronunciamiento final en los procesos de consumo estructuralmente no es distinto al que emiten los juicios ordinarios, a excepción del alcance y efectos de la sentencia respecto de quienes han actuado en el proceso como partes.

La decisión puede ser condenatoria o declarativa, y en su caso, ordenará hacer una cosa, cesar en una conducta continua productora del vicio denunciado, disponer la realización de acciones necesarias para volver las cosas a un estado anterior al acto lesivo, o determinar una indemnización reparativa del daño colectivo.

En esta materia suele hablarse de *sentencias de condena abierta*, donde los otros que se encuentran en la situación colectiva se adhieren al fallo, sin haber sido partes en el proceso.

En consecuencia, el fallo dictado en los procesos de consumo tiene connotaciones especiales porque el carácter colectivo de la afectación puede acordar una extensión de la sentencia hacia el grupo de incidencia.

Es en este aspecto donde el debate tiene que ser la vara. Si el roceso fue individual por una gravedad propia y singular, la sentencia no debiera alcanzar más que al afectado; pero si la lesión de derechos es masiva, o el daño tiene similar envergadura, se tutela ha de orientarse hacia esos intereses y derechos colectivos.

La sentencia que pone fin al proceso tiene efectos *erga omnes*, ya que beneficia o perjudica a la colectividad en general o a sectores de ella, y produce cosa juzgada al respecto. Pero la eficacia depende del resultado, en la medida que si con el fallo se modifican o cambian las situaciones de hecho en beneficio de la comunidad, el derecho se consolida y evita su la repetición o reiteración procesal. En cambio, si la sentencia determina inconsistencias de la pretensión, podrá renovarse la acción si nuevos hechos demuestran que persiste la amenaza o el acto lesivo.

Cuando la sentencia condena al pago de perjuicios, las posibilidades de adecuar la ejecución se acoplan al sistema de emplazamiento inicial:

a) Cuando se peticiona en nombre propio, la condena repara el perjuicio individualmente sufrido. Pero cabe recordar que esta es la variable más resistida por estimarse que las acciones colectivas no tienden a otorgar una ventaja procesal propia sino un beneficio a los grupos y sectores que poseen una debilidad especial para afrontar y enfrentar las situaciones de daño masivo. En otros términos se sostiene que las acciones colectivas no sirven para pretender daños y perjuicios particulares.

Por eso el Código Modelo de Acciones Colectivas, antes citado, apunta en el art. 19 que *los intervinientes no podrán discutir en el proceso colectivo sus pretensiones individuales*, aun cuando es posible que cada legitimado pueda proponer en nombre propio y en el interés de las víctimas o sus sucesores, la acción civil colectiva de responsabilidad por los daños individualmente sufridos.

b) Cuando la demanda se presenta a través de una entidad o asociación con representatividad suficiente, la condena se puede determinar "in genere", y se liquidará con el procedimiento de la ejecución de sentencia.

c) La cosa juzgada. La directiva central de la sentencia que se dicta en las acciones colectivas es dar una solución a todo el grupo o sector afectado. Cuando la decisión es declarativa, el beneficio es inmediato y no exige de procedimientos adicionales para lograr que se aplique con plenitud, porque la cosa juzgada se extiende hacia todos. Si el pronunciamiento es condenatorio, en cambio, cada uno de los afectados podrá resolver a través del procedimiento de ejecución de sentencia la extensión particular de la sentencia.

El quid a desentrañar está con las demandas rechazadas o desestimatorias, donde ha sido común utilizar el criterio de la cosa juzgada formal (es decir que permite reiterar la demanda) frente a sentencias denegatorias; y de cosa juzgada material (que impide repetir el proceso) cuando hay sentencia que recibe y acoge la pretensión.

Esta regla se conoce con el nombre de *secundum eventus litis*, que indica el alcance de la *res judicata* de acuerdo con el resultado obtenido en el proceso. A ella se agrega otra particularidad que es el efecto *in utilibus* que significa beneficiar al afectado que litiga individualmente, suspendiendo el curso del proceso personal hasta que tenga sentencia la acción colectiva.

Capítulo XXVIII

LA CARGA DE LA PRUEBA EN LOS PROCESOS DERIVADOS DE RELACIONES DE CONSUMO

1. Aspectos generales

Una de las preguntas más difíciles de responder en la teoría general de la prueba, se refiere al objeto de ella: ¿es la verdad?, ¿se trata de confirmar una versión? ¿es una actividad de convencimiento o persuasión? ¿puede el juez fijar los hechos y delimitar el objeto de la prueba? En fin cada interrogante define una tendencia ideológica y, al mismo tiempo, significa asumir que tanto juez como partes, de acuerdo al modelo, tienen funciones diferentes.

Si el destino final es la verdad, no es posible pensar que solo uno esté obligado (carga) a encontrarla; si hay que confirmar una versión bastará con la producción dirigida a ratificar las afirmaciones; si se trata de convencer probando, hay posibilidades de dejar la tarea solo a cargo de cada parte o admitiendo que el juez tiene interés en esa búsqueda de certidumbre y por ello contará con iniciativa probatoria; finalmente, si la pretensión es centrar el objeto de la prueba en los hechos, podrá el juez concretar cuáles son los que interpreta controvertidos, y sobre ellos ordenar la prueba (art. 360 inc° 3, CPCC).

La actividad probatoria también se acondiciona al modelo donde se aplica, de manera que en los procesos sumarísimos hay restricciones y beneficios que se reportan al tiempo de evaluar los hechos probados.

En este sentido hay que recordar que, en los procesos que llevan a proteger las relaciones de consumo, hay una presunción irrefrenable que considerando la debilidad del consumidor o usuario, admite que en casos de duda se aplique la interpretación más favorable para el afectado (art. 3º, Ley de Defensa del Consumidor).

También, conforme el inc. *c)* del art. 37 de la ley en cita, se consideran inválidas las cláusulas contractuales "*que impongan la inversión de la carga de la prueba*"; habiéndose señalado que no otra cosa es pretender por vía de convención que sea el consumidor-usuario quien deba probar que no debe lo que unilateralmente se le reclama, en el caso por el saldo deudor de la cuenta corriente bancaria abierta para operar con la tarjeta de crédito, y con la remisión a la contabilidad del otorgante de la tarjeta no sólo se viola dicha disposición sino el mismo art. 542 del Código Civil, sin perjuicio de remarcar que cuanta norma de ese y otros códigos o leyes que se encuentren en desacuerdo con la ley 24.240, de orden público, se debe tener por abrogada (del fallo de primera instancia) (C1ª Civ. y Com., Mar del Plata, Sala II, 1997/05/15, "*Banco Integrado Departamental Coop. Ltdo. c. Alvarez, Elva B*.", LLBA, 1997-1095, con nota de Juan M. Farina).

El juego de presunciones aumenta en las normas complementarias como la de Defensa de la Competencia y Lealtad Comercial, y se consolida con varias directivas que la misma Ley 24.240 le indica con precisión al juez que enfrenta situaciones concretas (v.gr.: buena fe contractual vulnerada; derecho a la información socavado; usuarios de servicios públicos que reciben facturas con consumos excesivos, etc.).

Todo este dispositivo se enrola en lo que hemos llamado un *derecho constitucional a la prueba*, por el cual las dificultades para demostrar las afirmaciones disminuyen si las partes tienen la obligación legal de trabajar sobre la verdad, colaborando solidariamente en la búsqueda de ella.

Esto es válido en los procesos de defensa de usuarios y consumidores, pero no se puede derivar de estos beneficios proyecciones que no son admisibles.

Por ejemplo, lo que no puede hacerse es variar reglas esenciales del proceso, como el principio dispositivo, que reclama el inicio de la instancia a pedido de parte (*nemo iudex sine actore);* es el actor, en principio, quien aporta los hechos y ofrece la prueba para demostrarlos; también, le corresponde al demandado resistir la versión que trae el demandante, afirmando otros hechos, modificando los expuestos con una versión distinta, u oponiendo excepciones que impidan, obstaculicen o extingan la procedencia de la pretensión, provocando en cada actitud un efecto singular.

La obligación de actuar en conjunto es propia de estos procesos, donde los principios tradicionales no se aplican con afinidad a las reglas del juicio ordinario; por eso, ante dificultades propias del objeto, como es la prueba de la pretensión, se ofrecen equilibrios.

En este sentido, se afirma que la acción de daños y perjuicios iniciada por el consumidor o el usuario de un producto nocivo contra su proveedor o vendedor es de naturaleza contractual y no requiere la prueba de la culpa, pues se funda en la obligación de seguridad que se encuentra implícita, como accesoria, en el contrato de compraventa (CNCiv., Sala H, 1997/03/26, "*Ryan Tuccillo, Alan M. c. Cencosud S. A. y otros*", La Ley, 1998-E, 611, con nota de Fernando Alfredo Sagarna).

González Cano, explicando el sistema español, sostiene que el consumidor que presenta una reclamación sólo tiene que probar el uso o consumo, el daño y la relación de causalidad. La culpa del fabricante, importador o suministrador se presume, debiendo ser él quien acredite el cumplimiento de las exigencias reglamentarias y demás cuidados y diligencias que exige la naturaleza del producto o servicio. Evidentemente esa inversión de la carga de la prueba sobre la culpa del demandado, coloca éste ante una difícil situación, que se agravará en los casos de colectividades determinadas o difusas de consumidores y usuarios. Existirán supuestos en los que la prueba sobre la diligencia y adecuación de su actuación puede ser única respecto a todos los reclamantes, por ejemplo, respecto a reclamaciones de un grupo de turistas consumidores ante una agencia de viajes o mayorista por cambio de hotel y deficiente calidad del servicio en el viaje del grupo pactado; o respecto a la culpa basada en la falta de información de la etiqueta adhesiva de un envase sobre una sustancia tóxica no apta para el uso doméstico; o, ante la reclamación de usuarios de servicios bancarios ante una oferta pública de un seguro colectivo para clientes; o las reclamaciones de usuarios de un centro comercial por la caída del carro de la compra por una rampa excesivamente inclinada para el servicio ([560]).

El diseño teórico presentado alerta para no caer en confusiones sobre algunas cuestiones particulares, como la solidaridad establecida en el art. 40 de la Ley 24.240 que solamente permite extender la condena a todos los que se encuentran en la cadena de producción y comercialización y han sido partes en el proceso; siempre y cuando se pruebe la relación de causalidad.

---

[560] González Cano, ob. cit., p. 88.

Una cosa es condenar sobre la base de la responsabilidad objetiva afirmada por el precepto; y otra, muy diferente, es establecer que el nexo de causalidad quede fuera de la determinación probatoria.

En efecto, se ha dicho que las reglas atinentes a la carga de la prueba deben ser apreciadas en función de la índole y características del asunto sometido a la decisión del órgano jurisdiccional, principio éste que se encuentra en relación con la necesidad de dar primacía -por sobre la interpretación de las normas procesales- a la verdad jurídica objetiva, de modo que su esclarecimiento no se vea perturbado por un excesivo rigor formal (CS, 1996/08/20, "*Baiadera, Víctor F.*", La Ley, 1996-E, 679 [39.152-S]).

La solidaridad probatoria tiene otras proyecciones manifiestas. Por ejemplo, no cabe imponer al peticionante del resarcimiento por violación de una caja de seguridad la prueba inequívoca sobre la veracidad del contenido que ha sido sustraído, pues sobre él recaería una carga cuyo cumplimiento sería virtualmente imposible, dada la ausencia de exteriorización que se sigue respecto de los objetos ingresados al lugar, con grave menoscabo de su defensa en juicio (del voto en disidencia del doctor Boggiano. La mayoría declaró inadmisible el recurso) (CS, 2000/02/15, "*García, Héctor O. y otro c. Banco de Quilmes*", La Ley, 2000-E, 231, con nota de Roberto A. Vázquez Ferreyra - DJ, 2000-2-1160).

Las pruebas leviores, diabólicas o de práctica imposible, demuestran que la carga de la prueba no cumple por sí sola una función en la actividad y sus resultados. Cuando las presunciones traen argumentos de prueba, la inversión del "*onus probandi*" o la colaboración en la persecución de la verdad resulta necesaria e ineludible.

Así se ha expuesto que, si bien en los casos de mala praxis médica la carga probatoria incumbe al actor y son aplicables las normas de la culpa subjetiva, al tratarse, por lo general, de situaciones extremas de muy difícil comprobación para el damnificado, cobra fundamental importancia el concepto de la "carga dinámica de la prueba" o "prueba compartida", la que hace recaer el deber de probar en quien se halla en mejor situación de aportar los elementos tendientes a obtener la verdad objetiva --en el caso, los médicos o la entidad hospitalaria--, por tener un conocimiento técnico y haber intervenido en forma directa con el hecho dañoso (del voto en disidencia del doctor Vázquez. La mayoría declaró inadmisible el recurso extraordinario) (CS, 1998/06/02, "*Mendoza, María M. c. Instituto de Serv. Soc. Bancarios*", La Ley, 1998-F, 43 - DJ, 1999-1-484).

Obsérvese que el deber de colaboración no supone forzar al demandado para que pruebe en su contra, creyendo así que se afecta el derecho de defensa. En realidad, la finalidad es conseguir un debate leal y honesto, en la medida que la ocultación de hechos constituye una deslealtad que la ley no quiere ni propicia.

Explica Acosta Estévez (al desarrollar las teorías sobre la carga de la prueba en los procesos sobre derechos difusos) que al consumidor –víctima por el consumo de un producto defectuoso- corresponde aportar la prueba del daño, la prueba de la relación de causalidad entre el consumo del producto defectuoso y el daño y, finalmente, la prueba de una determinada relación del producto con la persona contra la que se ejercita la correspondiente acción. Probados estos hechos, se produce una inversión de la carga probatoria y el demandante no tiene que probar la culpa del sujeto legalmente responsable, ya que la LGCU (ley) imputa la responsabilidad al demandado, si bien

cabe la aportación de contraprueba relativa a la falta de culpa, en cuyo caso, se exonerará de la misma al demandado ([561]).

En consecuencia, la prueba en las acciones judiciales que se derivan de la Ley de Defensa del Consumidor tiene que trabajar sobre las presunciones que obtiene el afectado al denunciar la infracción legal y solicitar su reparación e indemnización.

No se trata de encontrar una inversión de la carga probatoria, porque tanto el usuario demandante como la asociación que lo haga en representación de intereses colectivos o individuales, tienen que cumplir con su parte en la tarea de colaboración en la búsqueda de la verdad antes dicha.

Al actor, entonces, le corresponde probar la relación de consumo; que el bien o la prestación amenaza o altera el régimen legal dispuesto; y cuando se trata de demandas de daños y perjuicios derivados del vicio o riesgo de la cosa, tendrá también que demostrar el nexo causal.

Por su parte, el demandado podrá eximirse de culpa si demuestra que no tuvo participación en el hecho ni debe responder por él. En este sentido, la dirección de su defensa puede dirigirse en dos sentidos. Uno apunta a desmoronar la eficacia de la pretensión, ya sea probando la culpa exclusiva de la víctima o de un tercero; la inexistencia de relación entre proveedor y consumidor (es decir, que no es una relación de consumo); y otra, es para radicar la responsabilidad en uno de los litisconsortes pasivos que lo acompaña como codemandado.

En suma, la ley especial modifica las reglas procesales en el sentido de permitir que con la sola prueba de haberse cometido la infracción, o haber generado un daño individual o colectivo, solamente el demandado tenga que probar que de su parte no hay culpa, u obligación por la que tenga que responder.

2. Aspectos propios de la carga probatoria

El Código Procesal Civil y Comercial de la Nación Argentina (art. 377) trae un principio engañoso para el proceso de consumo: *el que afirma debe probar* no es la regla que se aplica, porque no se trata de verificar (confirmar) la versión de quien demanda, sino de obtener la verdad sobre los hechos. Por eso, tanto en Europa como en América, en materia de relaciones de consumo la actividad probatoria es de colaboración entre las partes, siendo la *carga de la prueba un principio trabajado desde la solidaridad entre intereses confrontados00.*

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

---

[561] Acosta Estévez, José B., *Tutela procesal de los consumidores*, editorial Bosch, Barcelona, 1995, p. 56.

establecer el sujeto que tenía el deber de verificar sus afirmaciones sí ellos están ya demostrados.

Quizás la tesis de Peyrano cuando introduce la variable presentándola como *carga probatoria dinámica* [562] haya confundido a cierta parte de la doctrina y de la jurisprudencia, pues la idea del profesor rosarino fue evitar que la apatía del demandado que tiene en su poder la prueba necesaria y la esconde o elude, no podía llevar a sancionar al actor por esa falta de prueba. De allí que, en estos casos, se habla sobre el deber probatorio de quien está en mejores condiciones de aportar la fuente de prueba.

Pero la solidaridad probatoria es otra cosa; ella consiste en obligar a las dos partes a colaborar con el juez en la obtención de la verdad.

Esta es según nuestra posición el sistema que mejor concilia la función judicial con el objeto y finalidad de la prueba. En otros términos, no se desconoce el valor que tiene para el derecho de defensa en juicio, ampararse en la cómoda posición de obligar a solo una parte a que pruebe. Pero afirmar esto como consigna, supone tanto como ratificar que la carga probatoria es también un límite para encontrar la verdad, y que al proceso no le interesa descubrirla. Además, como la actividad probatoria exige resultados, dejar que el esfuerzo sea llevado por uno solo, no es equilibrar la balanza porque ésta tiene con el *onus probandi* un contrapeso considerable.

En consecuencia, el conocimiento judicial tiene que trabajar sobre hechos afirmados que sean veraces; con ellos se podrá llegar a la certidumbre necesaria para resolver el conflicto, *más allá de toda duda razonable.* Entonces, la carga probatoria no es una exigencia de actividad destinada a la parte que demanda o pretende, sino una consecuencia dirigida al juez para apreciar la falta de prueba sobre los hechos afirmados y negados.

La *falta de prueba* no puede obligar al juez a sustituir la apatía de las partes produciendo él mismo aquellas que, propuestas, han quedado sin concreción por el propio desinterés o la negligencia de quienes debían instar su obtención. Lo que no priva al tribunal de ordenar la realización de *diligencias necesarias para esclarecer la verdad de los hechos controvertidos, respetando el derecho de defensa de las partes* (art. 36 inciso 4º, Código Procesal).

Si reiteramos que el fin de la prueba es lograr convicción y certeza laborando sobre hechos reales y auténticos, el juez puede interrogarse qué hacer cuando no puede encontrar la verdad con los elementos que tiene. Las respuestas pueden variar, es cierto, pero en la dimensión de un proceso justo es evidente que cada circunstancia se debe ponderar en particular, asumiendo como regla del debido proceso, la necesidad de ser razonable en sus decisiones, evitando caer en actitudes estériles que se motivan únicamente en las ficciones irritantes de la ley procesal.

Hay veces donde la función de esclarecimiento que se le asigna no significa darle un poder exacerbado por el cual pueda, entre otras cosas, modificar el contenido de las pretensiones. Pero ello no puede llevar al desatino de creer que la calificación jurídica (en definitiva, la aplicación correcta sostenida en el *iura curia novit*) es invariable y delineada por el principio de congruencia. Esto queda fuera de discusión ([563]).

---

[562]. Peyrano, Jorge Walter, *Lineamientos de las cargas probatorias dinámicas*, ED, 107-1005.

[563] Cfr. Gozaíni, Osvaldo A., *Tratado de Derecho Procesal Civil,* tomo IV, editorial La Ley, Buenos Aires, 2009, ps. 280 y ss.

Sí interesa ver qué pasa cuando ese marco jurídico depende de la prueba a producir y la misma no se concreta adecuadamente. La respuesta más simple es sentenciar en contra de quien tenía la carga de probar, y hacerlo responsable de su propia inacción; pero si admitimos que el deber de probar es compartido, tal pronunciamiento puede resultar un exceso.

3. El principio de colaboración

Es una flexibilización al principio de la carga probatoria que rige en el proceso civil, por el cual se reparte el esfuerzo de confirmar o demostrar, entre quienes están en mejores condiciones para hacerlo. Ya sea por la proximidad con los medios de prueba, o por disponer de ellos.

El *favor probationis* o la teoría de las cargas probatorias dinámicas se inclina por poner la carga de la prueba de la inculpabilidad sobre la parte que está en mejores condiciones de hacerlo. La iniciativa se tomó, principalmente, en los procesos de responsabilidad profesional, y para ello se ha dicho que " […] En materia de responsabilidad médica y como consecuencia de que el deber jurídico central asumido por el médico es de actividad incumbe al paciente la carga de demostrar la culpa de aquél. Pero las dificultades probatorias que debe sortear con frecuencia el paciente para acreditar la culpa del médico determinan que deba conferirse a la prueba de presunciones un elevado valor; por tanto evidenciados por el paciente ciertos datos empíricos el juez debe deducir la culpa médica no probada en forma directa. Corresponde considerar probada la culpa si el daño, según la experiencia común, no puede explicarse de otro modo que no sea por la culpa médica, a menos que el demandado aporte prueba eficaz para liberarse de responsabilidad ([564]).

La voz "cargas probatorias dinámicas" pertenece a Peyrano, nombre con el que se puede o no coincidir pero que carece de importancia cuando se analiza el significado que importa. En tal caso, dice el renombrado jurista que […] "el esquema de un proceso moderno debe necesariamente estar impregnado por el propósito de ajustarse lo más posible a las circunstancias del caso, evitando así el incurrir en abstracciones desconectadas de la realidad. Esto explica que modernamente se conciba que las cargas probatorias deban desplazar de actor a demandado o viceversa, según correspondiere. Pero llegados aquí, advertimos que falta recordar que las reglas de la carga de la prueba (que apuntan a determinar quién debió probar determinado hecho y sin embargo no lo hizo) sólo cobran importancia ante la ausencia de prueba eficaz para suscitar certeza en el juez. Es que en tal caso, el tribunal deberá fallar contra quien debía probar y no probó. Igualmente falta traer a cuento que al despuntar los tiempos procedimentalistas constituyó dogma de fe (siendo por ende, inmodificable) el principio actor *incumbit probatio* (al actor, le incumbe probar), luego algo morigerado por el esquema según el cual al demandante le corresponde la carga de probar los hechos constitutivos y al demandado acreditar los hechos modificativos, impeditivos y extintivos invocados en su propio beneficio. De todas maneras, dicho mecanismo tradicional estaba teñido por un "apriorismo" inaceptable que, fatalmente, distribuía las cargas probatorias de un cierto y determinado modo. Algo notable que merece ser señalado, es que dicho mecanismo no se ajusta al que debe funcionar dentro de juicios de naturaleza ejecutiva, por lo que se equivocaban, inicialmente, quienes lo presentaban como aplicable *urbi et orbi*. Y qué hablar de después, cuando la vida y hasta el propio sentido común permitieron

---

[564]. CNCiv., Sala D, 1996/02/28, La Ley, 1997-C, 224.

"descubrir" coyunturas en las cuales el referido apriorismo en materia de esfuerzos probatorios, funcionaba mal" ([565]).

Ahora bien, la tarea de desplazar la prueba no quiere cambiar la carga de una parte hacia la otra, sino responder a la consigna de colaborar entre ellas para evitar que el proceso carezca de los medios convictivos necesarios para alcanzar la verdad. Si ellos faltan, comenzarán cuestiones de apreciación donde aparecen estándares como el orden normal de las cosas, el conocimiento privado del juez, las máximas de experiencia, etc., que ponen a la carga de la prueba en un orden secundario frente a quienes pretenden consolidar la idea de la carga como penalidad ante la insuficiencia probatoria.

