

**“VI CONGRESO NACIONAL DE
DERECHO PROCESAL GARANTISTA”**

“Por la real vigencia de las garantías constitucionales”

Azul, Buenos Aires, República Argentina. Octubre 2004.

**“LA GARANTÍA DEL DEBIDO PROCESO Y EL ROL DEL JUEZ”
(Acerca de la Imparcialidad del Juzgador y
los Poderes de Instrucción Oficiosa)**

PONENCIA.

1. Nuestra Constitución Nacional y los Tratados Internacionales de Derechos Humanos son contestes en establecer la garantía del debido proceso legal (*due process of law* de la doctrina norteamericana), como garantía a favor del Hombre y que opera como freno al poder estatal en su tarea de solucionar los conflictos que se suscitan en el seno de la sociedad. Ello opera de igual manera en todos los supuestos, siendo irrelevante la materia actuada en cada procedimiento, esto es el derecho de fondo en que se sustenta la pretensión incoada (penal, civil, comercial, laboral, etc.).

2. El proceso constituye un fenómeno jurídico que tiene la característica esencial de vincular a tres sujetos: actor, demandado y juez. El primero pide, el segundo resiste lo pedido, y el tercero escucha y resuelve. Lógicamente aparecen en ese orden, el conflicto existe entre primero y segundo, y como estos no pueden resolver sus diferencias haciendo justicia por mano propia, es necesaria la existencia de un tercero. Esa calidad, - la de tercero- es importantísima, esencial. Es tercero porque no es primero ni segundo. Y aunque esto parezca una perogrullada, algo obvio de toda obviedad, no siempre es respetado. Y además, esta obviedad tiene importantísimas consecuencias de índole política y legislativa, y en torno a cargas procesales, poderes y deberes del juez, nulidades, firmeza de la sentencia, e inconstitucionalidades, y por sobre todas las cosas, de índole ideológica.

3. Compartimos la idea de que el proceso es un “método pacífico de debate dialéctico entre dos antagonistas en igualdad ante un tercero imparcial”.

Así, brevemente descripta la idea de proceso como método de debate, debemos delimitar sus notas esenciales¹, las cuales –precisamente por ello- reciben el nombre de principios² procesales. Ellos son cinco, y no cabe la posibilidad de que sean más ni menos: igualdad de los parciales (las partes), imparcialidad del juzgador, moralidad del debate, transitoriedad de la serie, y eficacia de la serie procedimental.

4. Debemos necesariamente distinguir en la actividad del juzgador dos etapas: el procesar y el resolver (sentenciar) el litigio sometido a su conocimiento. En la primera etapa, en el procesar, el juez recibe la instancia de la parte y la conecta a la contraria, proyectándola (actúa como un espejo). Y así el proceso avanza dialógicamente³ o dialécticamente⁴. En esta etapa el juez debe preocuparse porque cada uno de los parciales use y no abuse de las armas, posibilidades defensivas, etc., que el ordenamiento ritual les brinda y no otras no permitidas. Esta idea implica la imposibilidad absoluta de que el juez produzca -por ejemplo- actividad confirmatoria (probatoria) *ex officio*, o que falle formando su conocimiento en elementos ajenos al proceso, que no han sido introducidos al mismo, y que no han podido ser controlados o controvertidos por las partes, y -por supuesto- tampoco basándose en conocimiento personal⁵.

5. ¿Por qué sostenemos que el principio de imparcialidad del juzgador implica la imposibilidad absoluta de que el juez produzca actividad confirmatoria?. Pensamos que esta es la idea del constituyente. Ello se puede advertir en nuestra Carta Magna, en la institución del