Una vez más es Peyrano quien recuerda que en Francia "la jurisprudencia francesa ha evolucionado en el sentido de no requerir una prueba acabada de la culpa del profesional, sino que los jueces operan sobre los indicios que surgen de las pruebas arrimadas al proceso o presumen la negligencia. Es lo que se conoce como la *faute virtuelle*. Según esta doctrina el juez estima o presume la existencia de la culpa-negligencia cuando por la circunstancia en que el daño se ha producido, éste no se puede explicar según la común experiencia sino por la existencia de una falta médica. Esta teoría se ha aplicado en un caso donde el paciente cayó de una mesa de observación y en el de la lesión causada a un recién nacido en una cesárea cuando dicha lesión resulta totalmente anormal" ([566]).

---

[565]. Peyrano, Jorge Walter, *Doctrina de las cargas probatorias dinámicas,* La Ley, 1991-B, 1034.

[566]. Peyrano, *Doctrina de las cargas probatorias dinámicas,* cit., p. 1036.

Capítulo XXIX

LA JUDICIALIZACIÓN DE LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES

1. Introducción

El fenómeno de evolución de los derechos económicos, sociales y culturales tiene varios frentes de abordaje, todos ellos interesantes y de manifestaciones diversas, que inician desde la propia interpretación que de los derechos se tiene.

Para el derecho procesal, objeto de este trabajo, tiene significados propios y proyecciones distintas a las de cualquier otro proceso. Trataremos de enfocar el problema de la judicialización de los derechos, partiendo de entender que no son una categoría diferente; que tienen la misma posibilidad de reclamo que cualquier otro derecho subjetivo, colectivo o difuso, pero que encuentra dos obstáculos esenciales: el primero compone la herramienta procesal pensada para la protección. Es decir, ¿es el amparo? O ¿se trata de cuestiones constitucionales que por su complejidad sustancian un juicio ordinario? Acaso ¿no es lícito pedir una tutela diferenciada?; el segundo anida en las posibilidades de la actuación judicial ante la crisis a resolver.

2. Nociones previas

En la evolución de los derechos constitucionales coincide la doctrina en presentarlos como de generaciones distintas. Los civiles y políticos o de "primera generación" (fines del siglo XVIII); los sociales, económicos y culturales, llamados de "segunda generación" (precedente puede ser la Constitución Mexicana de 1917, o la de Weimar de 1920, consagrados en 1948 con la Declaración Universal de los Derechos del Hombre); los derechos difusos o de pertenencia indiscriminada, como los derechos de usuarios y consumidores, el derecho al ambiente sano y ecológicamente equilibrado, el derecho a la prestación de justicia efectiva, llamados derechos de la "tercera generación" (podríamos ubicarlos desde 1960 en adelante), e inclusive se han agregado derechos de una cuarta y quinta generación que sirven para ir trazando un tiempo de exigencia social antes que una diferencia cualitativa entre ellos (567).

---

[567]. La tesis de de Christian Courtis (que también desarrolla Víctor Abramovich) sustenta que la estructura de los derechos civiles y políticos puede ser caracterizada como un complejo de obligaciones negativas y positivas de parte del Estado: obligación de abstenerse de actuar en ciertos ámbitos y de realizar una serie de funciones, a efectos de garantizar el goce de la autonomía individual e impedir su afectación por otros particulares. Dada la coincidencia histórica de esta serie de funciones positivas con la definición del Estado liberal moderno, la caracterización de los derechos civiles y políticos tiende a "naturalizar" esta actividad estatal, y a poner énfasis sobre los límites de su actuación. Desde esta perspectiva, las diferencias entre derechos civiles y políticos y derechos económicos, sociales y culturales son de grado, más que diferencias sustanciales. Puede reconocerse que la faceta más visible de los derechos económicos, sociales y culturales son las obligaciones de hacer, y es por ello que a veces se los denomina "derechos-prestación". Sin embargo, no resulta difícil descubrir cuando se observa la estructura de estos derechos la existencia concomitante de obligaciones de no hacer: el derecho a la salud conlleva la obligación estatal de no dañar la salud; el derecho a la educación supone la obligación de no empeorar la educación; el derecho a la preservación de un medio ambiente sano implica la obligación de no destruir el medio ambiente. Discutiremos este punto con más detalle, pero desde ya adelantamos que muchas de las acciones legales tendentes a la

Todos son derechos de correspondiente ejercicio propio o grupal, provocando la insegura actuación de los ordenamientos procesales que aún persisten con esquemas receptivos del derecho individual, propio y excluyente.

Situados en la perspectiva del derecho procesal constitucional habría que localizar un punto de coincidencia entre el acceso a la justicia y la efectividad de los derechos que no encuentran un referente singular porque son "de todos". En cualquier caso, como dice Pisarello, […] "un primer paso para asegurar la eficacia de una norma, tiene que ver con su precisión técnica. La redacción de normas constitucionales en términos de un documento político, podía explicarse en los orígenes del movimiento constitucional, pero hoy contradice la pretensión de lo jurídico de adquirir una relativa autonomía respecto de la política, y dificulta la propia hermenéutica constitucional. En una persistente relación de acuerdos y disensos, el constitucionalismo procura sustraer la lucha por los derechos de la esfera incierta de la política para llevarla a la esfera jurídica de la seguridad, de la certeza. Por eso, un texto con real vocación normativa debe evitar caer en maximalismos programáticos que incorporen derechos irrealizables. Éstos sólo generan el descrédito y la deslegitimación de la Constitución" (568).

Ahora bien, aquellos derechos desenvueltos en el curso de la historia, se explanan en algunas Cartas Constitucionales como "garantías", sean individuales o colectivas, que reclaman para sí un campo más propio que el de simple programa, dicho esto en el sentido de verlos, no como una obligación dirigida al Estado para que organice y discipline la ejecución, sino como derechos que se insertan en el reducto inalienable del hombre como persona humana.

Vale decir que la cobertura debe asentar en tres niveles: las garantías individuales (o de la libertad); garantías colectivas (o del orden social y jurídico); y las garantías de procedimientos (acceso a la justicia). A su vez, analizadas individualmente comprueban problemas singulares pero soluciones convergentes, dando por supuesto que cualquiera sea la adscripción que tenga el intérprete respecto al significado y alcance que percibe de la noción de "garantías", no puede eludir su directa, inmediata y necesaria aplicación con la persona a quien se dirige. De suyo, esta existencia precede a la formación del conjunto social, siendo ese el momento cuando las garantías se desprenden del sentido aislado e individual para resolver cuestiones colectivas. Precisamente, la dinámica de las relaciones individuales y sociales protagoniza el marco donde ha de suscitarse la vida de las "garantías".

Estas operan desde la "abstracción", pero su vigencia se constata actuando, a través de las vinculaciones interhumanas propiamente limitadas. En síntesis, el triple campo operacional de las "garantías" no significa establecer compartimientos estancos e infranqueables, todo lo contrario. Pero, tanto las garantías individuales, como las colectivas y las procesales tienen prolegómenos particulares que tienen que ser resueltos para dar efectividad y equilibrio a la actuación conjunta.

---

aplicación judicial de los derechos económicos, sociales y culturales se dirigen a corregir la actividad estatal cuando ésta incumple con obligaciones de no hacer. En suma, los derechos económicos, sociales y culturales también pueden ser caracterizados como un complejo de obligaciones positivas y negativas por parte del Estado, aunque en este caso las obligaciones positivas revistan una importancia simbólica mayor para identificarlos (Abramovich, Víctor - Courtis, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Trotta, Madrid, 2004 [2ª ed.], ps. 24/25).

[568]. Pisarello, Gerardo, *Los derechos sociales en el constitucionalismo democrático*, Boletín Mexicano de Derecho Comparado, n° 92.

En consecuencia, la primera afirmación que hacemos en esta ponencia es la siguiente: las garantías son derechos de todos y para todos, que no admiten interpretaciones distintas conforme aplique un ordenamiento u otro. Son piezas claves de un engranaje que tiene como sustento el principio de igualdad (569).

2.1 El constitucionalismo global

Para aplicar la idea de igualdad constante en el proceso, es necesario dar una dimensión lógica al significado que tiene el proceso. Si el mismo es una garantía para la defensa de los derechos, no sería sensato asignarle fisonomías distintas, sino seguridades y certezas.

Es decir, que se pueda laborar sobre un terreno conocido, donde el margen para la discrecionalidad sea resuelto con adecuado control de las partes y con plena revisión jerárquica (en el sentido de tener derecho al recurso como una parte del debido proceso).

Al fomentar un cuadro común de aplicaciones, surge como apoyo la idea de Ferrajoli sobre el "constitucionalismo global" que inspira buena parte de las reflexiones que siguen. Significa ponderar más allá de las fronteras el sentido y dirección que tienen los derechos y garantías de tipo social; la "democracia cosmopolita" impide que se puedan resolver en forma distinta, derechos que son de la misma estirpe, sin que cambie la télesis o valor del precepto, la contingencia socio económica donde se aplique. Con ello, los derechos económicos, sociales y culturales adquieren un asiento cierto y conocido; se torna visible el objeto y lo que cambia son los escenarios, más no los virtudes que portan intrínsecamente (570).

Sobre esta base es posible inferir que el tiempo de las "libertades" que trajeron los derechos civiles y políticos, se convierten con los derechos económicos, sociales y culturales (considerados en nivel equivalente) en exigencias de "igualdad", donde el principal escollo quizá no sea reclamar acciones positivas del Estado, sino como dice Carbonell […] "se tendrá que desarrollar un constitucionalismo de derecho privado que haga valer los derechos fundamentales no solamente en las relaciones entre autoridades y gobernados, sino también entre particulares (construyendo en parte, los mecanismos que permitan hacer valer la eficacia horizontal de los derechos fundamentales)" (571).

Por supuesto que transportar a la realidad estos derechos pretende ser más que declamación, sin que ello relegue los retos más importantes que se deben afrontar; como aquellos que dice Prieto y presenta en tres niveles […]: a) la justificación moral y a

---

[569]. En este sentido visualizamos el principio de igualdad procesal como una de las pocas equivalencias que es posible concretar. En el proceso actúa como garantía general de trato y correspondencia, como funciona también a título de exigencia de equiparación. No importan las diferencias de riqueza (porque se iguala con el principio de gratuidad o con el menos efectivo beneficio de litigar sin gastos), ni de cultura (que se equilibran con la asistencia jurídica idónea), ni sociológicas (porque evita la desigualdad el principio de razonabilidad y la exigencia de sentencia fundamentada). En cambio, si miramos el principio de igualdad en el plano de los derechos sociales, fácil se comprende que hay valores y sentimientos dispares, producto de concepciones e idiosincrasias, donde hasta el mismo concepto de derecho tiene contrapuestos en quienes sostienen que no existen más que deberes y obligaciones.

[570]. Ferrajoli, Luigi, *Razones jurídicas del pacifismo*, Trotta, Madrid, 2004, ps. 81 y ss.

[571]. Carbonell, Miguel, *La garantía de los derechos sociales en la teoría de Luigi Ferrajoli*, Anuario del Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2002, p. 302.

efectividad jurídica de los derechos sociales; b) el multiculturalismo que propicia la aparición de minorías con voluntad de pervivencia autónoma y en ocasiones portadores de valores conflictivos, y c) el proceso de internacionalización de los derechos lo que comporta tanto la fijación de un marco normativo común como el diseño de fórmulas de protección y garantías en el orden internacional (572)

2.2 El "neoprocesalismo"

La posibilidad de tener una protección procesal diferenciada para los derechos sociales, culturales y económicos (que, por ahora, seguimos tratando en niveles de ponderación semejantes), reclama analizar las potestades judiciales para encontrar si la actividad procesal que se dispone, o el "hacer" que se quiere (como una suerte de activismo judicial diferente al de las propuestas jurisprudenciales) no supone conferir una autoridad cercana a la utopía, o fomentar un autoritarismo judicial producto de excesos hipotéticos, o, eventualmente, provocar un quiebre del principio que señala que el juez juzga sin legislar.

En otro lugar y hace algún tiempo, trazamos la evolución de la función jurisdiccional en paralelo con la mutación que tiene el derecho constitucional hacia el llamado "neoconstitucionalismo". Lo llamamos "neoprocesalismo" y significa observar que los roles de partes, abogados y tribunal no es la misma que en las causas que ventilan intereses privados. El reclamo de la hora parece radicar en las responsabilidades compartidas. Un abogado idóneo que eleve desde su función técnica la lealtad en el debate; y un juez atento que se comprometa con la justa resolución del conflicto. Uno controla al otro, y entre ambos podrán colaborar para que la justicia se consiga confiando en las instituciones.

Lo nuevo está en el deber de cooperación que desplaza el peso o la carga de quien promueve la demanda y queda abandonado a su suerte; claro está que no se trata de suplir la inactividad especulativa, o la negligencia del que pide, sino de darle vida al conflicto en la dimensión de los derechos especiales que debe tutelar, y que no tienen necesidad de un marco normativo que deba aplicarse estrictamente, desde que lo primordial es "hacer justicia" con los parámetros de un estándar reconocido como son los derechos humanos.

Llevado a la práctica la transformación consiste en fortalecer el principio de "confianza" (propio del sistema americano que organiza la resolución de sus conflictos y la interpretación constitucional a partir del Poder Judicial, a diferencia del sistema de la desconfianza europeo que delega funciones y actividades en jurisdicciones singulares que administran la impartición de justicia, sin que la aplicación constitucional tenga libertades que no sean producto de los tribunales constitucionales), desde la cual podrá decidir los conflictos con una perspectiva ética, jurídica y social. Por ejemplo, cuando la solución del entuerto 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).

---

[572]. Prieto, Luís, *Notas sobre el origen y evolución de los derechos humanos*, en "Los derechos: entre la ética, el poder y el derecho", López García, José Antonio – Del Real, J. Alberto (editores), Dykinson, Madrid, 2000, p. 47.

En estos casos, la justicia suele presentarse como “de acompañamiento”, donde la razón de la crisis permite eludir reglas estrictas para alcanzar una solución justa y proyectada al clamor social. Es que, por debajo de lo que las leyes parecen decir literalmente, es lícito indagar lo que quieren decir jurídicamente y si bien no cabe prescindir de las palabras de la ley, tampoco hay que atenerse rigurosamente a ellas cuando una interpretación sistemática así lo requiera, dado que la misión judicial no se agota con la remisión a su letra, ya que los jueces, en cuanto servidores del derecho y para la realización de la justicia, no pueden prescindir de la ratio legis y del espíritu de la norma (573).

Esta es una primera lectura en un asunto común. Interpretar la ley es una potestad del juez que no se puede controvertir ni limitar, y el sentimiento de hacer justicia se emparenta directamente con este poder. Pero, claro está, que la misión más delicada de los jueces es saber mantenerse dentro de su órbita, sin menoscabar las funciones que incumben a otros poderes del Estado, de modo de preservar el prestigio y la eficacia del control judicial, evitando así enfrentamiento estériles.

2.3 Las formas de tutela (protección) procesal actuales

La discusión acerca de si es posible encontrar fórmulas distintas de actuación jurisdiccional según sea el objeto a tutelar, genera una polémica donde las coincidencias no son mayoría.

Por ejemplo, un proceso social típico es el procedimiento laboral. Cuando Proto Pisani se refiere a él sostiene que aparece un modelo distinto al de la jurisdicción común, asignándole dos sentidos: a) los procedimientos específicos de conocimiento destinados a resolver los conflictos que surgen de las relaciones materiales; b) los procedimientos sumarios que reducen el conocimiento porque tienen una urgencia particular en la decisión (574). A partir de ello, el tipo de condena se ha de relacionar con el modelo ejecutivo de manera que el cumplimiento no sufra cortapisas derivados de las imitaciones anteriores.

La reducción del conocimiento como forma de dividir las diferencias en la tutela jurisdiccional coincide con la clasificación de los procesos, pero no es suficientemente claro para demostrar la distancia. Hasta pareciera que la misma expresión “tutela diferenciada” es discriminatoria, imprecisa y desigual para las partes, salvo que se interprete como una nueva forma de hacer justicia emplazando la misión jurisdiccional en la senda del llamado a la socialización del proceso civil y constitucional.

Con esta orientación, la clasificación cobra sentido y espera de esclarecimientos legislativos, sin que la omisión o actividad concreta obstruya la aplicación prudente de jueces y tribunales. De otro modo, establecer formas diferenciadas no nos resulta un criterio útil porque, a lo sumo, cada cual guarda su parte o cuota de acción en la unidad que resulta aplicar el derecho en un esquema ritual preordenado.

Por ejemplo, dividir la tutela en de conocimiento y de ejecución no es tan real, porque la potestad jurisdiccional es “notio” más “executio”, al punto que no se concibe resolver sin dar herramientas para el cumplimiento efectivo, sin tener que transitar por

---

[573]. Del dictamen del Procurador General. Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, 1983/08/02, “*Abal Medina, Juan M*.”, ED, 107-165 - Fallos, 305-973 - JA, 984-I-30.

[574]. Proto Pisani, Andrea, *Tutela giurisdizionale differenziata e nuovo proceso del lavoro*, Jovene, Napoli, 2003, p.66.

procesos distintos. Del mismo modo, separar la tutela cautelar de la ordinaria o de satisfacción, es igualmente difuso, porque lo cautelar no tiene autonomía sino que salvaguarda el resultado del proceso al que adscribe.

Frente a estos inconvenientes, algunos aíslan el concepto y definen a la tutela diferenciada como […] "un derecho de los justiciables hacia el Estado. En un primer momento es un derecho hacia los legisladores, de modo que adopten y prevean los mecanismos legales adecuados para brindar una tutela efectiva. Esto implica que el legislador debe establecer: una tutela eficaz particular que le sea inherente a cada tipo de derecho, la oportunidad en que deba actuarse dicha tutela y el contenido de la misma. Asimismo, también debe establecer las técnicas de aceleración del proceso que sean adecuadas para cada caso" (575).

No obstante, sostener que la diferencia proviene de ser un derecho exigible al legislador, torna el derecho en un programa a cumplir antes que en una realidad emergente de su práctica. Hay un gran dogmatismo presente en los fundamentos de esta separación entre tipos de tutela; declamaciones y llamados a la justicia que son vacías de contenido al no precisar cómo y de qué manera deben cumplirse. Para nosotros, a lo sumo, las particularidades se deben encontrar en las posibilidades (poderes-deberes; obligaciones-facultades; legalidad-discrecionalidad) que tiene el órgano jurisdiccional para actuar ante cada situación, donde la urgencia puede tener argumentos y motivos propios.

Así una tutela sumaria puede dar la razón a quien la tiene en forma rápida y definitiva, mientras que la cautelar sólo persigue proteger la resolución definitiva que se pueda dictar, cuando con el tiempo pueda frustrarse la tutela, sin que ello implique que quien obtenga la medida tenga razón en el fondo (576). Lo que nos parece inasible es separar la actuación sin tener reglas que pongan certeza a su aplicación; dicho en otros términos: las diferencias de la tutela no pueden obstruir la aplicación de garantías, principios y reglas del proceso civil, en cuyo caso, lo asimétrico puede estar en las formas (v.gr.: el debate sobre la bilateralidad; el alcance y extensión de la cosa juzgada, etc.), sin que ello afecte principios superiores de la ordenación procesal.

Una muestra de la inútil clasificación en los mecanismos de actuación jurisdiccional es separar por objetivos la decisión, porque todas ellas, en definitiva, deberán reunirse en torno de una sola providencia resolutoria. Por ejemplo, la variedad de tutelas puede encontrar que el juez actúe en forma cautelar (previniendo o asegurando el objeto); ordinaria (providencias de mero trámite, resolución de interlocutorias, sentencia definitiva); diferenciada (conforme se interprete que existe un derecho especial a la satisfacción rápida); ejecutiva (cuando hace cumplir por la fuerza la condena dispuesta). A su vez, cada una de ellas se representa en resoluciones propias de un modelo, como son la tutela preventiva (cautelar pura o de cautelar material –tutela inhibitoria-) y la tutela urgente que admite resoluciones anticipatorias o definitivas (de satisfacción inmediata).

Pero cada una de ellas, si no está suficientemente clara en sus desplazamientos provoca más inseguridades que certezas, lo que no priva de clasificar con el objeto de ver si la diferencia se puede encontrar en las garantías que la justicia debe proteger.

---

575. Zela Villegas, Aldo, *La tutela preventiva de los derechos*, Palestra, Lima, 2008, p. 41.

576. Ramos Romeu, Francisco, *Las medidas cautelares civiles*, Atelier, Barcelona, 2006, p. 50.

3. Exigibilidad y judicialización de los derechos sociales, económicos y culturales

Afirmando este presupuesto inicial respecto a dotar al juez de confianza social suficiente para acompañar el conflicto padecido y dar respuestas responsables a tono con los derechos sociales que se plantean, el aspecto siguiente que debemos advertir es qué tipo de garantías son los derechos que se exponen pidiendo una tutela diferenciada.

La conflictividad puede llegar de una lectura disímil planteada en términos de diferenciar "exigibilidad" de "judicialización", o de sostener que hay derechos que por su propia naturaleza son directa o inmediatamente exigibles, respecto de otros que requieren desarrollo y evolución para poder precisar su objeto y alcance; los primeros se leen como derechos subjetivos y actúan en el plano de las garantías individuales; los otros, son programas de acción, implícitos en las garantías sociales, donde el sujeto obligado a la prestación esencial es el Estado (577).

Con este emplazamiento la división se torna más fuerte cuando se otorga protección judicial a las garantías individuales, y se mencionan como "cuestiones políticas no justiciables" las restantes. García Ramírez, atento con esta incierta probabilidad, dice […] "en rigor, todos los derechos son exigibles –de lo contrario, carecerían de la calidad de los derechos y no existirían, en contrapartida, auténticos deberes-, aunque la exigibilidad pueda verse sujeta a modalidades de forma, tiempo o medida. Este punto enlaza con la cuestión de la <progresividad>, dato que ha caracterizado a los derechos que ahora nos ocupa ¿Es exigible, por la vía jurisdiccional, la observancia de unas normas y la satisfacción de unos derechos cuyo cumplimiento es progresivo? Si así fuera, el órgano judicial se convertiría en agente de la democracia social" (578).

Nosotros participamos el criterio de la justiciabilidad plena de los derechos en cita, pero advertimos el inconveniente que tienen cuando para implementar la tutela se quieren utilizar los procedimientos conocidos, o técnicas más audaces como las medidas de satisfacción inmediata (que, aun basándose en las posibilidades que surge de fundamentar la actuación, en la urgencia y necesidad de resolver, rozan permanentemente con la garantía básica y esencial del debido proceso).

3.1 Garantías individuales

La Constitución Nacional Argentina no fracciona las garantías, solamente las presenta en el enunciado dogmático al señalar el capítulo general de los "derechos, deberes y garantías". La generalización contrae diversas consecuencias y de orden

---

[577]. Piza Escalante desenvuelve esta polaridad ideológica. En efecto, en voto separado afirmó la importancia de distinguir, con un criterio técnico jurídico, entre derechos subjetivos plenamente exigibles, es decir, "exigibles directamente por sí mismos", y derechos de carácter progresivo, que de hecho se comportan más bien como derechos reflejos o intereses legítimos, es decir, "exigibles indirectamente", a través de exigencias positivas de carácter político o de presión, por un lado, y de acciones jurídicas de impugnación de lo que se les oponga o de los que le otorgue con discriminación. Los criterios concretos para determinar en cada caso si se trata de unos o de otros derechos son circunstanciales e históricamente condicionados, pero sí puede afirmarse, en general, que cuando quiera que se concluya que un determinado derecho fundamental no es directamente exigible por sí mismo, se está en presencia de uno al menos exigible indirectamente y de realización progresiva (Piza Escalante, Rodolfo E., OC 1/82, 24 de septiembre de 1982, Serie A n° 1 párrafo 6).

[578]. García Ramírez, Sergio, *Protección jurisdiccional internacional de los derechos económicos, sociales y culturales,* en Revista "Cuestiones Constitucionales" n° 9 julio-diciembre 2003, p. 133.

distinto, sea problematizando o respondiendo desde la amplitud a cada uno de los posibles planteos.

La enunciación hace al reconocimiento expreso y a la operatividad inmediata de cada uno de los derechos y garantías tutelados; pero, al mismo tiempo, dificulta concretar -si fuera necesario- una escala jerárquica de esos valores reconocidos. Es verdad que el estudio cuidadoso de cada una demuestra que se trata de respetar una secuencia que nace en la afirmación, continúa con el ejercicio, y se reasegura con los reclamos o la protección jurídica.

El punto de partida, por lo general, es la libertad, y es ello lógico, pues como lo apunta Castro […] "si el Derecho no partiera de que el hombre es libre, no podría sancionar los actos humanos que contradicen las normas jurídicas, pues sin libertad no hay responsabilidad, y sin ésta no se justifica la coacción pública que sanciona por el incumplimiento de la norma" (579).

También es sensato pensar que la mención de "garantías" en un capítulo común no supone restringir el alcance de cada una, pues la noción es amplia al referirse de modo complementario a la unidad constitucional del ordenamiento fundamental, donde cada precepto se nutre y completa de otro. La dificultad se presenta cuando se trata de establecer el alcance que tiene la expresión "garantía individual", porque a veces ellas se discriminan minuciosamente y, en otras, se introducen como verdaderos derechos individuales que se confunden con los derechos subjetivos públicos, con los deberes de abstención del Estado, con las garantías procesales de tutela, o además, lato sensu, con los derechos humanos.

Razonado cada uno de los aspectos debemos partir confrontando la circunstancia donde la garantía se establece. En efecto, la noción de "garantía" en su latitud intelectiva, pareciera simplificarse con el reaseguro que tiene la sociedad sobre ciertos derechos inalienables e imprescriptibles que pertenecen a todos sin posibilidad de renuncia o violación. Como tales surgirían de una relación entre gobierno y sociedad, donde los primeros actúan la voluntad del pueblo a través del ejercicio soberano de la representación democrática, y los restantes resuelven la vida social desarrollando fines y personalidades específicas.

Esa vinculación tiene un déficit acuciante, pues la sola mención de potestades absolutas del hombre que el Estado no puede superar sin violar los límites establecidos constitucionalmente, no sirven para "garantizar" el pleno cumplimiento de las prioridades fundamentales. La experiencia demuestra sin necesidad de mayores explicaciones el evidente valor declamativo que tienen los dogmas constitucionales cuando el juego de las garantías no funciona en sus tres dimensiones (individual, social y procesal). Punto central para conseguir una ubicación adecuada de los derechos económicos, sociales y culturales, en el plano de las situaciones jurídicas subjetivas.

3.2 Garantías individuales y derechos individuales

Desde este punto de vista, nominar a las "garantías individuales" como potestades insuperables remonta al viejo esquema del "individualismo" que establece derechos a partir de sujetos obligados (personas físicas o morales) y Estados (gobiernos) responsables. La dependencia natural que manifiesta como mensaje esta línea de

---

[579]. Castro, Juventino, *Garantías y amparo,* Porrúa, México, 1989, p. 16.

pensamiento trae consigo una conclusión no muy severa: el Estado no puede actuar contra la voluntad social. Sólo la sociedad puede ofrecer al Estado los instrumentos coactivos para obligar el acatamiento y eficacia de las normas.

Pero la reflexión es falsa, porque -repitiendo a Bidart Campos- "aun admitiendo que el derecho sea un mandato estatal es viable que en dicho mandato estatal incidan fuerzas sociales siempre, o en algunos casos [...]. Quizás la antinomia de <derecho como mandato del Estado>, y <derecho como producto de las fuerzas sociales> provenga de suponer que todo mandato del poder estatal es siempre una imposición totalmente voluntarista de los gobernantes en las que para nada influye la sociedad, cosa que equivaldría a sostener que el origen estatal riñe necesariamente con la influencia social sobre el contenido de lo que los gobernantes mandan. Es factible tanto que el gobernante mande algunas veces sin atender las influencias sociales, como que lo que manda en otras ocasiones se inspire en dichas influencias. De ahí que, en suma, las teorías que aceptan la dependencia del derecho respecto de la sociedad no tienen por qué repeler lo que en el mundo jurídico (derecho) hay de mandato estatal, sobre todo en el derecho constitucional" (580).

En otras palabras, la relación que puede derivar del vínculo derecho individual como "garantía" porta genéticamente la noción de derecho subjetivo (titularidad del derecho), ocasionando un sentido de pertenencia, diferenciado por la persona que lo posea y perdiendo la noción abstracta (por lo general del mandato) que es particular en el concepto de "garantías". Otra consecuencia es que, asimilando la garantía con el derecho individual, se objetiva el alcance, pues sólo sería factible el reclamo cuando exista la posesión de ese derecho fundamental y el daño efectivamente sufrido.

Localizar en este campo los derechos que movilizan ahora nuestra atención, es factible en la noción de “afectado”, y la jurisprudencia local e internacional tiene numerosas expresiones que aceptan intervenir sin obstáculos que lo impidan. Pero, al mismo tiempo, no se trata de resolver el deber de protección de los derechos sociales, o de solventar la calidad institucional de ellos dentro del Estado, sino de solucionar un padecimiento puntual de quien lo sufre.

En este aspecto, la garantía individual es útil y presta servicios en varios niveles de de posibilidades. Sea con la reparación ex post facto; actuando la tutela cautelar, u obrando en el molde de la tutela inhibitoria (581).

3.3 El derecho subjetivo público y las garantías individuales

También se argumenta que, como es el Estado constitucional el que fortalece con sus normas la ejecución de los derechos sociales, económicos y culturales, la calidad del interés se ubica como un derecho subjetivo público, porque el obligado a cumplir es el gobierno que administra. Pero las garantías no son derechos subjetivos públicos, en la medida que en estos se considera presente una relación obligacional prevista, donde uno exige el derecho que tiene y el otro responde con el deber que lo

---

[580]. Bidart Campos, Germán J., *Tratado elemental de derecho constitucional argentino,* Tomo IV, Ediar, Buenos Aires, 1993, p. 21.

[581]. En la práctica la característica de la tutela inhibitoria es impedir que un daño se concrete, continúe o repita. De algún modo supone el tránsito de la reparación *ex post facto* a la prevención anticipada, y lleva a un cambio sideral para la atención normativa (cfr. Gozaíni, Osvaldo A., *Tratado de derecho procesal civil,* tomo III, La Ley, Buenos Aires, <en prensa>).

obliga. Ni más ni menos, se trata de una proyección del derecho subjetivo privado (individualismo) ocasionando iguales complicaciones que la tesis en ella sostenida. De todas formas no hay necesidad de buscar sinonimias o aproximados al concepto de "garantía", basta con resolver su dinámica en el entorno de situaciones concretas o abstractas donde se encuentra emplazada.

A tal efecto es inevitable advertir -y partir de esta plataforma de asentamiento- que las garantías están en las leyes fundamentales. Por tanto, tienen esa característica esencial que supera un orden jurídico ordinario. Es decir, si la Constitución es la Ley Fundamental, superior e inalterable en sus premisas, no se le puede dar un sentido común a sus disposiciones al punto de aligerar o transformar el principio de la supremacía.

De suyo, el poder de peticionar la ejecución o el cumplimiento de un derecho social en el status del derecho subjetivo público, es el mejor encuadre para las representaciones colectivas a través de organizaciones no gubernamentales, grupos ocasionales o asociaciones preconstituidas.

4. Las garantías colectivas

Así como los derechos individuales responden a un período histórico después consagrado en el constitucionalismo; también las garantías sociales son producto de un tiempo preciso que las incorpora.

En efecto, el individualismo surtió grandes resultados de conciencia acerca de los valores que tenía por su sola condición. El Estado actuaba reaccionando ante el conflicto intersubjetivo dejando al hombre libre de hacer y realizarse. La igualdad (todo hombre es igual ante la ley predicaron los revolucionarios franceses de 1789) era la síntesis alcanzada. Sin embargo, el curso del tiempo fue provocando otras urgencias; otras necesidades. La igualdad apareció como una utopía; sus aspiraciones eran inalcanzables para muchos, dando por tierra bastantes de los ideales previstos en los derechos originarios.

La problemática se reflejaba a través de los conjuntos sociales, donde era posible advertir auténticos desequilibrios de fuerzas y oportunidades. La polaridad trazada en el eje patronos y obreros obligó a pensar en mecanismos asistenciales que igualaran en beneficio de las premisas fundamentales que se llevaron otrora al grado de garantías individuales.

Las cartas fundamentales, hasta entonces cartabones del liberalismo, se modifican en favor de una nueva categoría de derechos: los sociales, económicos y culturales. Nacen así nuevas garantías que no serán exclusivas, sino asignadas por correspondencia a un grupo social determinado (v.gr.: derecho de huelga, de agremiación, de protección a la familia, a la salud, a la educación, etc.). Tal como sucedió con la Declaración Francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, es fruto de esta época (1948), y condicionará el obrar futuro del mundo.

Se definen así en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948), los derechos a la preservación de la salud y al bienestar (art. XI), el derecho a la educación art. XII), a los beneficios de la cultura (art. XIII), al trabajo y la seguridad social (arts. XIV a XVI). Luego, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (19/12/1966) establece el derecho al trabajo y los

beneficios sociales, incluyendo el seguro social; la protección a la familia; el derecho a tener un nivel de vida adecuado (alimentación, vestido y vivienda); el derecho a la salud física y mental; el derecho a la educación, y a participar en la vida cultural, entre otros que permiten ir relevando los contenidos esenciales que se tiene derecho a exigir y proteger. La Convención Americana sobre Derechos Humanos, con el título "desarrollo progresivo" dispuso en el art. 26 que: "Los Estados partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenida en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados". Y después vendrá un cúmulo de agregados con buenas intenciones que, analizados sin particularización, permiten encontrar un buen esquema de diseño para los derechos sociales; un entorno más difuso para los culturales que, a veces, se los reduce al beneficio proyectado; y casi neutro y sin explicitación para los derechos económicos, reseñados en ocasiones, como derecho al desarrollo.

De allí la necesidad de saber no sólo qué protección tienen y ofrecen para los destinatarios, sino, al mismo tiempo, obligan a reconocer los significados y consecuencias que tenía el compromiso de cada nación para "adoptar providencias" (¿incluso sentencias?); saber cuán significativa es la reserva de desarrollo cuando los recursos son escasos, y si la vía legislativa era el medio elegido para hacer realidad los derechos trazados en el Pacto o se pensó que entre los "otros medios apropiados" estaban la exigencia de prestación por el Estado, y el deber de rescate por los jueces.

5. Las garantías procesales

Sean garantías individuales o colectivas las que promuevan la defensa, cualquiera y todas resumen su validez y ponderación efectiva, en la única garantía posible que actúa como reaseguro de las demás: el proceso.

Garantías individuales como sociales son, definitivamente, consagraciones fundamentales que obran en la más pura abstracción si no cuentan con un elemental sistema de puesta en marcha o, al menos, de la posibilidad de reclamo efectivo. Por tanto, las garantías procesales son el reducto de la eficacia y resumen la posibilidad de hacer cierta la protección judicial sobre garantías y derechos fundamentales.

Conviene agregar que buena parte de la doctrina prefiere referir en este sector a "garantías de la seguridad jurídica", que en buen romance parece más ajustado a las realidades que impone el tiempo actual; o también de "garantías de justicia", con idéntica disposición que la anterior. No obstante, la suerte del derecho procesal debate su rol como garantía mediante la eficacia de sus procedimientos, de forma que nos resulta más apropiado hablar de ellos, y no en términos de mayor latitud.

Las garantías procesales, a nuestro entender, reposan en tres señalamientos: 1) necesidad de tener un tribunal a quien poder reclamar efectivamente, sin cortapisas de orden técnico alguno, o condicionamientos sustanciales irrazonables (acceso a la jurisdicción), 2) el debido proceso, bifurcado a su vez en las garantías correspondientes al sector de la magistratura -independencia e imparcialidad-; al sector de la defensa -derecho al abogado, derecho a una sentencia justa-; y 3) al sector del procedimiento propiamente dicho -bilateralidad, contradicción, audiencia, proceso rápido y sin

dilaciones indebidas, tutela efectiva con mecanismos urgentes como el amparo o el hábeas corpus, entre otros aspectos que ocupan esta parcela-.

6. La protección procesal específica

Esta presentación del final del parágrafo que precede no puede pasar inadvertida, porque sucede que los más calificados estudiosos de los derechos económicos, sociales y culturales sostienen que la justiciabilidad de ellos depende del empleo de la noción de "debido proceso" (582). Esto es cierto, pero no todo el contenido es útil sino aquellos que salvaguardan el acceso a la justicia, el derecho a ser oído, el establecimiento del plazo razonable, entre aquellos que definen la promesa de seguridad, sin analizar los resguardos técnicos del procedimiento que es donde estos derechos necesitan esclarecer y definir el alcance (v.gr.: bilateralidad y contradicción; principio de congruencia; carga de la prueba; modalidades de la sentencia; extensión de la cosa juzgada; régimen de cumplimento y ejecución de la sentencia; derecho al recurso, etc.).

6.1 Determinación del objeto (la pretensión procesal)

La pretensión individual o colectiva sufre el problema de la indeterminación que existe sobre el alcance preciso, más o menos exacto, que se puede peticionar. A veces cuando el reclamo es personal, la ambigüedad se elude con el pedido concreto (v.gr.: asistencia médica; provisión de medicamentos; asistencia escolar; etc.), que encuentra satisfacción simple con la prestación cumplida. La determinación del derecho individual iguala en cada sector de los derechos en referencia un aspecto de protección posible que los muestra como garantías directamente operativas que obligan el hacer jurisdiccional.

La jurisprudencia nos muestra múltiples ejemplos (583) donde el juez ejerce cierto activismo pero en el marco de un proceso bilateral y contradictorio, de alcances sesgados al principio res inter alios acta, y donde la sentencia resuelve un caso concreto sin posibilidades de expandir la cosa juzgada. El derecho individual obtiene satisfacción y resarcimiento, pero el sentido social del resultado se difumina con el alcance de la res judicata.

Las dudas se plantean con los derechos que no encuentran un ajuste exacto con el fin querido. Además, son cuestiones que no se pueden completar con las llamadas "lagunas de la ley" que facilitan lecturas contemplativas. Tomemos como ejemplo el derecho a la vivienda y con él procuremos encontrar el objeto querido para deducir del mismo el contenido posible de una pretensión procesal.

¿Significa que toda persona tiene derecho a tener un lugar donde vivir? ¿Supone que toda persona tiene derecho a ser dueño de su casa? ¿Es nada más que un programa

---

[582]. Abramovich y Courtis dicen que […] "la riqueza de las implicaciones de este concepto instrumental / procedimental permite el tratamiento de violaciones a derechos económicos, sociales y culturales indirectamente, a partir de una crítica de las formas dispuestas por el Estado como condición de su afectación o de su tutela judicial o administrativa" (ob. cit., p. 179).

[583]. El derecho social al trabajo se explana en numerosas leyes que protegen al trabajador; el derecho a la salud tiene leyes que asisten al enfermo con medicamentos de entrega obligatoria, o con asistencia médica específica; el derecho a la educación se nutre de planes estatales de gestión, etc. En cada supuesto, una persona puede estar afectada directa o indirectamente, y tener derecho a reclamar judicialmente que se cumpla con el mandato legal. En estos casos, la visualización de la carencia es menos conflictiva y genera menores incertidumbres.

de acción política cuya cobertura formal debe prestarla el Poder Ejecutivo? Cada pretensión traza un camino de soluciones eventuales, por ejemplo, ¿puede el juez ordenar que las tierras ocupadas ilegítimamente sean cubiertas por quienes las usurpan argumentando la función social de la tierra? ¿Podrá resolver que debe el Estado construir viviendas para quienes no las poseen? ¿Podrá interpretar que el derecho a la vivienda se soluciona con dar un techo donde ampararse? ¿Es, acaso, un derecho de contenido prestacional o se trata de un programa que al no ejecutarse sufre una inconstitucionalidad por omisión?, estos y muchos más pueden ser planteos hipotéticos, que serían los mismos que un juez tendría ante sí.

En suma, la determinación del objeto a resolver es imprescindible para el derecho procesal; con él van de la mano muchos principios, como la congruencia, el alcance de la cosa juzgada, la producción probatoria, etc.

Los derechos sociales tienen mejor encuadre y desarrollo que otros más vagos y genéricos, como los derechos económicos y los culturales. De allí los interrogantes derivados con demandas que señalan el derecho a cumplir pero no indican claramente la forma como se pretende que la sentencia se ejecute.

Volviendo al ejemplo, si alguien demanda al Estado o al dueño de la tierra que ocupa para que allí se formalice el derecho a la vivienda: ¿está pretendiendo que el Estado le provea la habitación? ¿Quiere que el propietario cuya tierra se ocupa, la ceda para poder allí construir? Supongamos que se pidiera una u otra cosa, que al estar planteado desde la inteligencia particular que se acuerda al sentido de "derecho a la vivienda" obliga a la interpretación y aplicación judicial: ¿puede el juez decidir en causas como éstas?

Avancemos algo más. Si abandonamos las pretensiones individuales y las llevamos al terreno de lo socialmente representado por asociaciones o grupos (convencionales u organismos no gubernamentales) ¿pueden generar las pretensiones colectivas soluciones de igual alcance? Aquí el dilema tiene otra faceta. Ya no es solo la indeterminación del derecho a tutelar, sino también, la duda fáctica para dar cabida a la demanda.

El planteo no significa hacer una reserva de actuación, sino exponer las posibilidades reales que tiene hoy la ideología procesal puesta en manos de dos interpretaciones. Si confiamos en los jueces y en ellos reposa el sentido y responsabilidad social que al tribunal le toca ejercer, no tenemos dudas que habrá modalidades para que se ordenen las medidas tendientes a esclarecer los hechos (art. 36 inciso 1°, CPCC), o que se exprese lo necesario para determinar la competencia judicial (art. 337, CPCC), y en suma, se encarrile la demanda en la senda de los derechos cuya protección se dispensa. En cambio, si al proceso se lo mira como propiedad de las partes, el juez cumple una función propia del mecanismo de la iniciativa privada; responde a lo que se pide aplicando el derecho, y si la demanda es ambigua o formalmente defectuosa la rechazará in limine o declarará su improcedencia objetiva. Su misión es sentenciar el conflicto entre partes sin protagonizar un rol propio o tener un cometido diferente (584).

---

584. Para comprobar la oposición entre ideas, remitimos a la obra "*Proceso y Constitución*", Tomo I, Ediar – Porrúa, Buenos Aires / México, 2009 (en prensa) donde por un lado nos dice Juan Manuel Acuña que la discusión sobre la interpretación del derecho es similar a la que se le presenta al intérprete constitucional cuando debe establecer el contenido de derechos de indiscutible judicialización tales como la libertad de expresión, en relación a la cual cabría preguntarse: ¿qué discursos estaríamos dispuestos a proteger a partir de un enunciado constitucional como el que

6.2 La legitimación para obrar

La pretensión individual, como dijimos, solo tiene problemas de encuadre; el inconveniente se produce con el reclamo grupal o colectivo. Cuando el derecho es singular se aísla el objeto reduciéndolo a un problema de consistencia entre lo que se pide y el carácter de afectado, para deducir entonces, si tiene legitimación procesal y derecho al proceso. En cambio si la demanda es colectiva y persigue una reparación (o prevención) de alcance grupal o sectorial, la referida consistencia entre el objeto y la representación del derecho sufre los efectos de la teoría de la legitimación.

Si a ello le agregamos que el derecho cuyo cumplimento se expone tiene dudas en cuanto el alcance intrínseco (v.gr.: derecho a la vivienda digna), esa incertidumbre se transmite a quienes representan un derecho probablemente incierto.

Sin embargo, existe por encima de estos repliegues procesales un deber del Estado de asegurar la protección, fomento y desarrollo de los derechos económicos, sociales y culturales (art. 26, citado) y un principio de igualación (art. 26, Pacto de Derechos Internacionales Civiles y Políticos) que posterga o elimina el subterfugio formal. Además, en el derecho argentino, la Constitución Nacional estableció en el art. 43 que existe un derecho de amparo en defensa de los derechos constitucionales, o contra cualquier forma de discriminación, y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general.

Por tanto, las cuestiones de legitimación pasan a ser un problema instrumental, donde lo primero que se tiene que resolver es la calidad de los hechos expuestos y la necesidad que tienen de protección rápida y urgente, o mediata pero efectiva.

---

contiene la constitución de los Estados Unidos de América en su enmienda I al expresar que "El Congreso no dictará leyes que restrinjan la libertad de palabra? ¿Cualquier clase de expresiones merecen el amparo del Derecho? En el sistema jurídico mexicano, y siguiendo el caso de la libertad de expresión, deberíamos responder negativamente a la pregunta anterior, pues el constituyente estableció ciertas pautas de control, bajo la forma de restricciones directamente constitucionales prescribiendo en su Art. 6 que "la manifestación de las ideas no será objeto de ninguna inquisición judicial o administrativa, sino en el caso de que ataque a la moral, los derechos de terceros, provoque algún delito o perturbe el orden público…". Sin embargo, estas especificaciones del constituyente, parecen aclarar poco, pues cabría preguntarse a continuación: ¿Que debe entender el intérprete por lo moralmente aceptado? ¿Qué grado de afectación puede tolerar el orden público para considerarlo no perturbado? etc., etc.

En cambio, Montero Aroca le quita al juez esa posibilidad porque sostiene que su deber es aplicar la ley, no crearla. Por eso advierte como confusa la idea opuesta que deslinda en dos principios. El dispositivo se fundamenta en la naturaleza privada del derecho subjetivo deducido en el proceso, en la titularidad particular del mismo, en la autonomía de la voluntad de los ciudadanos y, en definitiva, en la libertad. Partiendo de este fundamento el principio debe significar: 1.) La actividad jurisdiccional sólo puede iniciarse ante petición de parte; el particular debe ser libre para medir el interés que le mueve a luchar por su derecho o a dejarlo ignorado o insatisfecho. 2.) La determinación concreta del interés cuya satisfacción se solicita de los órganos jurisdiccionales es facultad exclusiva de las partes o, en otras, palabras, la determinación del objeto del proceso corresponde al actor mediante la pretensión y la determinación del objeto del debate al demandado por medio de la resistencia. 3.) Los órganos jurisdiccionales al satisfacer, por medio del proceso y de la sentencia, intereses privados, deben ser congruentes con la pretensión y la resistencia formuladas. 4.) Si las partes son las únicas que pueden incoar la actividad jurisdiccional, pueden también ponerle fin, disponiendo del interés o intereses cuya satisfacción se solicitaba (cfr. *La nueva ley de enjuiciamiento civil española y la oralidad*, XVII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal, San José de Costa Roca, 2000, passim).

De allí que las posibilidades de actuación sean en representación de: a) el derecho o interés del directamente afectado (representado por sí mismo o en litisconsorcio activo, bien como parte de un grupo alterado en forma homogénea); b) el derecho o interés que pertenece a todo un grupo o sector, unidos por un hecho que los afecta de manera indivisible (vecinos que sufren el corte del suministro eléctrico; o que padecen el cierra de un establecimiento hospitalario; o la mudanza de una institución educativa, etc.); c) el derecho o interés afectado que no individualiza afectados más que de manera genérica (daños al patrimonio cultural, costo exagerado del transporte; alza de precios; etc.).

A su turno la demanda la puede deducir: a) Una persona con representación suficiente, b) una entidad regularmente constituida que demuestre con sus estatutos el objeto social que lo vincula con el proceso; c) una entidad ocasionalmente compuesta siempre que tenga "adecuada representatividad"; d) el Defensor del Pueblo o el Ministerio Público.

En consecuencia, tienen legitimación procesal para entablar acciones colectivas el afectado, que puede ser una persona física individualizada cuyo perjuicio trasciende su individualidad porque ocupa los intereses de terceros; o bien, el grupo afectado que puede o no tener una representación organizada con anterioridad.

En este caso, hay dos teorías de aplicación probable. Una que la doctrina italiana denomina "ente exponencial" y la americana "adecuacy of representation" (585), que atiende esencialmente la calidad de la representación y la historia institucional del grupo; y otra que pone el ojo en el "ente exponencial", que supone convalidar la representación que se arroga un grupo para defender los intereses de una colectividad determinada. El criterio se adopta por exclusión, es decir, que admite la representación que se invoca para requerir la actuación jurisdiccional ante un hecho donde los damnificados permanecen inactivos o en actitud pasiva; o bien cuando conocida la invocación del problema a través del "ente exponencial", no cuestionan ni contradicen la demanda planteada. El grupo exponenciado es el sector protegido, y el ente exponencial la entidad organizada o la persona o personas que pretenden la atención judicial.

6.3 Las modalidades instrumentales

---

[585]. En ambos casos se procura que las organizaciones o grupos cuenten con garantías básicas para establecer el contradictorio. La audiencia y alegación constituyen resortes de ello, y propician un abandono del simplismo que ve al proceso como cosa entre partes físicas y conocidas. La garantía del debido proceso, en estos casos, se resuelve a través de la *adecuada representación* de los intereses del miembro del grupo que permanece ausente, defendidos por otro u otros miembros del grupo, que se encuentran en una situación cualitativamente idéntica y que ofrecen indicios de que van a proteger de manera adecuada (idónea) los intereses de todos los que se encuentran en semejante posición jurídico-material. La "representación adecuada" se diferencia de la convencional, en que no existe una concesión expresa de apoderamiento, porque no hay una personalidad constituida, tampoco una voluntad tácita que acepte la manifestación en nombre del ausente; se trata, solamente, de atribuir legitimación procesal activa que objetivamente permita la defensa de derechos grupales desprotegidos. De este modo, la representación adecuada atiende más la cualidad de los hechos denunciados que a las personas que invocan la petición judicial (cfr. Gozaíni, Osvaldo A., *La legitimación en el proceso civil*, Ediar, Buenos Aires, 1996, ps. 140 y ss.)

También en este espacio las asimetrías en la protección son elocuentes. Los derechos sociales avanzaron a paso firme y constante logrando el reconocimiento de procesos especiales como de acciones colectivas que defendieron los derechos del trabajo y la seguridad social. Sin embargo, el progreso no fue parejo con los demás derechos del conjunto, producto quizás de la indeterminación del objeto a tutelar y de la resistencia de los Estados alegando el estado de emergencia económica.

Muchos han optado por el "juicio de amparo" (recurso de protección; mandado de segurança, acción de tutela) cuya naturaleza constitucional amplía notoriamente el permiso para debatir los derechos que nos interesan.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha dicho que:" […] ese deber de organizar el aparato gubernamental y de crear las estructuras necesarias para la garantía de los derechos está relacionado, en lo que a asistencia legal se refiere, con lo dispuesto en el artículo 8 de la Convención. Este artículo distingue entre acusación (es) penal (es) y procedimientos de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter. Aún cuando ordena que toda persona tenga derecho a ser oída, con las debidas garantías por un juez o tribunal en ambas circunstancias, estipula adicionalmente, en los casos de delitos, unas garantías mínimas. El concepto de debido proceso en casos penales incluye, entonces, por lo menos, esas garantías mínimas. Al denominarlas mínimas la Convención presume que, en circunstancias específicas, otras garantías adicionales pueden ser necesarias si se trata de un debido proceso legal" (586); pero en otras áreas, como los derechos económicos, sociales y culturales, el campo de intervención procesal corresponde al proceso, entendido éste como una auténtica "garantía".

En este concepto hay un piso de marcha que no se debe descuidar. Es verdad que el debate metodológico entre pretendiente y defensor se debe mantener con los estándares de la bilateralidad, el derecho a la contradicción, y las garantías esenciales del derecho de defensa; pero esta lectura "garantista" no debe llevar a que los derechos sociales se vuelvan una disciplina teórica cargada de ilusiones, que tras la constitución de valores y principios impidan que la función judicial quede inerte en sus obligaciones de hacer. Este deber de adaptación se dirige hacia jueces y abogados sin distinción, y compromete al Estado en la tarea de adecuar sus instituciones procesales.

Precisamente, por eso son los desplazamientos en la teoría de la legitimación, que supone variar significativamente el acceso a la justicia; porque la función jurisdiccional no descansa únicamente en la aplicación mecánica de la ley; también revierte la carga probatoria que en este tipo de procesos no tiene la impronta del esfuerzo personal de quien afirma, y en definitiva, porque ante la tutela de derechos de la naturaleza que se involucra, siempre los afectados trascienden las esferas individuales; todo ello conmueve las estructuras y llama a una interpretación distinta del sistema de enjuiciamiento.

En el campo de los conflictos colectivos es donde con mejor definición se encuentra el problema que presentamos. En efecto, no existe aún en América Latina un mecanismo articulado de defensa para las afectaciones de derechos e intereses difusos y/o colectivos, aunque rige desde el año 2002 (aprobado en Caracas en la reunión bienal del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal) el "Código Modelo Tipo de acciones colectivas".

---

[586]. Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), Caso "*Suárez Rosero*", sentencia del 12 de noviembre de 1997. Serie C nº 35, párrafos 76 / 78.

Básicamente el error que éstos sufren consiste en adoptar un modelo de procedimiento que tiene reglas adaptadas para una lucha entre partes, en condiciones aparentes de igualdad y equilibrio. En nuestro parecer, cada uno de los derechos exige un esfuerzo en el poder de derivación que tiene el juez. No tienen el mismo potencial de verosimilitud los derechos económicos respecto de los sociales, que se ven más claros y definidos; o el derecho a la salud de manifiesta connotación ye necesidad, que los culturales que promueven un beneficio diverso.

De todos modos, la elección de un tipo de proceso por quien demanda (v.gr.: amparo) no debe ser un obstáculo para la realización de los derechos. La potestad jurisdiccional que se quiere resaltar es el poder de reconducción, de modo que si el juez considera que la modalidad instrumental elegida es ineficiente, pues tendrá que llevar la instancia hacia el trámite más idóneo, manteniendo la competencia positiva o indicando cuál es el que debiera actuar.

Es un conflicto preferente y esencialmente sumario; hay urgencias implícitas y otras que no admiten más dilaciones, pero cualquiera sea el objeto, los procedimientos deberán garantizar: a) el derecho a ser oído; b) el derecho a formular pretensiones que si resultan para el juez o la parte contraria de contenido vago o impreciso, deberá ordenar que se indique en forma perentoria, aquello que se considera como de contenido esencial para la tutela; c) la prueba es un esfuerzo de colaboración, no una carga del que afirma; d) la cosa juzgada dependerá del tipo de perjuicios y del núcleo central de afectados.

7. La función del juez en los derechos sociales

La función judicial en los procesos que debaten derechos sociales no cambia el sentido de la decisión, pero adapta las figuras de la sentencia a modalidades que no suponen aceptar o rechazar la demanda como es el efecto común de los juicios ordinarios.

Bien dice Acuña Roldán que […]: “Amén de la conciencia de los efectos de sus fallos, los jueces, especialmente los constitucionales, deben cuidarse de entrar en un cálculo de eficiencia entre los derechos y las consecuencias de sus decisiones, pues ello podría implicar el sometimiento de los derechos a un cálculo utilitario que es ajeno a su esencia. En todo caso, si se teme los resultados de las sentencias de los jueces en ciertas materias, concretamente aquellas que tienen que ver con el desarrollo social de los ciudadanos, ello debería ser un llamado de atención a las instancias que en primer lugar deben hacer cumplir los postulados constitucionales” (587).

Es justamente el riesgo del activismo exagerado e imprudente el que siembra dudas sobre el rol judicial. En esta disciplina, la óptica tiene laterales difusos, porque si el desarrollo y progreso de los derechos sociales y de su tipo, se deja en manos del Estado como gestor del gasto público, cualquier resolución judicial que suponga considerar una inversión de solvencia para un acto puntual (v,.gr.: provisión de insumos hospitalarios para la atención de ciudadanos) podrá sepultarse con la restricción de la división de funciones en el ejercicio del poder soberano. En cambio, si la mirada se pondera con la vara del control de constitucionalidad y del control de convencionalidad (esto es, la supremacía de Tratados y Convenciones sobre derechos humanos), la

---

[587]. Acuña Roldán, ob. cit., passim

actividad judicial tiene amplias y suficientes potestades para desenvolver una tutela diferenciada (588).

Quizá la vara sea la prudencia; objetivar el caso concreto para evitar que se legisle con la sentencia; exhortar a los demás poderes a que actúen con la urgencia y necesidad que se requiere; poner plazos y consecuencias directas si hay omisión, en definitiva, son sentencias constitucionales con sus respectivas modalidades y características las que explana el contenido de las decisiones en materia de derechos económicos, sociales y culturales.

---

[588]. Muchas de las críticas en torno a la labor de la justicia constitucional en democracia que apuntan a su carácter contramayoritario –dice Acuña Roldán- aguardan aun respuesta, sin embargo, es de remarcar que no todo activismo en materia de derechos resulta tan objetado como el que se da en materia de derechos sociales y por otro lado, cabría realizar el siguiente comentario: el activismo de la jurisdicción constitucional en torno a los derechos sociales y, como consecuencia de ello, en aras de mantener un nivel adecuado de las personas en relación a ciertas condiciones materiales de vida, puede ser interpretado también como un trabajo denodado de esta instancia por preservar las condiciones de la democracia, con lo cual, el activismo judicial, lejos de poder ser considerado antidemocrático, estaría encaminado al mejoramiento de la calidad democrática (ob. cit., passim).

Capítulo XXX

DEL CONTROL CONSTITUCIONAL
AL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

1. El problema del control de oficio

1.1 En Argentina el control de constitucionalidad siempre trabajó sobre un modelo inapropiado para esa idiosincrasia. Se dijo desde las más calificada doctrina que habíamos asumido el modelo americano, es decir, el proveniente del sistema de Estados Unidos de América donde la actuación judicial queda a expensas de resolver en un caso concreto el deber de fiscalizar el principio de la supremacía constitucional.

Digo que es inapropiado, por la sutil pero cierta diferencia que tenemos con el sistema procesal imperante en ese país. Nuestra historia constitucional adoptó el sistema de control de constitucionalidad difuso que propuso la jurisprudencia norteamericana a partir del caso Marbury vs Madison, que trabaja sobre un modelo de confianza judicial donde la división de poderes juega como equilibrio entre fuerzas y el rol de los jueces asume esa función como un deber de control. Por eso nunca se resuelve con generalidad y la sentencia del caso, para el common law, tiene valor de precedente, y es un test a seguir cuando los hechos replican situaciones semejantes.

Pero en Argentina, el peso específico del modelo no trascendió, al punto que los códigos procesales siguieron el esquema de la ley de enjuiciamiento civil española de características muy distintas al obrar de los jueces americanos porque el peso de la ley desluce la función de control de la supremacía que es característica del sistema americano. En Europa el modelo tiene explicación, porque la relación entre poderes es funcional, en el sentido de que solo el pueblo tiene dicho "Poder", sin que haya poderes individuales sino administradores. Por eso el gobierno administra como también los jueces lo hacen. En Argentina, en cambio, el Poder reconoce tres representaciones: Judicial, Legislativo y Gobierno siendo el Judicial quien verifica la constitucionalidad de las decisiones y comportamientos de los demás.

1.2 El dualismo funcional visto en actividad tiene un impacto notable en la aplicación de leyes y derechos, dando espacio a polémicas abiertas como la que explana el garantismo y el activismo judicial (ver por ejemplo la tesis garantista sobre el debido proceso que presenta Adolfo Alvarado Velloso589, que se distancia de la nuestra enrolados en la segunda posición590). Es decir, mientras un sector considera que el proceso judicial es el espacio para la lucha entre intereses controvertidos, sometidos a un método dialéctico de debate donde el control de constitucionalidad requiere y exige petición expresa de las partes, o de solo una de ellas; el otro atiende la función

---

[589] Alvarado Velloso, Adolfo, E*l garantismo procesal*, La Ley, diario del 15/12/20, p. 1. Del mismo autor: *Proceso y debido proceso*, La Ley, 12/05/2010, p. 1

[590] Gozaíni, Osvaldo A., *Derecho Procesal Constitucional – Debido Proceso*, editorial Rubinzal Culzoni, Buenos Aires / Santa Fe, 2004.

jurisdiccional y el deber jurisdiccional de resolver los conflictos intersubjetivos procurando hacer justicia con la ley y la Constitución, sin necesidad que sean los litigantes quienes determinen el control constitucional.

Esta asimetría no es académica y se puede observar en los procesos constitucionales, en especial en el amparo, que sufre la interpretación judicial que se le aplica conforme la tesis que cada juez cuente en su haber dogmático. Por eso, mientras algunos siguen aplicando plazos, caducidades, subsidiariedad, etc.; otros definen con más libertades pensando que se trata no de un proceso judicial sino de un derecho a que se protejan los derechos constitucionales.

1.3 Ahora bien, si el control de constitucionalidad se arroja al espacio de las pretensiones, será vital y trascendente el estudio de los procesos constitucionales y de las facultades que tienen los jueces que actúan en ellos; mientras que si le damos libertad a los jueces para que lo hagan de oficio, la preocupación tendrá que inclinarse hacia la investigación de los límites y poderes jurisdiccionales. Uno se ocupa de las garantías procesales en el proceso bilateral; el otro enfoca la dimensión de la actividad normativa que puede desnaturalizar la tutela de los derechos fundamentales. Pareciera que el interés a desentrañar consiste en saber cuánto puede hacer el juez del control difuso cuando tiene que poner en marcha su deber de afianzar la Constitución y hacer justicia en el caso concreto; frente a la potestad actuada que concentra la función en una única actividad: aplicar la ley y resolver si ella es o no constitucional.

El segmentar la tarea del juez constitucional de acuerdo con los poderes que cada sistema le asigna probablemente sea equivocado, porque en definitiva, ambos tienen la misión de equilibrar las tensiones entre los fines constitucionales y la justicia del caso.

De alguna manera esta división de posibilidades es la que originó la extensa polémica jurisprudencial sobre el control de oficio de la constitucionalidad, donde en un trabajo nuestro (con Adelina Loianno) de hace muchos años, proponíamos que se eludiera el requisito impuesto de la petición de parte, con el principio iura novit curia y la aplicación estricta del art. 31, constitucional591.

Así se llegó al resonado caso "*Mill de Pereyra, Rita A. y otros c. Provincia de Corrientes*" (CS, 2001/09/27, Fallos, 324:3219) donde por primera vez en un voto mayoritario del más Alto Tribunal, se resuelve aceptar la facultad que tienen los jueces para declarar de oficio la inconstitucionalidad de los actos estatales, cuando éstos, por su contenido, vulneran el orden de prelación establecido en el artículo 31 de la Constitución Nacional. Si bien esta regla se enuncia "obiter dictum", fue el puntapié inicial de una jurisprudencia actualmente consolidada.

1.4 Sin embargo, para centrar la respuesta al cuestionario que se confronta, no se puede soslayar el impacto académico que tuvo y pondera este mecanismo, al punto que se convirtió en uno de los contenidos básicos que permitieron la emancipación del derecho procesal constitucional como disciplina autónoma.

---

[591] Gozaíni, Osvaldo A. – Loianno, Adelina, *El control judicial de la constitucionalidad de las leyes. Iniciativa, medios y alcances,* La Ley, 1985-E, 808

Por eso, no son problemas propiamente dichos los que trae el control sin iniciativa de parte, sino el alcance de cuanto supone actuar con esas posibilidades. Algunos entienden que asienta en el principio obligatorio de aplicar la interpretación más acorde con la supremacía de la Constitución; sin embargo, esta afirmación quedaría afectada (en realidad es un complemento necesario) por la influencia de los Pactos y Convenciones Internacionales sobre derechos humanos, que traen el deber de concretar el control de convencionalidad592.

Al respecto explica Albanese que […] "el control de convencionalidad constituye la función esencial de los órganos internacionales competentes que, según expresan, no se erigen en funcionarios, legisladores o jueces nacionales, sino que interpretan los actos internos al amparo de la Convención. Se menciona desde el campo internacional la constitucionalización del derecho internacional en el sentido de construir un orden jurídico constitucional de respeto a los derechos. Posición que se viene manifestando desde hace aproximadamente dos décadas…" 593.

2. Bases legales del control de oficio

2.1 Al dictar la ley 23.054 y aprobar la Convención Americana sobre Derechos Humanos, se produjo la incorporación al derecho interno de Argentina de todas las disposiciones del Pacto. Inclusive, el art. 2° de dicha norma, reconoció la competencia de la Comisión Interamericana por tiempo indefinido, y de la Corte Interamericana sobre todos los casos relativos a la Convención con la única condición de reciprocidad.

De la Convención, especialmente, surge el deber impuesto a los Estados que adhieren al Sistema y se convierten en "Partes", de respetar y garantizar los derechos y libertades reconocidos (art. 1°); así como de adoptar disposiciones de derecho interno que lo aseguren, sean éstas medidas legislativas o de cualquier otro carácter, entre las que obviamente se encuentran las sentencias.

Inclusive, del art. 25 surge el derecho de protección judicial dando cuenta que toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido (que puede ser cualquiera que resulte idóneo a los fines de salvaguardar el principio de supremacía), que garantice la decisión sobre los derechos de toda persona que lo interponga. Disposición que en Argentina es aplicable directamente por la jerarquización dispuesta en el art. 75 inciso 22 de la Constitución Nacional, y sin perjuicio de ello, de cuanto surge y resulta del art. 28 del Pacto (Cláusula federal) en orden a que, siendo la nuestra una nación constituida como estado federal, el Estado tiene el deber de aplicar la Convención en todo el territorio.

---

592 La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha manifestado que el objeto y fin de las convenciones de derechos humanos son la protección de los derechos […]: "Al aprobar estos tratados…los Estados se someten a un orden legal dentro del cual asumen varias obligaciones no en relación con otros Estados sino hacia los individuos bajo su jurisdicción" (Corte IDH, OC-1/82 del 24 de septiembre de 1982 – "Otros Tratados", objeto de la función consultiva de la Corte (artículo 64 Convención Americana sobre Derechos Humanos), párr. 24.

593 Albanese, Susana, La internacionalización del derecho constitucional y la constitucionalización del derecho internacional, en "El control de convencionalidad", Albanese, Susana (coordinadora), Ediar, Buenos Aires, 2008, ps. 13 y ss.

2.2 De igual modo, el problema no es encontrar la fuente legal del poder de aplicación de oficio, en la medida que la adopción de criterios e interpretaciones viene señalada por la propia Convención Americana sobre Derechos Humanos en el art. 29 (normas de interpretación), del que surge que nadie puede suprimir o limitar el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en el derecho internacional como en el interno.

También son las personas quienes tienen deberes correlativos, con la familia, la comunidad y la humanidad. De allí que el art. 32 declare que los derechos de cada persona estarán limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática (CADH).

Para nosotros el conflicto se suscita con el poder de actuación del juez y este se tiene que señalar respecto a dos situaciones posibles. Una que atiende el funcionamiento del poder dentro del modelo de procedimiento; y otra relacionada con la sentencia en sí y la posibilidad de incluir entre sus fundamentos aspectos que las partes no introdujeron como pretensiones o defensas.

2.3 Veamos las posibilidades:

a) Caso donde se plantea directamente la inconstitucionalidad normativa o fáctica: Es la menos compleja, porque más allá de la diversidad de nuestro país respecto al modo y forma de regular la acción directa de inconstitucionalidad, cuando ella se presenta como pretensión no hay conflicto alguno con el poder de resolución.

b) Caso donde la inconstitucionalidad es derivada: Son aquellas que provienen de la manifestación como inconstitucional planteado como defensa, excepción o incidente dentro de un proceso de conocimiento (v.gr.: planteo de inconstitucionalidad de una ley sobre la que se funda la demanda). También actúa como recurso (v.gr.: recurso de inconstitucionalidad deducido contra la sentencia dictada en un proceso donde se haya controvertido la validez de una ley, decreto, ordenanza o reglamento, bajo la pretensión de ser contrarios a la Constitución Nacional o local y siempre que la decisión recaiga sobre ese tema [art. 299, código procesal civil y comercial de la provincia de Buenos Aires]; o el propio recurso extraordinario federal del art. 14 de a ley 48, o el que con ese nombre se plantea ante la Cámara Nacional de Casación Penal).

2.4 En todos los casos el control del principio de supremacía constitucional es idéntico, pero pueden cambiar las reglas del debate conforme sea el modelo de procedimiento. Por ejemplo, cuando se deduce un juicio de amparo contra el acto lesivo que se reputa anticonstitucional (pudiendo el juez en el caso, declarar la inconstitucionalidad de la norma) el objeto del proceso es el acto o la omisión contrario a un derecho sostenido por la Norma Fundamental o un Tratado a ella incorporado con jerarquía tuitiva para la protección y defensa de los derechos humanos. La pretensión persigue que se atienda de inmediato el problema de derecho, postergando las cuestiones de legitimación, ante lo manifiestamente arbitrario o ilegítimo del proceder público o del particular cuestionado. La prueba puede ser innecesaria, precisamente por lo ostensible del hecho que se denuncia, y la eficacia de la sentencia, hasta encuentra la posibilidad de ser extensiva a terceros, o inclusive más allá, si se le confiere efectos “erga omnes”.

En cambio, si el conflicto de constitucionalidad se articula en un proceso ordinario, las formas del procedimiento no pueden cambiar, aunque la atención sobre el foco de ilegitimidad sea propicio para que el juez trabaje con funciones distintas a las de la bilateralidad pura, que significa imponer cargas, deberes y obligaciones a quien lo promueve, de modo tal que si el perjuicio constitucional no se demuestra de manera clara e inequívoca, la declaración peticionada no será procedente.

Entre ambas situaciones aparece un tercer modelo de procedimiento que escapa de las figuras típicas que tienen los arquetipos anteriores que se resuelven con sentencias de condena. En efecto, dice el art. 322 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación Argentina, con el título "acción meramente declarativa" que: "Podrá deducirse la acción que tienda a obtener una sentencia meramente declarativa, para hacer cesar un estado de incertidumbre sobre la existencia, alcance o modalidades de una relación jurídica, siempre que esa falta de certeza pudiera producir un perjuicio o lesión actual al actor y éste no dispusiera de otro medio legal para ponerle término inmediatamente […]".

2.5 La figura apunta a esclarecer "estados de incertidumbre", que por vía de principio, son proclives a generar inseguridad jurídica e imprevisión sobre efectos no pensados al tiempo de contratar. La acción que se presenta como "meramente declarativa" pareciera así acotar el reducto de actuación a tres objetivos precisos: a) verificar si la relación jurídica existente se aplica a la convención entre partes; b) establecer el alcance de dicha relación jurídica; y c) determinar las modalidades para ejecutar o cumplir la convención entre partes.

En este esquema, son presupuestos de admisión que exista un claro perjuicio o lesión al actor, y que éste no tuviera otro medio legal para remediarlo.

2.6 Reunidos todos los procedimientos, la intervención del juez adquiere matices que traen polémicas doctrinarias. Algunos sostienen que no importa que el conflicto sea "constitucional" porque el proceso no tiene reglas diferentes. El que alega debe probar; el que resiste debe hacerlo respecto a sus defensas; y el juez debe fallar conforme lo probado y alegado por las partes, sin poder decidir más allá de lo pedido. Con ese encuadre, el control sobre la regularidad del procedimiento poco tiene que ver con la decisión del mismo; de allí que el verdadero problema no sea la técnica, sino la sentencia.

Ésta es la auténtica cuestión que polemiza el llamado "control de oficio" y la posibilidad de resolver con bases y fundamentos que las partes no alegaron ni probaron.

3. Las sentencias no legislan

3.1 La respuesta al quid anterior se enlaza con el tercer interrogante. No hace mucho tiempo afirmamos que las sentencias no podían legislar, advirtiendo que las fisuras en el principio de congruencia y el efecto de las decisiones (erga omnes) dejaban ver la influencia que tienen las decisiones judiciales cuando se ocupan de analizar y decidir contingencias que, siendo motivo del caso en particular, trascienden a las partes para instalar con la sentencia una suerte de modelo a seguir. En el caso de derechos individuales homogéneos pareciera que el problema no es tan grave, pues la identidad fáctica permitiría extender la eficacia del pronunciamiento a todos quienes se

encuentren en igual condición y derechos; pero el punto no es tan sencillo o simétrico cuando la decisión judicial pretende solucionar el vacío legal (omisión legislativa), reglamentar una norma programática, señalar la inconstitucionalidad de una ley disponiendo más que la inaplicación al caso, o generar un marco legal de seguimiento estricto por todos, entre otras posibilidades.

El tema de estudio fue advertir que el problema no estaba en la sentencia, en sí misma, sino en la posibilidad constitucional de hacerlo, pues en nuestra Carta Fundamental, los jueces deben fallar en los casos concretos.

3.2 Pero entre Constitución y Derecho Internacional de los Derechos Humanos hay una diferencia importante que se releva con la técnica de elaboración de ambos ordenamientos. Las motivaciones y los tiempos son distintos, aunque puedan vincularse en esencia y naturaleza. Las Constituciones fueron pensadas para un tiempo invariable, regirían los destinos de la sociedad bajo premisas inmutables que se quisieron resguardar con el principio de la supremacía. Sin embargo, con la aparición concreta del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, surgieron nuevos encuadres de superioridad, donde los tratados y convenciones de origen transnacional superaron a la Ley Constitucional, obligando a los Estados a dictar normas internas acordes con las necesidades del hombre en un destino universal.

Esto no se puede poner en escena como una crisis del control de constitucionalidad, y menos aun cuando los Derechos Humanos acceden a las leyes supremas; lo que cambia es la fisonomía del encuadre, donde la diferencia establecida por Kelsen para distinguir entre normas fundamentales y normas secundarias, ha servido para imponer un criterio jerárquico en la selección de prioridades y dicciones que deben emitir cada una de las disposiciones de un orden jurídico determinado. Así como las normas individuales están en la plataforma de aquella pirámide imaginaria, la norma constitucional se encuentra en el vértice superior coronando el sistema, sólo que ahora no es una punta de un solo filo, sino varias agujas reunidas en lo que suele llamarse “bloque de constitucionalidad”.

Por supuesto, la Constitución de Estados Unidos de 1787 incluyó la cláusula "the supreme law of the land", circunstancia que elevó a la Norma Fundamental, por encima de las disposiciones legislativas, condicionando el deber de aplicación en las soluciones dadas a las partes a través de sentencias. Sólo que, en esta hora, la tesis de la supremacía tiene que enfrentar un problema interpretativo.

Nadie puede negar que sean también las constituciones cartabones ideológicos, dispuestas en un tiempo histórico que las define, con proyecciones hacia una sociedad pensada, y aun cuando pueda comprendérsela en un todo armónico y uniforme, es probable que tengan diferencias semánticas que interroguen el sentido de una disposición, etc. etc.

Todo ello ha causado cierto revuelo al mecanismo de interpretar la Ley Superior de un Estado, porque si bien es cierto participa de las ideas conductivas de todo sistema de inteligencia sobre cláusulas, también lo es que la técnica, la práctica y el mismo método difiere y exige una prudencia mayor.

La romántica esperanza de LOEWENSTEIN para que los textos constitucionales fuesen legibles y comprensibles para todos, ha quedado justamente como tal: sólo una esperanza. Por estas razones, la superioridad de las normas fundamentales requiere de jueces que las protejan y les den lectura apropiada, de allí que el control de oficio no sea

un ejercicio contra mayoritario, ni una actuación arbitraria (en el sentido de encontrar arbitrariedad en la sentencia); menos aún una actividad sorpresiva e inesperada.

En nuestro es ejercicio pleno de la función constitucional.

4. El control de convencionalidad

4.1 La Corte Argentina en el caso "*Ekmekdjian c/ Sofovich*" (Fallos, 315:1492) reconoció la subordinación al derecho transnacional de los derechos humanos, pero fue en el caso "*Arancibia Clavel*" (Fallos, 327:3312) primero, después en "*Simón*" (Fallos, 328:2056) y "*Mazzeo*" (Fallos 330:3248) donde señala que el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.

Se considera implícito, desde entonces, el deber de controlar la convencionalidad, que significa adecuar la decisión judicial a tres niveles: a) el normativo que surge de Tratados y Convenciones jerarquizados por el art. 75.22, constitucional; b) el interpretativo, que pondera el peso específico de las recomendaciones de la Comisión Interamericana y las sentencias de la Corte Interamericana, así como las decisiones adoptadas en opiniones consultivas; y c) el de ejecución y cumplimiento en el derecho interno.

La tarea consiste en verificar que las normas internas no sean contrarias al Pacto, y en su caso, se dé preferencia y aplicación a éstas, no solo en su declaración, sino además, en su alcance y ejecución. La Corte Interamericana suele referir a un "efecto útil" y a un "diálogo jurisprudencial" que, por supuesto, todos los jueces argentinos, sin diferencias, deberían seguir.

4.2 Claro está que referimos a un deber funcional que no necesita de petición de parte. Sin embargo, para conseguir dicho efecto útil va a ser necesario que se mejore la comunicación del activismo que la Corte Interamericana muestra en los últimos años, que ha incrementado notablemente la producción de sentencias respecto a promedios anteriores.

También será necesario que se establezca alguna orientación sobre aspectos que bien ha puesto de relieve Alberto Bianchi594 respecto a determinar si el control de convencionalidad supone vincular (obligar) al juez con la interpretación acordada por el tribunal externo.

Esta pregunta –dice Bianchi- […] "debe ser respondida teniendo en cuenta (a) lo que dicen estos fallos, (b) las facultades que la CADH le otorga a la Corte IDH y (c) los alcances de la reforma constitucional de 1994 en el sistema judicial argentino. En relación con lo primero, no puedo dejar de señalar aquí que las sentencias mencionadas, lejos de establecer una obligación, formulan una recomendación. Lo que imponen, a mi juicio, no es la fuerza vinculante de la jurisprudencia de la Corte IDH, sino, en todo caso, la obligación de "tenerla en cuenta", de considerarla, de hacer mérito de ella, lo que no implica necesariamente el deber de acatarla. En relación con lo segundo, preciso es admitir que, bajo la CADH, la Corte IDH no puede imponer otra obligación que la de "tener en cuenta" su jurisprudencia. En efecto, no existe norma alguna en la CADH que

---

[594] Bianchi, Alberto B., *Una reflexión sobre el llamado "control de convencionalidad",* La Ley 2010-E, 426.

le otorgue a la Corte IDH poder para imponer a los Estados integrantes del SIDH la obligación de "acatar" su jurisprudencia bajo pena de incurrir en responsabilidad internacional. Esta responsabilidad solamente surge frente al incumplimiento de los fallos recaídos en los casos en los cuales los Estados son parte”.

Capítulo XXXI

LOS PROCESOS CONSTITUCIONALES

1. Introducción

1.1 Al final de cada siglo la intensidad de los cambios aparecen más visibles. Quizás sea la esperanza, o se incentive la ilusión, pero en todo tiempo se asiste a un cambio similar al que se produce en cada fin de centuria. Son movimientos trascendentes que afectan e inciden en las sociedades otorgando un modelo nuevo para la vida en relación.

El siglo XXI avizora en modelos que transmite el llamado a la integración, un sistema de simetrías que opera sobre lo que se ha dado en llamar la "globalización". Este trabaja en tres dimensiones distintas: *a)* la geografía; *b)* el tiempo, y *c)* la producción normativa.

1.2 La primera queda de manifiesto con la eliminación de barreras territoriales para aceptar una metamorfosis del poder que no se nutre ya del concepto de "soberanía", sino de pautas y conductas que siguen un estilo de cooperación y, también, porque no, de la influencia política y económica.

Este derrumbe de las fronteras tradicionales permite la formación de un derecho que emerge bajo el nombre de "comunitario" o, el más amplio "derecho de la integración".

En esta parcela, la idea de un derecho global parecido al esquema teórico de los derechos naturales, es propio de ejemplos que se constatan en las garantías jurisdiccionales que influyen en conceptos como el debido proceso, para identificar un sentido común de aplicación. Lo mismo ocurre con la trascendencia en el derecho interno de los fallos de la justicia transnacional.

1.3 El segundo aspecto, el tiempo, es muy diferente. La sensación de perennidad que pretendió establecer un *status quo* basado en la seguridad y firmeza de lo conocido fronteras adentro; hoy está eliminado o superado por la velocidad de la historia. Aquella creación del Estado pensado para la eternidad queda sin bases cuando el espacio es mayor y las comunicaciones modernas transmiten mucho más rápido los sucesos que afectan al mundo. La superación de unos altera la parsimonia de otros.

Por eso, hoy es posible saber qué le ocurre a cualquier país del mundo con sólo pulsar una tecla del computador. Antes, los tiempos eran mucho más lentos, fue imprescindible dotar de firmeza y seguridad a las cosas con la excusa de la organización estadual.

1.4 El tercer lugar de la mentada globalización atiende el fenómeno normativo. La producción de normas ahora está influida por la supranacionalidad que admite la "aldea global", pero también, al mismo tiempo, existe una supranormatividad que altera la idea habitual de creación y aplicación de las leyes.

Como esta es la base que inspira la aparición de un derecho procesal sin fronteras, y hasta un arquetipo procedimental común, es preciso abordar la problemática dando respuestas a varios interrogantes que enseguida atenderemos.

2. Influencia transnacional de la producción normativa

2.1 En el plano de la evolución normativa existe un punto común donde se reúnen ideales compartidos que han perseguido, desde siempre, afianzar el destino de los hombres a partir del conocimiento de sus derechos.

Fue así como el derecho romano planteó un modelo o arquetipo por el cual cada conflicto hipotético en la sociedad tenía una respuesta legal y un sistema de representación ante los jueces para resolver las controversias suscitadas.

La utopía de la comunidad universal que apresaba el imperio romano entronizó el *jus comune;* éste se proyectaba en sus lugares de poder y dominación bajo la coherencia intrínseca del orden jurídico homogéneo.

Propiamente, era un método destinado a perdurar; una ética o una moral dispuesta como modelo y, en definitiva, un conjunto de reglas afianzadas por la fuerza y la persuasión sobre la conveniencia del respeto.

2.2 Es el mismo temperamento que va a tener la iglesia cuando, en la edad media, confluye con sus principios y modifica los procedimientos conocidos dándoles un profundo sentido religioso. Se conservan las reglas y se compilan las disposiciones de varios siglos, bajo la forma totalizadora del inventario.

Al mismo tiempo sucede el desmembramiento de los imperios. Las regiones y los intereses se agrupan originando normas particulares fuertemente influidas por los usos y costumbres. Germina un nuevo orden jurídico dispuesto hacia adentro, pero sin mayores creaciones o novedades respecto al dogma del derecho tradicional.

2.3 Tiempo después ocurre un hecho trascendente. Se socava la autoridad y el misterio eclesiástico que poseía, sobre todo, la iglesia católica ([595]); en adelante, cualquiera podía interpretar el destino mortal de las sagradas escrituras y extraer sus propias conclusiones.

Es el tiempo de las ciencias (Copérnico, Newton, entre otros) y de los descubrimientos, con una gran incidencia en las conductas humanas que comienzan a percibir el valor de las idiosincrasias y las pertenencias singulares.

Surge la noción de "derecho natural" y la fragmentación de los principios totalizadores que tenía hasta allí el mentado *jus comune*. El primero pregonando la tesis de regular matemáticamente las conductas sociales a partir de una serie de proposiciones jurídicas de la naturaleza humana. La segunda, es consecuencia política de la creación de los Estados al requerir un sistema normativo para autorregularse.

---

[595] La reforma protestante rompió el dogma del papel intermediario de la iglesia e introdujo la inmediación personal entre el creyente y las escrituras. Las consecuencias de este principio serían inmensas, en especial para el desarrollo de la ciencia, más allá de las suspicacias de Lutero y Calvino (Cfr. Nuñez, Carlos Raúl, *Codificación, Tecnología y Modernidad -La muerte de un paradigma-*, Ara, Lima Perú, 1996, ps. 25/26.

2.4 La recopilación de las leyes fue consecuencia lógica y esperada de la acumulación de poder en las autoridades centrales. Cada uno solicitó una sistemática que evitara el uso de las habitualidades como reglas de conductas, o la aplicación de las costumbres, como modelo para resolver los conflictos.

Las recopilaciones no creaban un derecho particular, sólo continuaban las disposiciones de otrora dándoles un orden sin demasiada meticulosidad. Son ejemplos de esta ardua tarea, las leyes de indias, o los digestos, o el *swabspiegel* que era una simetría absoluta con los hasta allí existente [596].

2.5 A mediados del siglo XVIII se avizora un cambio de mentalidad: el derecho reunido en un orden jurídico no respondía con suficiente certeza por la inseguridad que traía el desconocimiento sobre qué leyes estaban vigentes.

> La era de la certidumbre y el orden da lugar al tiempo de la codificación. Bien se ha dicho que […] "la codificación es uno de los productos más acabados y llamativos del Iluminismo y de la cultura occidental moderna, una de sus expresiones formales más genuinas; se trataría de una obra tardía, más que de una producción antigua o medieval. Esta parece ser la posición más razonable. Se pecaría de anacronismo si se conjetura que la codificación es un fenómeno del mundo antiguo o medieval o propio de cualquier civilización que haya condensado sus normas coercitivas. Desde el momento que las condiciones materiales o ideológicas eran diversas, tal propósito constituiría, como ha puntualizado bartolomé clavero, un imposible histórico, y una interpolación fatal habría sido pensar en códigos antes de una innovación tecnológica como el surgimiento de la imprenta [597].

El código dio respuesta al criterio racionalista que caracteriza el tiempo donde transcurre. Si bien es posible encontrar codificaciones desde el siglo VII, el rol auténtico de estos modelos orquestados a partir de un sistema y un método, son propios del siglo XVIII que es cuando se inicia la obra en Baviera y Prusia.

2.6 Además, no puede descartarse el fenómeno revolucionario de la técnica, que trae consigo importantes manifestaciones y claras repercusiones en la tarea de codificar. En primer lugar, la imprenta permitió eludir (eliminar) el uso del latín dando espacio a los moldes gráficos y a la expansión de los productos impresos. La ley dejaba de ser conocida por algunos para llegar a una dimensión superior. En segundo término, los primeros códigos revirtieron la obra colosal (por su peso y tamaño) de las recopilaciones, al quedar presentados sistemáticamente con contenidos breves aunados en un sólo concepto: la ley.

2.7 Los códigos se redactan con un obsesivo afán de claridad [598], donde son ejemplos grandilocuentes el Código Napoleón con sus floripondios en el lenguaje, y la belleza gramatical del Código Civil de Andrés Bello. Esta es una diferencia intrínseca

---

[596] Cfr. Lorenzetti, Ricardo Luis, *Las normas fundamentales del derecho privado,* Rubinzal Culzoni, Santa Fé, 1995, p. 11.

[597] Bartolomé Clavero, *Codificación y Constitución: paradigmas de un binomio (quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno),* Firenze, Italia, 1989. Cfr. Nuñez, ob. cit., p. 29.

[598] Nuñez, ob. cit., p. 27

con las recopilaciones, que desde otra perspectiva, utilizaron una técnica expresiva barroca, con reiteradas insistencias conceptuales (en razón de compilar leyes de naturaleza diversa -civiles, penales, mercantiles, políticas, fiscales, procesales, etc.- y teñidas de una retórica de difícil lectura.

La codificación tiene un éxito notable. Se difunde por Europa en el siglo XIX y hegemoniza los modelos normativos. Al mismo tiempo, venía acompañando la formación del Estado moderno un suceso paralelo: el constitucionalismo.

Por eso, tanto los códigos como las leyes fundamentales gozan de una similar contextura. Pretenden claridad y orientación y asumen el rol de ser la mejor representación de soberanía de los nuevos Estados. Cada uno tiene su propia constitución y sus códigos de fondo [(599)].

> De todas maneras, pese al paralelismo histórico, cada Constitución tiene presente en su propia condición una calidad singular. Esta es la aspiración que refleja Häberle cuando dice […] “el tener siempre bien presente el contenido nacional específico de cada Derecho constitucional de un Estado concreto o país es lo que, en último término, puede evitar que se incurra en el error de reducir "a común denominador" de forma precipitada justamente aquello que debe ser y permanecer "diferente"; piénsese en los preámbulos de textos legales en cuanto a su dimensión de resumen expositivo de la historia nacional, en las garantías de las festividades nacionales y en tantos otros textos repletos de símbolos [(600)].

2.8 Desde entonces arrolla un movimiento transformador en la política legislativa. Cada Estado retoma valores y prosapias que busca jerarquizar a partir de un sistema básico de derechos fundacionales y fundamentales. Con el mismo objetivo de asegurar el derecho evitando la incertidumbre, se predica y alienta el esquema meditado de los códigos y las constituciones.

Ellos tenían la inmutabilidad del paradigma. Es la idea de resolver de una vez y para siempre bajo la sombrilla de la ley por todos conocida y aceptada.

Una semblanza de cada ordenamiento muestra un orden normativo público en el espacio de las leyes fundamentales destinado a regular al Estado; y otro orden jurídico privado que con los códigos obtenía un estatuto orgánico para disciplinar las relaciones de la sociedad.

2.9 En definitiva, había nacido el paradigma. Concepto bien acuñado a partir de la rigidez constitucional, pues debía permanecer en sus términos como un baluarte de ejemplos sociales y políticos a seguir en la medida que, siendo las libertades la base esencial del sistema, no podía pensarse en modificarlos. Por eso y para eso las constituciones fueron leyes fundamentales afianzadas por los modelos de permanencia y eternidad.

---

[599] Sostiene Nuñez que "la identificación de la Constitución y de los códigos con el Estado Nacional al cual pertenecían sería uno de los rasgos centrales de la modernidad jurídica durante más de dos siglos. Por otro lado, la dogmática erigida desde la aparición de los códigos evidenciaría un marcado carácter nacional y habría de referirse prioritariamente a la legislación vigente en el Estado que la producía (ob. cit., p. 49).

[600] Häberle, Peter, *Derecho Constitucional Común Europeo*, trad. de Emilio Muranda Franco, en *Derechos Humanos y Constitucionalismo ante el tercer milenio*, coordinador Antonio-Enrique Perez Luño, Marcial Pons, Madrid, 1996, p. 212.

El siglo XIX afirmó y desarrolló los sistemas constitucionales. También se consolidaron las normas codificadas del derecho privado. Ambos, aparecían como esquemas sólidos, precisos y eficaces para regular la sociedad civil y el equilibrio entre poderes de un Estado.

Las primeras regulaciones de procedimientos tuvieron la misma intencionalidad: establecer una secuencia ordenada para la presentación y resolución de conflictos intersubjetivos. No había diferencias en la función de los jueces. El deber de juzgar aislado de los hechos y con el peso del derecho fue el don que los caracterizó. *Dura lex sed lex* esa fue la impronta.

2.10 Pero la sociedad no era ya la misma. Existía una clara despersonalización en las relaciones individuales. La explosión demográfica provocaba una sociedad de masas, en la clara definición de Ortega y Gasset; era un tiempo de anonimatos y una modificación profunda en los comportamientos al incentivarse los modelos económicos y las culturas egocéntricas imponiendo modas y predilecciones.

De pronto, la codificación sufre el impacto. Los sistemas de procedimientos creados hasta allí no hacían más que aplicar reglas precisas y mecánicas que la justicia sólo debía cumplir. Esta situación, fundada en la ideología de la revolución francesa que no confiaba en los jueces más que para ser ciegos artífices de la operatividad legal, no era la misma. Llevaba a injusticias manifiestas por la impermeabilidad de la ley a las circunstancias de hecho.

En adelante los jueces debían elaborar un trabajo sistémico de adecuación a los tiempos y necesidades. El problema estaba en que, desde fines del siglo XVII, a la justicia ordinaria le estaba permitido únicamente aplicar las normas, sin darles alcance ni inteligencia. Ese, no otro, era el mensaje acuñado por Montesquieu.

2.11 La aventura hacia una justicia con mayores poderes y deberes queda reflejada, principalmente, en Italia (1940), y prontamente se transmiten los resultados por toda Europa y América.

La inmutabilidad normativa tuvo en los jueces una vía de elusión. En realidad, la interpretación judicial permitió elastizar algunos conceptos y recrear instituciones que estaban presentadas como programas a elaborar. La jurisprudencia, con su encanto e imaginación, amplió los límites codificados y constitucionalizados.

Esta situación plantea en el siglo XX una auténtica revolución. La sólida estructura de los códigos y la férrea implementación de las leyes fundamentales, perdieron consistencia cuando los jueces iniciaron el proceso de interpretación.

La utilización de legislación extranjera, y la asimilación interna de las sentencias de otros países, era imprescindible por el grado de adelanto que algunos tenían respecto a la lectura aplicada de los cambios ideológicos y las transformaciones industriales.

Era tan fenomenal y rápida la celeridad de los tiempos que no había respuesta eficaz para las renovaciones sociales y sus nuevas pertenencias. Del individualismo dominante en el siglo anterior se posicionaba una cultura que entronizaba lo social.

2.12 De este modo, tanto los códigos con sus monosistemas rígidos y estancos; como las constituciones, con sus declaraciones y principios intangibles para el hombre, observaron como se agrietaron los sistemas.

Desde mediados de siglo, por señalar una fecha caprichosa aunque probable, se encuentra en el mundo una increíble inflación legislativa.

Los pequeños reductos codificados que simplificaron el estudio de las instituciones, se desmorona con la producción normativa individualizada; comienzan los estatutos especiales y una construcción singular que abre surcos en la unidad constitucional o en los códigos vigentes.

Era lógico, la aparición de nuevas tecnologías, un mercado económico diversificado, reglas de abastecimiento y consumo diferentes, la producción de bienes y servicios nuevos, el seguro colectivo, entre tantas manifestaciones, no habían sido previstas en las estructuras legales conocidas hasta entonces.

La visión totalizadora debió replantearse. Ya no era el ciudadano el centro de las preocupaciones; ahora, se despersonaliza para atenderlo en función de sus conductas y necesidades.

2.13 El derecho constitucional también elaboró en sus Normas Fundamentales el mismo concepto de "paradigmas". Esta teoría ha tenido la virtualidad de resaltar que la idea de los derechos humanos se realiza y desarrolla siempre dentro de una tradición cultural masificada y uniforme [(601)].

Claro fue que con las rupturas ideológicas y las situaciones cambiantes en el funcionamiento de las garantías, claramente observado, por ejemplo, en la dinámica de la justicia constitucional, determinó también aquí, que se hablara de una época trastornada. Una sustitución de paradigmas y el tiempo de la descodificación.

Una situación similar se da en el derecho procesal. y existen muchos ejemplos que testimonian los tiempos de cambio.

Estas son voces a las que tenemos que ir adaptándonos: fin de los paradigmas; sociedad postmoderna; recodificación; códigos modelos; justicia alternativa, cada cual tiene tras suyo un llamado a las coincidencias, una brújula puesta hacia otro rumbo donde no se puede conjeturar sobre ensayos pasados ni principios intangibles e inmutables [(602)].

---

[601] Bien se ha dicho que "los derechos humanos como categorías históricas, que tan sólo pueden predicarse con sentido en contextos temporalmente determinados, nacen con la modernidad en el seno de la atmósfera iluminista que inspiraron las revoluciones burguesas del siglo XVIII. Ese contexto genético confiere a los derechos humanos unos perfiles ideológicos definidos. Los derechos humanos nacen, como es notorio, con marcada impronta individualista, como libertades individuales que configuran la primera fase o generación de los derechos humanos. Dicha matriz ideológica individualista sufrirá un amplio proceso de erosión e impugnación en las luchas sociales del siglo XIX. Esos movimientos reivindicativos evidenciarán la necesidad de completar el catálogo de derechos: los derechos económicos, sociales y culturales. Estos derechos alcanzarán su paulatina consagración jurídica y política en la sustitución del Estado liberal de Derecho por el Estado social de Derecho" (Antonio Enrique Perez Luño, *Derechos Humanos y Constitucionalismo en la actualidad: ¿Continuidad o cambio de paradigma?,* en *Derechos Humanos y Constitucionalismo ante el tercer milenio,* cit., p. 14).

[602] Pertenece a Thomas Kuhn haber planteado en el año 1962 la crisis de los paradigmas (Cfr. *The structure of scientific revolution,* ed. University of Chicago, Chicago, USA). El término

3. Los códigos como esquema rígido

3.1 La vinculación entre el tiempo y el derecho demuestran cómo la idea de orden y seguridad está implícita en la evolución desarrollada superficialmente en los párrafos precedentes. El positivismo es producto de esta ambición por la certidumbre. Pero también momificó la evolución normativa impidiendo su adaptación a las nuevas realidades emergentes.

De todos modos las instituciones fueron modernizándose, tomando de otros las adaptaciones y copiando de sus reglas los principios que todavía se marcaban hacia adentro. Esto equivale a decir que el modernismo institucional fue causado por una importación de principios que se dieron al paso de las generaciones. Aún se registraban los cambios para cada nación, como reducto particular que se acomodaba a los cambios y reclamos sociales.

3.2 La "modernidad" se define como una forma concreta de sociedad, que corresponde a la que la tradición occidental ha vivido y desarrollado en los últimos tres siglos. En consecuencia, la modernidad no es un concepto que describe el proceso genérico y abstracto de cambio sino el contenido social de un proceso de cambio específico. La modernidad es el resultado de una cierta modernización en particular: usamos el término "modernidad" para distinguir, entre todos los cambios y modernizaciones que se han producido en la historia (posiblemente todos con caracteres únicos), uno en particular que da nacimiento a la sociedad que conocemos actualmente como "moderna" dentro del mundo occidental [603].

3.3 Una de las características manifiestas del modernismo, en materia legislativa, se da en la creación de regulaciones precisas que no toleran ya el tratamiento vertical de los problemas. La horizontalidad, esto es, la regulación para los iguales modificó la estructura normativa tradicional. Se procuró solucionar la crisis del contexto antes que continuar la línea de la determinación híbrida y abstracta.

El Estado, como pilar fundacional y creador de las normas, pierde consistencia al resultar el ciudadano el agente provocador de los cambios y adaptaciones.

"postmodernidad" fue utilizado por los críticos literarios a comienzos de la década del setenta, y luego lo retoman filósofos, politólogos, abogados, entre otros. Una obra guía puede ser la de Gianni Váttimo, *El fin de la modernidad*, Gerisa, Barcelona, 1986). Los códigos modelos son producto de la tarea iniciada en 1967 por el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal que redacta bajo la pluma y dirección de los profesores Enrique Véscovi y Adolfo Gelsi Bidart, ambos de la República Oriental del Uruguay, un anteproyecto de normas procesales para el enjuiciamiento civil que se terminó en el año 1988; también el mismo instituto encomendó en el mismo año (1967) a los profesores argentinos Alfredo Vélez Mariconde y Jorge Clariá Olmedo la redacción de un código uniforme para el proceso penal. Finalmente, el movimiento denominado de justicia alternativa, pone de relieve las funciones que tienen otros mecanismos diferentes del proceso judicial para solucionar las controversias; se trata del arbitraje, la mediación, la conciliación, los mini juicios, entre muchos más, que en definitiva, permiten mostrar como la "desconfianza en los jueces" lleva a buscar en estos mecanismos una vía de escape o alternativa de composición. Puede señalarse a Mauro Cappelletti como uno de los pioneros en esta semblanza para el cambio.

[603] de Trazegnies Granda, Fernando, *Postmodernidad y Derecho*, Ara, Lima, Perú, 1996, p. 19.

En materia procesal, ese cambio de enfoque se profundiza en América latina con la difusión notable de los medios alternativos para la resolución de conflictos, que pretenden desplazar el centro de gravedad del problema, antes ubicado en la razón judicial, y ahora puesto en la negociación entre partes.

> Bien expresa Lorenzetti que frente a tal estado de cosas el comportamiento racional de los individuos autosuficientes no es vincularse al Estado. Las clases altas y medias viven en *countries* privados donde el municipio tiene poco que hacer. La policía es sustituida por la guardia contratada; la escuela pública por la privada; el sistema de salud por la medicina prepaga; el crédito estatal por el crédito privado. Últimamente asistimos a la peor deformación: la justicia estatal es sustituida por la justicia privada; la gente se arma y se defiende por sí misma o se contratan policías privados por doquier. Este individuo no necesita al Estado; le molesta, pretende que se lo suprima, porqué él está satisfecho sin necesidad de la "acción pública". El Estado le molesta, le cobra impuestos, la ley le impone cargas, responsabilidades; hay que reducirlo al mínimo [(604)].

La legislación sectorizada desmembró la unidad de los códigos y dio origen a la mentada descodificación. Esta política de estrechamiento surcó las ideologías dominantes hasta buena parte del siglo XX. Había llegado una hora nueva: el postmodernismo.

3.4 ¿Qué significa ello y qué influencia tiene para los sistemas normativos y aun para el constitucionalismo?

Algunos sostienen que postmodernidad supone observar la decadencia (o el fin) de las ideologías para dar paso a un nuevo orden totalizador donde se privilegia el pragmatismo antes que el romanticismo político de siglos anteriores.

De aceptar este temperamento, los programas declamados en las leyes fundamentales se afectan directamente por el nuevo llamado al cumplimiento estricto de las consignas. Se persigue llegar a los objetivos antes que emplazarlos como paradigmas.

En materia de procedimientos, asumir la regla de lo práctico podría alterar la eficacia y seguridad del sistema que, inevitablemente, requiere de principios y presupuestos que son intangibles y inmutables (Por ejemplo: el derecho de defensa en juicio, no puede postergarse por una celeridad imprudente).

3.5 Una variable demostrativa de la forma como opera el cambio se expone en la eliminación de los adagios medievales que fueron fijados en los códigos y las constituciones como principios generales del derecho. Por ejemplo: *ignorantia juris non excusat y nemo jus ignorare censetur* era un axioma para los jueces. Hoy, es sabido que el conocimiento integral de un ordenamiento jurídico interno es inabordable; sin contar la influencia decisiva para la eficacia de las instituciones que recibe de la legislación internacional y supranacional.

De este modo, los sistemas autosuficientes quedan subsumidos por la pluridimensión de las fuentes de producción legislativa

> Es muy interesante advertir la distancia que presenta Hayek entre los dos tipos de creación de normas, la que sería igual a la que existiría entre formular principios de viabilidad como tiene un "código de tránsito", y el ordenar donde la gente debe estar; o mejor todavía, entre

---

[604] Lorenzetti, *Normas fundamentales del derecho privado,* cit., p. 22.

> el organizar un sistema de carteles indicadores de caminos, y prescribir a cada uno qué ruta debe seguir [605].

En definitiva, el postmodernismo es un análisis dinámico de las estructuras normativas, donde pervive el síndrome de la eficacia antes que la esencia de las cosas. Pareciera elevarse la vanidad que pretende reconstruir desde los cimientos, olvidando todo lo aprendido para comenzar desde la nada [606].

3.6 Desde esta perspectiva, las constituciones pierden su carácter de norma fundamental de una nación para constituirse en el pilar de todo el ordenamiento jurídico. Ella no pretende ejecutar un proyecto político ni determinar un modelo institucional, pero deja en sus contenidos las bases necesarias para realizarlos.

La misma idea traen los códigos modelos que, auspiciados por el consenso y la necesidad universal para "una justicia de rostro más humano", o "más justa y efectiva", otorgan cimientos sólidos para construir un sistema procesal de alcances universales.

> Podría ser un criterio similar al que plantea Rawls cuando establece las condiciones o características de la "estructura básica" de la sociedad que, a través del *overlapping consensus"* puede servir de base para un acuerdo político informado y voluntario entre ciudadanos entendidos como personas libres o iguales [607].

4. Distinción entre unificación y armonización normativa

4.1 El fenómeno de la interdependencia normativa, producto del avance incesante de la sociedad, donde están presentes variables tecnológicas, científicas y hasta las más inesperadas fuentes de motivación para el cambio, obligan a replantear la tradición estática del ideal consagrado en una norma básica, al igual que los modelos procesales donde predominan técnicas consagradas por la costumbre antes que por su eficacia intrínseca.

Actualmente las constituciones han recobrado una fuerte presencia en el concierto mundial. Se han despojado de su vida íntima fronteras adentro, para proyectarse y ser modelo de otras cartas superiores, generando la interrelación de valores, principios y normas que venimos comentando.

Un buen ejemplo de esta penetración lo indica el derecho constitucional común europeo que, auspiciado por el sistema de la Unión Europea, propicia un modelo estandarizado de principios y valores.

4.2 Surge una guía conceptual que permite a cada Estado orientarse por el fundamento vecino adaptando en su seno una reglamentación específica. Por ejemplo, una ley fundamental puede entronizar el derecho de propiedad, y legislarse internamente a través de disposiciones particulares para la propiedad urbana, rural, latifundios, minifundios, propiedad horizontal, etc.

---

[605] Cfr Irti, Natalino Irti, *La edad de la descodificación*, Bosch, Barcelona, 1992, p. 16 donde cita al pensador austríaco que reproducimos.

[606] Cfr. Trazegnies Granda, ob. cit., p. 49.

[607] Rawls, John, *Justice as fairness: Political not Metaphisical (*Justicia como imparcialidad: política no metafísica), en *Politicial and Public Affairs,* vol.14, nº 3, 1985, p. 230. También en *Teoría de la justicia,* Fondo de Cultura Económica, México, 1979, ps. 227 y ss.

Implícitamente es un paso de lo individual a lo social. Una solidaridad diferente basada en el respeto de lo singular que no puede colisionar con el derecho de todos.

Este puede ser un principio fundacional nuevo, que no supone abandonar absolutamente el modelo positivista para la regulación legal, sino la recuperación de ciertas partes menos enfatizadas pero esenciales en la tradición explicada.

> La idea de solidaridad introduce un razonamiento social y finalista dentro del campo del derecho privado. Es un hecho patente que este tipo de aproximación ha venido introduciéndose paulatinamente dentro del Derecho Civil, al punto que algunas de sus antiguas ramas clásicas, ante la incapacidad del civilismo para procesar esta injerencia que la siente como extraña a la naturaleza de su disciplina, han abandonado su campo y aun el del derecho propiamente privado para considerarse a sí mismas como parte de una nueva área denominada Derecho Social, que ya no se considera privada aunque todavía no alcanza a ser pública; como si el Derecho Civil, irremediablemente individualista, fuese incompatible con los fines sociales [608].

4.3 Ahora bien, la cooperación indisciplinada de las normas que se nutre de la comparación de resultados antes que de los valores proyectados, no puede resultar absolutamente abierta. No es posible pensar en una gama de derechos únicos que fundan las diversidades cuando el mundo tiene múltiples expresiones de culturas que impiden la formación de un estereotipo.

Pensemos, por el caso, en la libertad como criterio ordenador del orden social. Este es un paradigma que se cae cuando las libertades escogidas difieren entre sí. No es la misma libertad la que prefiere un occidental cristiano respecto a un habitante de países musulmanes; también difiere, a veces, en la consideración regional (Vgr. entre Asia y África).

Así las cosas, la unidad preconizada desde los valores fundamentales tiene algo de caótico porqué niega *per se* la creación y la inteligencia aplicada. No obstante, si la influencia se recibe con posibilidades de discusión y sistematización, evidentemente será posible hablar de una coexistencia visible de normas, principios y valores iguales en cualquier parte del mundo.

> Pérez Luño resiste esta tendencia sosteniendo que […] “Toda cultura tiende a ofrecer resistencia a aquello que le es ajeno, procurando así perpetuar sus modelos operativos. De ahí que la cultura jurídica tradicional ligada a un método interpretativo orientado hacia la subsunción de los hechos en los esquemas formales de una normativa analítica y casuística, se vea desorientada al tener que proyectar sus métodos interpretativos a las disposiciones constitucionales, enunciadas en términos más generales y amplios para conseguir la máxima fuerza expansiva y flexibilidad [609].

4.4 Basados en esta prevención, en miras a darle posibilidades reales a un mundo unificado desde las constituciones y sistemas normativos, conviene establecer en que lugares de las normas fundamentales están las orientaciones a seguir, y cuáles serían los modelos procesales que afiancen el cumplimiento de las garantías.

Las cláusulas generales, que en Argentina se manifiestan como "Declaraciones, Derechos y Garantías", constituyen valores superiores -para expresarlo con la fórmula

---

[608] Trazegnies Granda, ob. cit., p. 55

[609] Pérez Luño, Antonio-Enrique, *Derechos Humanos. Estado de Derecho y Constitución*, Tecnos, Madrid, 1991 (4ª ed.), p. 285.

de la constitución española- que no pueden supeditarse a quedar vigentes con la reglamentación precisa.

En tal caso, una norma programática será un principio, porqué requiere de una vía de acción específica. Mientras que los valores son válidos por sí mismos (directamente operativos) [610]). Las normas, por su parte, se expresan a través de las garantías mínimas, es decir, las herramientas procesales indispensables para la defensa de los derechos humanos.

4.5 En conjunto, la constitución es un todo orgánico que tiene presunción de inmediata operatividad, aun en los principios, pues más allá de la obligación que ellas pueden contener en orden a una actividad complementaria, y aunque tal obligación no esté cumplida ni la normativa reglamentaria se dicte, toda norma programática impide actuar o hacer algo en oposición a ellas. La ausencia de consumación, además, genera una *omisión inconstitucional*.

Ahora bien, si a estas normas fundamentales que guían varias disposiciones procesales (v.gr: el debido proceso) las ponemos a discusión y consenso, pronto se observará que existen diferencias metodológicas, y estructuras diversas para las potestades y deberes de los jueces, que seguramente, afectarán horizontalmente una planificación general.

Por tanto, si bien estimamos factible unificar desde el punto de vista constitucional un modelo común cuyo piso de asentamiento sean los derechos humanos consolidados en convenios y tratados internacionales; en materia procesal resultaría mejor armonizar los sistemas y permitir adecuaciones puntuales para cada lugar o circunstancia. Esta es la pauta de orden que tienen los procesos constitucionales.

5. La armonización como punto de referencia

5.1 Los derechos humanos han igualado la normativa fundamental de los Estados, otorgando una base similar que progresa y desarrolla las instituciones del constitucionalismo clásico.

Los tratados y convenciones, a su turno, bosquejaron ideales y modelos para la eficacia procesal, tales como la duración razonable del proceso, el derecho a la fundamentación de los fallos judiciales, las garantías de imparcialidad, entre tantas otras que fueron adoptadas por los modernos códigos de procedimientos y ensamblaron perfectamente en la dogmática del derecho procesal constitucional..

Desde esta perspectiva se podría hablar de "unificación" normativa plasmada en las constituciones y en los ordenamientos rituales de enjuiciamientos. Sin embargo, se declaman principios y valores que, puestos en marcha, no tienen la misma inteligencia aplicada.

---

[610] Se ha convertido en un clásico ineludible la obra de Eduardo García de Enterría, *La Constituciòn como norma y el Tribunal Constitucional*, Cívitas, Madrid, 1981, donde esclarece el concepto diciendo: "Los valores son la base entera del ordenamiento, la que ha de prestar a éste su sentido propio, la que ha de presidir, por tanto, toda su interpretación y aplicación" (p. 98).

5.2 De todos modos es innegable la influencia de dichas variables, al punto que algunos autores hablan de un tránsito del Estado de derecho decimonónico al Estado constitucional.

> Partiendo de la idea de que el Estado constitucional constituye una versión del Estado de derecho, Zagrebelsky analiza las características esenciales del segundo, para proceder a continuación a efectuar un contraste con la situación actual. Este autor expresa que "vivimos en un contexto ideológico todavía dominado por los principios, o por la ideología, del positivismo jurídico, mientras los caracteres del ordenamiento jurídico actual ya no son conforme a tal ideología […]. El centro de la construcción jurídico-política ya no radica en el Estado soberano, sino en la Constitución [611].

El análisis de cada aspecto demuestra la significativa influencia que tiene la norma fundamental en el orden jurídico interno.

No importa hablar del respeto insoslayable que merece el principio de la supremacía constitucional, sino de advertir de qué manera cada principio, normas y valores, determinan la suerte de muchísimas instituciones del derecho de fondo y procesal, llevándolas a adecuar sus precisiones a esa suerte de llamado ideológico que no es posible trastornar.

5.3 Un ejemplo de ello puede encontrarse en el capítulo nuevo de la Constitución Nacional de la República Argentina, que introduce bajo el título de "*nuevos derechos y garantías*" una serie de disposiciones que llevan a resolver el destino de múltiples situaciones, sobre la base de cada principio orientador (vgr. los derechos laborales y las desigualdades económicas; la participación popular en la economía de mercado; la regulación de los derechos derivados del ambiente y la ecología; la defensa del consumidor y del usuario de bienes y servicios; la regulación de la salud y los derechos del paciente; la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados; la calidad y eficiencia de los servicios públicos; la constitución de asociaciones de consumidores y usuarios; los mecanismos alternativos para la resolución de conflictos y controversias; las garantías procesales; etc., etc.).

En el mismo sentido, la norma fundamental no limita únicamente el obrar del Estado, pues también recae sobre las relaciones entre particulares; por eso se habla de derechos oponibles "frente a los demás".

> Bidart Campos dice, al respecto […] “Hoy, son muchas las constituciones que, además de reconocer derechos, enuncian *obligaciones o deberes de las personas,* no sólo en sus relaciones con el estado sino frente a otros seres humanos o al conjunto social, lo que carecería de sentido si no se consintiera que la constitución es un complejo normativo cuya fuerza vinculante se dirige ambivalentemente a los poderes públicos y a los particulares [(612)].

5.4 Reconociendo el sentido orientador que asumen las constituciones y, fundamentalmente, el sentido finalista que aportan los tratados y convenciones de

---

[611] Zagrebelsky, Gustavo, *I diritti fondamentali oggi,* en "Materiali per una storia della cultura giuridica, vol. XXII/1, 1992, p. 187. Cfr. Ansuátegui Roig, Francisco Javier, *¿Crisis del positivismo jurídico? Dos respuestas italianas: Zagrebelsky y Scarpelli,* en Derechos y libertades, Revista del Instituto Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III de Madrid, nº 2, marzo, 1994, ps. 113 y ss.

779 Bidart Campos, Germán J. *El derecho de la constitución y su fuerza normativa*, Ediar, Buenos Aires, 1995, p. 153.

derecho internacional, se puede teorizar sobre resultados eventuales en un proceso universal

> Es muy importante acotar que la idea para un proceso universal no puede tener polarizada la crítica hacia los sistemas de enjuiciamientos locales. Tal pensamiento pondría en pugna cuestiones que no son analizadas en este libro. De todos modos, es útil no distraerse con este reparo, en la medida que los ideales cosmopolitas, igualitarios y solidarios que son propios del universalismo, cuando se enfrentan a las individualidades y sus reivindicaciones, encuentran, rápidamente, ámbitos y contextos que caracterizan la vida contemporánea. En este aspecto, es muy diferente la situación en América latina respecto a lo que está sucediendo en Europa; mientras el primer continente comienza una era de integración y comunitarismo, desarrolla los derechos humanos declarados y proclamados por cada Estado parte, estabiliza sus economías regionales, afirma las democracias recientes, y también, bloquea mejoras con las situaciones de pobreza emergentes, las desigualdades manifiestas, entre otras penurias de similar gravedad; no obstante todo esto, existe una idea sólida para la integración. En cambio, Europa, sobre todo la oriental, tiene grietas o fisuras evidentes en la universalidad pretendida. Y son lógicas por la aparición de nuevos Estados que quieren su personalidad, sus rasgos distintivos y su propia consideración. Darles un rumbo dirigido desde el derecho común podría significar cierta hostilidad a sus destinos soberanos.
>
> Una demostración de las dificultades puede encontrarse en la aprobación del Tratado de Maastricht, que lleva a las críticas de sectores diversos: a) aquellos que en defensa de los viejos estados nacionales, creen que el tratado va demasiado lejos en el camino de la unidad europea (nacionalistas franceses o daneses); o por el contrario, es demasiado tímido hacia el proceso de la unidad (federalistas europeos, en general); b) aquellos que consideran que el tratado configura un modelo económico neoliberal (izquierda socialista y sectores sindicales) o los que consideran que el tratado protege excesivamente los derechos sociales y los reequilibrios regionales (conservadores británicos) [613].

Una de las cuestiones esenciales quedaría simplificada de aceptarse que no son los detalles técnicos los que afianzan el sistema hipotético, sino la voluntad auténtica de encontrar un referente común que posibilite la integración procesal.

Por tanto, y en razón de ser ésta la causa principal que obstaculiza el proyecto, es mejor ponderar armonías antes que unificaciones. Si no es posible la homogeneidad por los avatares que sufre un proceso de construcción hacia un sistema aun no consolidado (vgr.: pensar en un código único de garantías sería una idea plausible evidente, pero ausente de toda consideración fáctica, porque Latinoamérica tiene diferentes sistemas para el control de constitucionalidad que tornan diverso el mecanismo de aplicación) pueden encontrarse ordenadores y clarificadores en otros mecanismos impulsores como son la consolidación de valores, normas y principios que pueden actuar en armonía.

6. El paradigma de la universalidad

6.1 Evidentemente, si los derechos humanos reflejan el fenómeno cultural más importante del último milenio, en la medida que han transformado los sistemas legales de protección y defensa del hombre y permitieron, progresivamente, desarrollar el establecimiento de un criterio nuevo para la legitimidad internacional; de suyo, cada norma fundamental adecuada a dichos preceptos, reposa en un derecho internacional contemporáneo que por su capacidad de adaptación no puede quedar vulnerada ni condicionada por subjetivismos internos.

---

[613] Cfr. Carreras Serra, Francesca de, *Por una Constitución Europea*, en *Derechos Humanos y Constitucionalismo ante el tercer milenio*, cit., p. 234.

De igual manera, si las garantías o reaseguros de los derechos del hombre provienen de las vías procesales que se instrumenten, sería bueno pensar en un proceso común, o al menos, en un sistema de principios tutores para la eficacia perseguida.

Es decir, asistimos al cumplimiento de la promesa kantiana del "derecho cosmopolita", como "derecho público de la humanidad en general" [(614)].

> Peter Häberle explica minuciosamente el método como se ha ido incorporando en el derecho constitucional, este sistema uniforme, que denomina "teoría de la recepción jurídica". Ante todo -dice- se requiere una primera división teórica dicotómica que diferencie entre *vías y procedimientos de recepción entre los actores o Estados receptores*, por un lado (incluyendo aquí desde los poderes constituyentes hasta los votos especiales de los magistrados de los tribunales constitucionales, pasando por los juristas y pensadores clásicos -antiguos y modernos-) y, por otro, entre *materias y contenidos susceptibles de recepción* (todos los cuales se refieren a la temática y materias más relevantes del arquetipo Estado constitucional, sin olvidar aquí las variantes nacionales particulares que abarcan asimismo desde los preámbulos hasta las estructuras federales y regionales y algunos elementos particulares del "derecho eclesiástico, considerado como derecho constitucional cultural). Sus contenidos pueden versar sobre materias y tener forma de textos jurídicos, teorías, sentencias y praxis administrativa [(615).]

6.2 Una de las características esenciales de este movimiento consiste en superar la barrera del concepto de "soberanía" plasmado en el siglo XIX. No es el Estado el centro de las construcciones del dogmatismo jurídico, sino la sociedad que reclama y produce desde su propia fuerza, expresada en las variables que encuentra en el modelo pluralista de participación directa y semidirecta de la democracia moderna.

La Constitución abandona así la idea tradicional de ser la suprema orientación del orden jurídico interno. Ahora, tiene un rol más integrado con la mentada globalización, acorde con las realidades emergentes del cambio social y puesta al servicio de todos los habitantes de un país y de todos aquellos que se encuentren en paridad de circunstancias en el concierto universal.

6.3 Además de los derechos humanos, existen otras fuentes de integración normativa que las aporta el derecho comparado. En este campo, vemos como las constituciones van tomando instituciones o principios de otras, amparándose en el concepto de sociedad abierta que les permite adaptar los preceptos a sus necesidades, sin alterar el perfil o finalidad de las normas copiadas.

En este contexto, se involucran con el sistema de implementación ordenada y sistemática, la interpretación judicial de los derechos humanos. Ya sea efectuada por las cortes de justicia transnacional o por los tribunales de cada estado.

6.4 La discrecionalidad para admitir un derecho determinado como fundamental no es habitual ni común en los instrumentos internacionales. El basamento que los

---

[614] Pureza, José Manuel, *¿Derecho cosmopolita o uniformador? Derechos humanos, Estado de Derecho y democracia en la posguerra fría,* en *Derechos humanos y constitucionalismo ante el tercer milenio*, ob. cit., p. 123.

[615] Häberle, *Elementos teóricos para un modelo general de recepción jurídica,* en *Derechos humanos y constitucionalismo ante el tercer milenio*, ob. cit., ps. 160 y ss.

involucra parte de la premisa del consenso generalizado, de manera que las diferencias han de hallarse en la aplicación interna, más que en la práctica institucional.

En consecuencia, el significado actual de la constitución es otro. El Estado tiene deberes negativos, como la obligación de abstenerse de ejecutar o provocar actos que atenten contra las libertades fundamentales. Seguidamente, los poderes legislativos cumplen la función de adecuar las necesidades del medio y la sociedad brindándoles a través de una norma expresa, los derechos que reclaman para su justo ejercicio. La jurisdicción, por su parte, tiene el deber de ofrecer un proceso adecuado, que posibilite un acceso sin restricciones, un recurso efectivo, un litigio sustanciado sin sofismas rituales, y un pronunciamiento que tienda a aplicar los derechos superiores que hacen a la conformación humana y a su dignidad.

7. La tarea armonizadora del derecho procesal constitucional

7.1 Emplazados en lo dicho precedentemente, fácilmente se colige que la aspiración de preservar y proteger a los derechos humanos no ofrece resistencias de ninguna naturaleza. Lo mismo sucede cuando se menciona a las constituciones como cartabones elementales de soporte para concretar esa finalidad.

Pero esta característica es un componente medular, casi obvio, por lo cual poco ayuda para diseñar otro aspecto del derecho común perseguido. El fenómeno a resolver consistirá en sostener, con la misma confianza que inspiran los derechos fundamentales, que una vía instrumental como es el proceso puede colaborar en el afianzamiento de esa tutela universal.

Esto es un referente indispensable que no podremos soslayar en razón que, una cosa es implementar un sistema normativo homogéneo y concreto donde se tienen consensuados y aceptados los términos de la vinculación (vgr.: Tratado de Asunción -Mercosur-; Unión Europea; Nafta, entre otros), y otro muy diferente, es lograr que los efectos jurídicos que esas integraciones generen obtengan el mismo consenso que tienen los fines inspiradores de la unificación, cuando se trata de aplicarlos bajo el principio de igualdad.

7.2 En este aspecto, la igualdad puede resultar una quimera, porqué la idea del derecho como norma que diseña valores difiere del derecho como regla. Aquí se impone contemplar la forma que tienen las organizaciones y la posibilidad que tienen, todas ellas, de lograr una regulación común para las relaciones entre sujetos.

> Bien se ha dicho que […] "se puede considerar que el objeto de la idea de Derecho está constituido por la determinación de un sistema de ir transfiriendo progresivamente, en términos jurídicos, contenidos esenciales que reflejan principios de organización que establecen esquemas de actuación que van surgiendo del fondo de la conciencia social y que transmiten la necesidad de llegar a la realidad de un orden que pueda proporcionar soluciones a un contexto social en progresiva y constante evolución, que lleva a actualizar en normas lo que en un momento anterior no eran sino enunciados de principios [(616)].

Teniendo en cuenta la diversidad social y los sistemas procesales reconocidos en cada contexto, podremos trasladar la iniciativa y aplicarla midiendo sus reales posibilidades.

---

[616]. José A. Girón Larrucea, *Cuestiones de Derecho Comunitario Europeo*, ps. Universidad de Sevilla, 1997, p. 22

7.3 En efecto, todo lo visto hasta ahora muestra que el derecho procesal constitucional no es un programa de aplicación práctica de las garantías, principios y reglas de los procesos constitucionales. Tampoco se restringe a la identificación del funcionamiento de la magistratura constitucional, sino, además, construye con su dogmática una serie precisa de valores constantes que no pueden tener diferencias según el lugar donde se interpreten.

Por eso, cuando referimos a cada uno de los procesos constitucionales, habrá que tener en cuenta esta particularidad y observar el sistema donde anida.

7.4 Las familias procesales presentan características diferenciales [617] que permite dividirlas en grupos:

a) *Sistema anglosajón:* donde predomina la oralidad, con amplia facultades de las partes y muy pocas del juez (sólo debe resolver). Es un proceso por audiencias donde las etapas previas tienen gran importancia para la elaboración probatoria. Existe buena disposición para negociar y facilitar acuerdos que eliminan la disputa; así como la sentencia puede ejecutarse a través del tribunal, que para ello, sí tiene potestades importantes (*contempt of court*).

Este sistema del *common law* se rige, esencialmente, por la doctrina de los precedentes jurisprudenciales (*stare decisis*), lo que determina que su estudio sistemático se rige, preferentemente, por el estudio de casos, antes que de normas.

b) *Sistema soviético:* Es un proceso similar, pero con una gran influencia del Estado representado por sus jueces. Es el órgano de gobierno el que los designa y le atribuye potestades y deberes muy exacerbados. Rige en los países de Europa oriental, y en China y áreas de influencia.

c) El *civil law* se divide en dos subgrupos: los que tienen sistemas escritos (casi toda Latinoamérica); y los que han incorporado la oralidad en sus procesos (son predominantemente orales).

En los procedimientos escritos las facultades del juez son muy amplias, pero poco utilizadas. El proceso queda atrapado en etapas bien demarcadas, excesivamente burocráticas, y de una gran lentitud. Los recursos admitidos son demasiados lo cual genera una multiplicidad de instancias que ahogan la esperanza de rapidez y eficacia procesal.

En los sistemas de juicio oral y público del *civil law*, se establece un proceso con régimen de audiencias y claras potestades del juez para dirigir, ordenar y resolver de la forma más ágil y rápida que le resulta posible. Por lo general, tienen una segunda instancia de casación, y en cuestiones de constitucionalidad operan los Tribunales Constitucionales que partieron de la inspiración de Hans Kelsen.

---

[617]. David, Rene, *Les grands systèmes de Droit contemporains,* 6ª ed. París, 1974. Véscovi, Enrique, *Nuevas tendencias y realidades del proceso civil,* en "Revista Uruguaya de Derecho Procesal", nº 4, Montevideo, 1994, ps. 461 y ss.

7.5 Estas características propias de los procesos comunes suelen llevarse al conflicto constitucional como si fuera imperioso usar dichas reglas por tratarse de una controversia entre partes.

De este modo, el problema de constitucionalidad queda encofrado en las potestades y habilidades de las partes, más allá de las acciones de inconstitucionalidad de contenido abstracto donde se pueden encontrar asimetrías que despojan de verdad estas afirmaciones.

No obstante, en América Latina cada mecanismo se diferencia, aunque puede observarse una tendencia unificadora que nace con el modelo propuesto en el "Código procesal civil modelo"; y en Europa, con el "Código Judicial uniforme".

Estas dos constataciones no elimina la posibilidad que también presenta el sistema soviético, sobre todo si recordamos y tenemos en cuenta los trabajos presentados en el Congreso de Lublin (Polonia) en 1993.

7.6 Sin embargo, la tendencia unificadora encuentra dificultades difíciles de superar. Por ejemplo, en Argentina y México el régimen federal de gobierno permite a cada territorio autonómico (provincias o distritos) tener su propio régimen procesal.

Por eso ha sido preferible razonar sobre la base de principios comunes que se amparan en la armonización. Estos factores aglutinantes [618] conducen hacia cierta preservación de las zonas neutras, es decir, aquellas que no están influenciadas por sistema alguno y que, por su real valía, tienen consideración por sí mismas.

Es el caso de la regla moral, las garantías constitucionales de defensa en juicio, celeridad en los procedimientos y sentencias fundamentadas, entre otras.

También se nutre de las variadas convenciones internacionales que establecen normas de cooperación entre Estados y el reconocimiento y eficacia de las sentencias extranjeras en suelo natal.

> Los códigos tienen el defecto de clausurar la dinámica de los procedimientos. Se sienta una base es verdad, pero al mismo tiempo, queda sepultado el casuismo renovador con sus alternas posibilidades de solución. Un código es un estereotipo, a veces, una prueba de talento legislativo y doctrinario. Lo peligroso es que se tomen como paradigmas insustituibles [619].

En suma, si nos preguntaran, entonces, qué camino seguir para lograr que los procesos constitucionales no dependen del sistema procesal donde se aplique (llevando a alterar el uso uniforme de las garantías) diríamos que sería bastante con formular principios y valores, marcos referenciales y pautas o guías de interpretación y aplicación para un sistema efectivo, actual, confiable y sin predominios técnicos.

8. Proceso universal. Modelos alternativos

8.1 Diseñar un proceso universal parece muy difícil teniendo en cuenta el grado de evolución y confianza en cada sistema de procedimientos. Pero, a sabiendas de lo

---

[618] Véscovi, Enrique, *Elementos para una teoría general del proceso civil latinoamericano,* UNAM, México, 1978, p. 10.

[619] Ramos Nuñez, Carlos, *Codificación, tecnología y posmodernidad (La muerte de un paradigma),* Ara, Lima, 1996, ps. 10 y ss.

conflictivo, puede esbozarse un proyecto que tome en cuenta las actuales deficiencias para encarar, con su rectificación, una política de ajustes que generen un modelo consensual.

El proceso latinoamericano, y particularmente el argentino, se caracteriza por un conflicto de intereses suscitados entre dos partes, que el juez presencia sin tener posibilidad de instruir oficiosamente, dado que de admitirse, quebraría el juego limpio que supone otorgar disponibilidad a los litigantes para confirmar cada uno el aserto que porta su pretensión. Algunos sostienen que de tolerarse el activismo judicial, se violarían las reglas de bilateralidad y contradicción.

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.

No escapa en este modelo procesal el juego rotundo de ficciones que anidan prioritariamente en la doctrina y en el discurso, siendo esencialmente presunciones que, por esa condición, pueden resolverse en contrario mediante prueba contundente o simplemente complementaria.

8.2 La premisa del proceso justo admite morigerar el rígido criterio que establecen las ficciones del proceso. Una de ellas, por tomar al azar un ejemplo, determina la consecuencia legal de tener por notificado a todo aquél que retira un expediente de los actos dictados en aquél, siempre y cuando estuviere comprobado fehacientemente que el mismo estuvo en poder de la parte, aunque fuera por complacencia o extralimitación de los funcionarios encargados de su custodia.

Es verdad que, por razones de seguridad jurídica, algunas veces se posterga esa apreciación, pero también lo es, que ello reposa en la mayoría de las ocasiones por el fruto de la duda, o de la carencia de una sólida presunción.

8.3 No obstante, el camino de la seguridad puede correr paralelo con el de la justicia, y no tiene razón alguna para observarlas como avenidas que circulan en direcciones opuestas.

En España se viene reelaborando el concepto de "tutela judicial" adicionando la condición de "efectiva". Sería bueno que, apoyados en un valor semejante, se diera un vuelco a la situación y bosquejáramos un proceso menos formalista y más certero, porque el derecho a sentirse protegidos y amparados no resulta bastante si la sociedad no confía en los métodos, no conoce sus condiciones ni respeta sus procedimientos. El formalismo enerva cuando su único soporte es el texto de la ley y un intérprete que la acompaña y pregona como única respuesta.

Está claro que la desformalización viene implícita en un mundo globalizado que tiende a vincularse informativamente generando un *jus comune* de la postmodernidad. No podemos persistir con metáforas de la Edad Media ni con aplicaciones para el todo. La adaptación es el reclamo, la actualidad una exigencia, y como decía Francisco Tomás y Valiente, el juez de hoy ha de ser en primer término, guía en el laberinto, orientador en el desconcierto y brújula entre mil nortes.

8.4 En los procesos constitucionales la idea que se fomenta razona en dos tópicos esenciales: justicia para todos e igualdad sin fronteras.

El presupuesto inevitable para construir a partir de estos cimientos señala la necesidad de hacerlo reconociendo el grado de avance en que se encuentran los procesos de integración convencional y, en esencia, cuánto se comprende el impacto del derecho procesal constitucional como dogma que anticipa la unificación global.

Surge así con nítida evidencia la asimetría entre los procesos europeos y americanos por tomar sólo la polaridad entre dos continentes que, tradicionalmente, reciben mutuas influencias.

Tomemos como ejemplo cuánto sucede con la justicia comunitaria. Mientras Europa reconoce la necesidad de tener en su base un órgano de justicia comunitaria con cuatro funciones que, progresivamente, desarrollan y facilitan el proceso de integración [(620)]; América Latina reglamenta como sistema para la solución de controversias un conjunto de normas que no tiene un órgano jurisdiccional determinado, aunque se preferencia el arbitraje como arquetipo [(621)].

8.5 A nivel de procesos ordinarios, se ha recreado un modelo de unificación con el "*Código Modelo Tipo*" (Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, Río de Janeiro, 1998) 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.

---

[620] Estas cuatro funciones son: a) justicia administrativa, que le permite anular por ilegalidad los actos normativos de las instituciones; o denunciar sus inactividades ilegales; o apreciar la validez de los actos de aquellas por vía de excepción o reenvío a las jurisdicciones locales; o atender recursos de plena jurisdicción: b) justicia constitucional, por la cual delimita y defiende las competencias respectivas de los Estados miembros y de las instituciones de la Unión Europea; c) justicia internacional, que obliga a los Estados a llevar cualquier tipo de controversias o conflictos ante el órgano comunitario; d) justicia reguladora, que desde un punto de vista técnico, resuelve anticipadamente problemas de interpretación a través de una vía prejudicial por la cual se determina el alcance y contenido del derecho comunitario. Además de estas funciones, no debe olvidarse que el órgano jurisdiccional es el tribunal superior de justicia con independencia orgánica y autonomía financiera que, globalmente, genera un sistema judicial propio que no perjudica ni altera las soberanías jurisdiccionales locales (principio de subsidiariedad).

[621] El reclamo por una justicia comunitaria para el Mercosur tiene múltiples adhesiones. Citamos sólo a los más representativos: María Cristina Boldorini, *Protocolo de Brasilia para la solución de controversias,* en "Revista de Derecho Privado y Comunitario" nº 6, 1994, ps. 471/87; Alberto Luis Daverede, *El sistema de solución de conflictos en el Mercosur,* en Revista Uruguaya de Derecho Constitucional y Político, nº 8, 1993 -serie Congresos y Conferencias-; Heber Arbuet Vignali, *La solución de controversias en el Mercosur,* en el libro homenaje a Eduardo Jiménez de Aréchaga, *Derecho internacional en un mundo en transformación,* Fondo de Cultura Económica, Montevideo, 1994, tomo II ps. 1229/1261; Martha Jardi Abella, *La solución de conflictos en el Mercosur,* en Estudios Multidisciplinarios sobre el Mercosur, Fondo de Cultura Económica, Montevideo, 1995, ps. 353/383; Angel Landoni Sosa (coordinador), *Curso de derecho procesal internacional,* Fondo de Cultura Universitaria, Montevideo, 1997, ps. 113/131; Roberto Bloch, *Aportes para la resolución de conflictos en el Mercosur,* en Jurisprudencia Argentina, 1995-II, ps. 881/886; Eduardo D. Oteiza, *Críticas al sistema arbitral del Protocolo de Brasilia,* en Revista Uruguaya de Derecho Procesal, 1992-1; Roque J. Caivano, *El arbitraje y los procesos de integración (Su futuro en el Mercosur),* en Jurisprudencia Argentina 1996-II, ps. 783/795, entre muchos más.

Reproducimos, con afán de claridad conceptual, algunas ideas sobre el contenido:

➲ 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 (vgr.: 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 (vgr.: 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,

porqué 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 ´judicio` 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.

8.6 La globalización que menta un proceso universal exige la aplicación de un mismo instrumento en regiones diferentes. Por ello la fórmula debe partir conociendo cada situación particular, advirtiendo en el proceso de incorporación, las dificultades provenientes de las circunstancias que cada país atraviese.

Argentina y México son naciones federadas que impiden la unificación general por la diversidad de códigos y sistemas procesales. No obstante, este sería un obstáculo que puede superarse dando primacía al derecho transnacional, eludiendo el dogma de la soberanía.

Lo mismo puede aplicarse al principio de territorialidad y la jurisdicción competente.

8.7 El segundo inconveniente es el factor político. Puede afirmarse que las posibilidades de desarrollo en este momento dependen más de condiciones políticas y sociales que de variables económicas [(622)].

En América latina, y particularmente en Argentina, ni la economía, ni los grupos sociales son los que dominan la estrategia reformista. Todo lo contrario, son los sistemas políticos los que tienen la fuerza y decisión para impulsar toda renovación.

Esta es una cuestión vital en un intento de asimilación procesal extraña, en la medida que los factores políticos pierden hegemonía decisoria al tener que recibir un modelo consensuado. Por ello, al tener que repensar el político su participación en los cambios copernicanos, difícil resulta que acepte sin desafíos el protagonismo que siempre exige.

8.8 De todos modos, también la armonización procesal es una cuestión de imagen institucional. A un país le interesa estar dentro de un movimiento universal. Hoy las apatías son medidas con gestos certeros, donde no manda la simple indiferencia.

La realimentación que proyectan estos modelos hacia el cambio implican, por lo general, aceptar la necesidad de adaptar los sistemas. Inmediatamente, se estudian los efectos de esos instrumentos comunitarios sobre las realidades económicas, sociales y

---

[622] Touraine, Alain, *Seis hipótesis sobre América Latina*, en "Revista de Derecho del Mercosur", año 1 nº 1, 1997, La Ley, p. 44.

políticas, y así, como una escala de naipes, la iniciativa de uno da lugar a las modificaciones de otros; o a las presiones de grupos para que el país no quede aislado.

Cada ciclo tiene particularidades, pero en todos ellos no se descalifica el proyecto de unificación o armonización, porqué no es de buena imagen rechazar aquello que la comunidad universal acepta. A lo sumo, se postergan las decisiones y comienzan las etapas de transición.

8.9 Por las características descriptas puede colegirse que en América Latina los esfuerzos por conseguir un modelo procesal unificado para la interpretación de los procesos constitucionales tiene numerosos obstáculos.

La distribución de obligaciones entre los Estados para revertir esta situación debiera partir desde abajo hacia arriba. Esto es, procurando que los órganos y mecanismos locales de cada país vayan armonizando sus fisonomías a las que diseña el derecho supranacional.

Un punto de partida distinto sería propiciar una lectura común para las garantías. De este modo, la armonización se realizaría desde la cumbre impuesta hacia abajo, Es decir, obligando a los miembros a adecuar sus procedimientos internos con las normas de carácter transnacional.

9. Tutela procesal de las libertades

9.1 Los procesos constitucionales son los mecanismos de protección de las libertades fundamentales.

El proceso es la garantía por excelencia, y como dice Hernández Martínez, también las clásicas garantías son derechos, subrayando en ellas el carácter instrumental de protección de los derechos.

[…] "Podríamos decir que las garantías son derechos fundamentales pero no todos los derechos fundamentales son garantías. Las garantías se traducen tanto en el derecho de los ciudadanos a exigir de los poderes públicos la protección de sus derechos, como en el reconocimiento de los medios procesales adecuados a tal finalidad (por ejemplo el derecho al acceso a los tribunales para la defensa de los derechos, principios de *nullum crimen sine lege* y *nulla poena sine crimen*, principio de *non bis in idem, iura novit curia,* entre otros).

"La básica distinción es que los derechos adjetivados como fundamentales son netamente sustantivos mientras que las garantías son netamente adjetivas. No obstante ambos comparten dentro de la ciencia jurídica su carácter de derechos subjetivos" ([623]).

> Las constituciones no sólo contienen un pormenorizado y meditado elenco de derechos y deberes fundamentales, sino que subdividen entre derechos de la persona en particular y los derechos y deberes inherentes a la vida colectiva, determinándose así, formalmente, la distinción entre derechos individuales y derechos sociales. La incorporación de tales derechos y libertades en el conjunto constitucional es, en la actualidad, obra de la voluntad del constituyente que las consagra en las disposiciones dentro del texto fundamental a igual título que las instituciones y las normas. Tal reconocimiento se traduce en una limitación a los poderes públicos, tanto en lo que hace al respeto de las reglas de forma y de

[623] Hernández Martínez, María del Pilar, *Constitución y Derechos Fundamentales*, Boletín Mexicano de Derecho Comparado nº 84, 1995, ps. 126 y ss.

> procedimiento, como de las reglas de fondo o derecho sustancial, y esto es así, porque las normas constitucionales consagradoras de los derechos fundamentales, lo mismo que las que regulan las instituciones sólo pueden ser concebidas en el contexto jurídico actual, como resultado de su concretización y funcionalización a través de la obra del legislador y del juez constitucional ([624]).

9.2 Quizás el problema sea la distancia que suele establecer la doctrina entre derechos humanos y derechos fundamentales, pero las garantías, y básicamente la única garantía de conservación para todas que es el proceso judicial, no tiene en cuenta esa diferencia teórica.

En la práctica, el Código Procesal Constitucional del Perú incluye un "título preliminar" que incorpora un conjunto de principios y criterios que establecen el marco general a partir del cual deben interpretarse y aplicarse todos los procesos constitucionales.

El artículo II, con afán pedagógico, precisa los fines que identifican a los procesos constitucionales y que los distinguen de los restantes procesos judiciales. Establece que ellos tienen por finalidad garantizar la supremacía de la Constitución y la vigencia efectiva de los derechos constitucionales. Pese a que el proceso de cumplimiento no persigue tales fines, y que en opinión de la doctrina que se reproduce, debería eliminarse ([625]).

> Otra novedad es haber contemplado expresamente los principios procesales propios de los procesos constitucionales (artículo III). Se trata con ello de resaltar aquellos que les resultan aplicables y que les permiten cumplir su finalidad trascendente de velar por la supremacía constitucional y el respeto de los derechos humanos. La adecuada interpretación de los derechos constitucionales es un tema que ha preocupado a la Comisión. Por ello se señala que tales derechos deben interpretarse de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos, los tratados sobre derechos humanos, así como las decisiones jurisdiccionales adoptadas por los tribunales internacionales sobre derechos humanos constituidos según tratados de los que el Perú es parte (artículo V). De esta manera, por ejemplo, se reconoce que la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, debe ser aplicada por los jueces ([626]).

9.3 En suma, los procesos constitucionales que veremos a continuación son todos aquellos que se reglamentan en cada lugar con particularidades y asimetrías que dependen del tipo de control de constitucionalidad adoptada internamente.

No obstante esas diferencias, en cada caso nos ocuparemos de lo visceral que no puede ser cambiado por interpretaciones de conveniencia, es decir, se preferencia el principio "pro homine" en la aplicación de la cada uno.

9.4 Los principales procesos constitucionales son:

---

[624] Hernández Martínez, ob. cit., p. 129.

[625] Exposición de Motivos del Código Procesal Constitucional del Perú, firmada en Lima, octubre de 2003, por Samuel Abad Yupanqui, Jorge Danós Ordóñez, Francisco J. Eguiguren Praeli, Domingo García Belaúnde, Juan Monroy Gálvez y Arsenio Oré Guardia. Cfr. *Código Procesal Constitucional*, estudio introductorio, exposición de motivos. Dictámenes e índice analítico, Tribunal Constitucional del Perú (Centro de Estudios Constitucionales), Lima, 2008, p. 108.

[626] Exposición de Motivos del Código Procesal Constitucional, cit., p. 109.

a) El proceso de *Habeas corpus*, que resguarda la libertad personal o deambulatoria, que debe colegirse en dos esferas de interpretación. Una de carácter sustantivo que hace a la esencia de la protección que se dispensa al derecho a ser libre; y otro de contenido adjetivo que reafirma la eficacia de los instrumentos procesales (legales) que permitan ejercer el reclamo.

b) El proceso de *amparo*, conocido en otras latitudes como recurso de protección (Chile); acción de tutela (Colombia); mandado de segurança (Brasil), y con el mismo nombre pero con ampliaciones objetivas diferentes (que van desde el originario amplio modelo mexicano al originario restrictivo de Argentina, pero que han revertido exactamente a la inversa en su aplicación práctica, convirtiendo al modelo mexicano en restricto y al argentino en flexible).

c) El proceso de *Habeas data* como elemento tuitivo de protección a los datos personales y cuánto de ellos se proyecta (intimidad, honor, imagen, privacidad, etc.). Este es un modelo en desarrollo que no tiene aplicación en toda Latinoamérica pero que va camino en ello. Habeas data es el proceso, pero el contenido fundamental del derecho que se tutela es la autodeterminación informativa, o sea el derecho individual de disponer de los datos personales.

d) La *acción de inconstitucionalidad*, destinada a aplicar el principio de la supremacía constitucional contra toda ley, decreto, ordenanza, reglamento, acto administrativo o actuación fáctica de la autoridad pública o de particulares que amenace o perturbe la eficacia de los derechos protegidos por la Constitución o cualquiera de los instrumentos que conforman el llamado bloque de constitucionalidad. Este es un proceso diverso en Latinoamérica. A veces se lo confunde con la acción declarativa de certeza y en otras con la acción abstracta de inconstitucionalidad. Lo cierto es que tiene de una y otra y también de algunos modelos más como se verá de inmediato.

e) El *proceso competencial* (Perú), o *controversias constitucionales* (México), que permite determinar cuál es el órgano competente para dictar un acto o disposición, cuando se suscita un conflicto <positivo> -es decir, cuando dos o más órganos pretenden realizarlo- o <negativo> -cuando todos rehúyen hacerlo-. Con ello se trata de garantizar que la distribución de competencias previsto por la Constitución cuente con una vía procesal que permita su respeto ([627]).

f) Los procesos *colectivos*, que tienden a implementar un sistema de protección general de derechos que las normas fundamentales han incorporado como derechos de una nueva generación tales como los derivados del consumo, el medio ambiente, la protección de intereses generales (patrimonio, cultura, salud, educación, etc.). En este terreno anida, asimismo, la *acción popular* que pueden articular las personas contra actos o reglamentos de carácter inferior a la ley.

g) Los procesos o acciones de *cumplimiento* que cual modelo de los mandamientos o <injuction> son disposiciones que ordenan cumplir un mandato judicial, aunque tiene modalidades según la legislación que los reglamenta.

h) Finalmente están los recursos dentro de los procesos comunes que, al encontrar violentados derechos constitucionales (como el debido proceso, la defensa en juicio, etc.) permiten actuar como recursos de agravios constitucional. En Argentina, el ejemplo es el *recurso extraordinario federal.*

---

[627] Exposición de Motivos del Código Procesal Constitucional, cit., p. 131.

Trejo Jaramillo resume en una completa presentación, las acciones constitucionales de Colombia, diferenciando los que tienen por finalidad la protección concreta de derechos fundamentales –tutela, hábeas corpus y hábeas data, de cumplimiento, populares y de grupo-, de aquellos cuyo objeto es la defensa del orden jurídico abstracto, vale decir, la acción de nulidad por inconstitucionalidad y la pérdida de investidura.

Acción de Tutela

Se creó en la Carta de 1991, precedida de la consideración por la Asamblea Constituyente de estar "frente a otra de las grandes innovaciones que la nueva Constitución incorpora a nuestro derecho público, como modalidad específica de lo que internacionalmente, y de manera particular en el derecho hispanoamericano, se conoce como amparo de los derechos. Se trata de un mecanismo subsidiario, que sin dar origen a jurisdicciones paralelas prevé un procedimiento preferencial y sumario en beneficio de los particulares. Un aspecto no menos importante, y que seguramente estará llamado a cumplir un papel protagónico, es el referente al hecho de que, en desarrollo de esta norma, todos los jueces de la república quedan habilitados para ejercer la protección directa de los derechos fundamentales. La Carta de derechos dejará de ser letra fría distante para convertirse, en virtud de un control de constitucionalidad concreto en razón de la materia, y difuso por multiplicidad de los agentes de control, en instrumentos cotidianos de promoción de los derechos humanos.

Así como el hábeas corpus es una protección esencial de la libertad, la acción de tutela tiene como finalidad conceder un cubrimiento pronto para los derechos que, por decisión de la Comisión Codificadora, la propia Constitución enumera como susceptibles de protegerse mediante esta acción, por ser de aplicación directa. Su objeto es la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales, no de aquellos sin consagración constitucional; su naturaleza es subsidiaria y residual, es decir, sólo resulta procedente en ausencia de otros medios adecuados de salvaguardia. Es clara su improcedencia frente a situaciones consumadas o cuando sobre el tema exista sentencia determinada; pues esta providencia supone el haberse surtido otro medio de defensa.

La institución ha logrado su finalidad en los años de vigencia, no obstante algunas distorsiones generadas, como su utilización temeraria en muchos casos, su admisión contra providencias judiciales y la correlativa congestión en la Corte Suprema de Justicia y en el Consejo de Estado. Esto último llevó a promover una iniciativa de reforma constitucional por parte del Consejo de Estado en 1997, que cursó su trámite hasta llegar a la aprobación en segunda vuelta en Comisión, sin surtir las demás etapas requeridas. Sobre ella se logró un buen nivel de consenso, en particular sobre la exclusión de la competencia a los jueces colegiados de la jurisdicción ordinaria o de la contenciosos administrativa, la impugnación de fallo ante el superior funcional, la procedencia excepcional de la tutela contra sentencias, esto es, cuando se incurriera en vías de hecho, temporalmente restringida, y contra dilaciones judiciales injustificadas. Después de cuatro años de haberse tramitado esta iniciativa las bondades de las reformas puntuales propuestas continúan vigentes, tal el caso de la urgencia de descongestión de las Cortes y la necesidad de retomar la esencia subsidiaria y residual de la institución, que hace la tutela improcedente contra sentencias, como desde su gestación se puso de presente en el seno de la Asamblea Constituyente.

Acción de cumplimiento

Esta modalidad procesal de protección de derechos, a la manera del *writ of mandamus* anglosajón, se incorporó en Colombia con el propósito de combatir la falta de actividad de la administración. Son frecuentes los casos en los cuales pese a existir un clarísimo deber para que las autoridades desarrollen una determinada acción de beneficio particular o colectivo, las mismas se abstienen de hacerlo. El particular afectado podría, entonces, acudir a esta acción para exigir el cumplimiento del deber omitido. Es consagrada en el artículo 87 de la Constitución: "Toda persona podrá acudir ante la autoridad judicial para hacer efectivo el cumplimiento de una ley o un acto administrativo. En caso de prosperar la acción, la sentencia ordenará a las autoridades renuentes el cumplimiento del deber omitido." El núcleo rector de esta acción, compartido con las demás de similar estirpe, es la eficacia del ordenamiento jurídico y en particular el deber de cumplimiento de la función pública, sin que exista una cualificación propiamente dicha para el sujeto accionante, pues cualquier persona –ya que no se requiere la calidad de ciudadano o persona natural o

jurídica, público o privada- puede acudir en ejercicio de su derecho público subjetivo de acción ante el órgano judicial. Tampoco tiene un objeto específico de protección, pues bien, puede tratarse de actos que afecten derecho, fundamentales o no, o que se refieran a situaciones jurídicas particulares o generales.

Constituye un medio de participación que confiere el derecho de poner en movimiento el aparato de la justicia, con el fin de controlar a la autoridad reacia en acatar un acto de jerarquía legal o administrativa, para que el deber en ellos previsto no dependa de arbitrio o voluntad del funcionario o del juicio gubernamental de conveniencia, oportunidad o viabilidad. Quiere evitarse, coercitivamente con el respaldo de la jurisdicción, la arbitrariedad de la administración pública, en general, de cualquier autoridad estatal o de quien ejerce funciones públicas, remisa a cumplir con una responsabilidad derivada del imperio de la rusticidad, manifestada en ley o en acto administrativo, que por inactividad esa autoridad llega a desconocer.

Acciones populares

El constituyente las concibió con este tenor (art.88): "La ley regulará las acciones populares para la protección de los derechos e intereses colectivos, relacionados con el patrimonio, el espacio, la seguridad y la salubridad públicos, la moral administrativa, el ambiente, la libre competencia económica y otros de similar naturaleza que se definen en ella" (…) "Asimismo, definirá los casos de responsabilidad civil objetiva por el daño inferido a los derechos e intereses colectivos." Tiene como finalidad, a diferencia de las otras ya comentadas, proteger los derechos colectivos consistentes en garantías para la colectividad o para la humanidad, también llamados derechos solidarios o de tercera generación, para diferenciarlos de los de primera –libertades públicas y garantías individuales –y de los de segunda, asistenciales o prestacionales. Su centro concreto es independiente de la calidad del agente productor de la amenaza o daño, y su objetivo es evitar la vulneración que produce su afectación, al igual que llevar las cosas o situaciones al estado en que se encontraban con anterioridad a la reducción de tal causa; de allí que se advierta una naturaleza preventiva e incluso resarcitoria, en caso de probarse responsabilidad en la causación del daño.

Ya en el derecho civil colombiano se las estimaba como acciones que buscaban favorecer los bienes de uso público y de los usuarios. En efecto, el artículo 1005 del Código Civil (Título XIV – Libro II) establece como acción personería especial, así: "La municipalidad y cualquiera persona del pueblo tendrá (sic) a favor de los caminos, plazas u otros lugares de uso público, y para la seguridad de los que transitan por ellos, los derechos concedidos a los dueños de heredades o edificios privados. Y siempre que a consecuencia de una acción popular haya de demolerse o enmendarse una construcción, o de resarcirse un daño sufrido, se recompensará al actor, a costa del querellado, con una suma que no baje de la décima, ni exceda de la tercera parte de lo que cuente la demolición enmienda, o el resarcimiento del daño; sin perjuicio de que si se castiga el delito o negligencia con una pena pecuniaria, se adjudique al actor la mitad".

Bajo la perspectiva de este artículo se considera que él comporta un medio válido de defensa para la preservación del medio ambiente, pues éste tiene la connotación de bien de uso público. La acción puede incoarse contra el Estado o contra los particulares. El accionante, en este caso, recurrirá a favor de los bienes de uso público a las mismas acciones reales y posesorias que el particular tiene derecho a utilizar a favor de su propiedad.

A su vez, el artículo 2359 del Código Civil (Título XXXIV Libro IV), trae una segunda acción popular, de carácter general, con el fin de evitar el daño contingente y el peligro que pueda amenazar a un grupo de personas indeterminadas. Dice la norma: Por regla general se concede acción en todos los casos de daño contingente, que por imprudencia o negligencia de alguno amenace a personas indeterminadas; pero si el daño amenazare solamente a personas determinadas, sólo alguna de éstas podrá intentar la acción."

El Estatuto del Consumidor, decreto 3466 de 1982, en el artículo 36 tipifica la que podemos considerar como una tercera acción popular, encaminada al cobro de perjuicios e indemnizaciones ocasionados cuando se violan las normas legales establecidas a favor del consumidor. Preceptúa tal artículo: "Indemnización de daños y perjuicios. Salvo en caso previsto en el artículo 40, en todos los eventos en que según este decreto sea procedente la

indemnización de perjuicios, los consumidores podrán ejercer las acciones indemnizatorias pertinentes por los trámites del proceso verbal prescrito en el título XXIII del Código de Procedimiento Civil, con observancia de las siguientes reglas adicionales…"

Acciones de grupo

Su propósito es el resarcimiento de los perjuicios que, con menoscabo de derechos individuales o subjetivos, se generen a un grupo de personas, bien que el derecho sea de origen constitucional o, en su caso, legal. Dispone el inciso 2º del citado artículo 88: "También regula las acciones originadas en los daños ocasionados a un número plural de personas, sin perjuicio de las correspondientes acciones particulares". Se busca obtener la reparación de daños que puedan causar la acción u omisión de una autoridad o un particular; por la vulneración de derechos subjetivos a un grupo de personas, de manera uniforme, comunidad procesal proveniente de la identidad del daño, para conseguir la reparación respectiva de perjuicios con el pago de la indemnización correspondiente, de manera diligente y efectiva. La configuración de esta acción no tiene por destinataria una topología o clase particular, por lo que puede ser objeto de su defensa cualquiera de ellos, fundamentales o no, prestacionales, o asistenciales, con la sola exigencia de tratarse de derechos subjetivos. Debe resaltarse que procesalmente es una acción principal; esto es, no tiene el carácter de residual o subsidiaria –a diferencia de la tutela, por ejemplo; pues puede entablarse sin perjuicio de las acciones individuales, de manera que la legitimación de cada integrante del grupo no es incompatible con su derecho personal de acción.

Adicionalmente a las acciones analizadas, el cometido del constituyente fue el de concebir una protección integral de los derechos, de modo que no se produzca indefensión –a la manera de la Constitución española (Art. 24.1)-, como se desprende del artículo 89 de la Carta según la siguiente atribución legislativa: "Además de los consagrados en los artículos anteriores, la ley establecerá los demás recursos, las acciones y los procedimientos necesarios para que puedan propugnar por (sic) la integridad del orden jurídico, y por protección de sus derechos individuales, de grupo o colectivos, frente a la acción u omisión de las autoridades públicas."“Se prospectó aquí el criterio de que no debe existir derecho alguno que carezca de resguardo judicial, por lo cual se dispone en forma genérica un mandato al legislador para establecer las acciones y recursos jurisdiccionales y administrativos que sean necesarios con miras a conseguir una adecuada defensa del orden jurídico y de los derechos que la Constitución y las leyes traen a favor de los particulares. Queda comprendido todo el conjunto de medios procesales de creación legislativa, que en la actualidad se orientan a la protección de los derechos, por ejemplo los procedimientos ante la jurisdicción contenciosa administrativa, y se deja abierta la posibilidad para que la misma ley desarrolle otros, como podrían ser las acciones tendientes a la reclamación judicial por daño colectivo. Por ello, puede afirmarse que las acciones constitucionales no agotan los instrumentos procesales de defensa de derechos.

Acción de inconstitucionalidad

Acción que corresponde a aquellas medidas las cuales se propende la defensa abstracta del ordenamiento jurídico, más que de derechos individuales, a diferencia de las anteriormente comentadas. Entraña, eso sí, un derecho político de participación de toda persona en defensa de la supremacía e integridad de la Constitución, cuando pueda ser vulnerada por cualquier decreto expedido por el Gobierno Nacional, salvo aquellos cuya competencia para el juzgamiento corresponda a la Corte Constitucional (arts 237.2 y 241). Es sabido que nuestro sistema de control constitucional no es de los llamados por la doctrina "concentrado" en un solo órgano, sino "difuso". Aquí el órgano de control de constitucionalidad es el Consejo de Estado. En el proyecto de reforma constitucional, presentado por el gobierno a consideración de la Asamblea Constituyente, se propuso un modelo de control concentrado en cabeza de la Corte Constitucional, con competencia para decidir la constitucionalidad de actos legislativos por vicios de forma, de leyes, de decretos legislativos, de proyectos de ley objetados por gobierno, de leyes aprobatorias de tratados, de convocatoria a referendos o a asamblea constitucional, de pérdida de la investidura, de recursos de queja por violación de derechos fundamentales y la de atender la "cuestión previa de inconstitucionalidad" cuando un juez, incluidos los de la jurisdicción contenciosa administrativa, estimara que una norma general era contraria a la Carta y no debía aplicarse en un proceso, para plantear el caso ante el juez constitucional. Tendría, también, atribución para resolver sobre los actos administrativos de contenido general y en algunos

casos de contenido particular. El Consejo de Estado conservaba su calidad de Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo, con la función de decidir sobre la legalidad de los actos administrativos de carácter general o particular; en acción de nulidad por ilegalidad. Dentro de esta perspectiva quedaba la Corte Constitucional con la totalidad de la función de control constitucional.

Pero la Asamblea resolvió mantener, e incluso ampliar, las funciones de la justicia administrativa como juez constitucional. Es así como la Constituciones diferencia las funciones del Consejo de Estado para controlar la legalidad de los actos administrativos como tribunal supremo de lo contencioso administrativo, de la competencia como juez constitucional para conocer de la acción de nulidad por inconstitucionalidad. Esto ha llevado a la jurisprudencia a distinguir la acción según que la violación de la Constitución sea directa o no, y la naturaleza del decreto objeto de acusación, pues si entre el acto administrativo y la Carta media una ley, su confrontación ha de hacerse frente a ésta y, en consecuencia, la decisión tendrá por objeto la legalidad del acto; a diferencia de la ausencia de ley, en cuyo caso la confrontación se hará directamente con la Constitución y, por tanto, la acción será de nulidad por inconstitucionalidad. Es decir, se diferencia de la acción de simple nulidad por ilegalidad en la materia normativa objeto de defensa, que es, para el caso, la efectividad del principio medular de la supremacía constitucional y no el de legalidad en sentido estricto, ya que su presupuesto procesal es la trasgresión del precepto superior en forma directa.

Acción de pérdida de investidura

Es una acción, también de control de constitucionalidad en la medida en que se atribuye privativamente a la jurisdicción contenciosa la vigilancia del régimen de inhabilidades e incompatibilidades de los congresistas. Está reglada en sus principales extremos procesales directamente por la Carta (causales y juez competente), deja a la ley el procedimiento (leyes 5ª de 1992 y 1244 de 1994), y representa otro derecho político, sólo por quien tenga la calidad de ciudadano, además de la Mesa Directiva de la Cámara correspondiente (C.N. art. 184) ([628]).

[628] http://www.usergioarboleda.edu.co/derecho/TeoriasAccionesConstidrTrejos.html

Indice general

Prólogo del autor

Capítulo I: Introducción a los medios alternativos de resolución de conflictos

Capítulo II: El estudio de las formas alternativas para resolver conflictos entre personas

Capítulo III: El garantismo tradicional y la función social de los jueces

Capítulo IV: El llamado “neoprocesalismo”

Capítulo V: El desplazamiento de los principios hacia las garantías y reglas procesales

Capítulo VI: Las dificultades de las personas para estar en juicio

Capítulo VII: Intereses e interesados en el procedimiento administrativo

Capítulo VIII: Las funciones actuales del Juez en el proceso civil

Capítulo IX: El llamado “bloque de constitucionalidad” a los fines de orientar a los jueces en la toma de decisiones

Capítulo X: El impacto de la jurisprudencia del sistema interamericano en el derecho interno

Capítulo XI: La eficacia vinculante de los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina

Capítulo XII: El efecto “erga omnes”

Capítulo XIII: Las sentencias que legislan

Capítulo XIV: Eficacia, ejecución y cumplimiento de la sentencia constitucional

Capítulo XV: El debido proceso en la actualidad

Capítulo XVI: El plazo razonable en los procesos constitucionales

Capítulo XVII: La imparcialidad de los jueces y el debido proceso

Capítulo XVIII: La presunción de inocencia ¿garantía de todos los procesos?

Capítulo XIX: La libertad en el proceso penal

Capítulo XX: La oralidad como principio político y como sistema para el debate

Capítulo XXI: Ventajas e inconvenientes de los procesos por audiencias

Capítulo XXII: Tutela diferenciada

Capítulo XXIII: La prueba en el proceso. El conflicto con la verdad

Capítulo XXIV: La prueba ilícita

Capítulo XXV: La prueba en los procesos constitucionales

Capítulo XXVI: La prueba científica

Capítulo XXVII: El proceso de consumo

Capítulo XXVIII: La carga de la prueba en los procesos derivados de las relaciones de consumo

Capítulo XXIX: La judicialización de los derechos económicos, sociales y culturales

Capítulo XXX: Del control constitucional al control de convencionalidad

Capítulo XXXI: Los procesos constitucionales

Contratapa

Osvaldo Alfredo Gozaíni. Nació en La Plata, provincia de Buenos Aires (Argentina) el 12 de febrero de 1955. Estudió en su universidad natal graduándose de abogado en 1978; en 1987 se doctoró en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires; y en el año 2010 obtuvo un segundo doctorado en la misma universidad constituyendo el único caso en la historia de esa reconocida casa de Altos Estudios, de conseguir dos doctorados en derecho (areas, derecho constitucional [1987]; procesal [2010]). Es profesor en la Facultad de Derecho (UBA) desde 1987. En 1997 obtiene la calidad de profesor titular por concurso público de oposición y antecedentes, que conserva actualmente. Actualmente es Director del Departamento de Derecho Procesal y director de la carrera de especialización en Derecho Procesal Civil (UBA). También dirige la Maestría en Derecho Procesal Constitucional (Universidad Nacional de Lomas de Zamora, Argentina). Ha escrito más de cuarenta libros sobre derecho procesal civil, derecho procesal constitucional, y derechos humanos. Asiduo concurrente a certámenes y congresos, lo hace en su condición de referente científico y como integrante de la Asociación Internacional de Derecho Procesal, del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal y del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional, entre muchas otras entidades que lo tienen como miembro. Hoy es presidente de la Asociación Argentina de Derecho Procesal Constitucional. Ejerce la profesión de abogado en Buenos Aires.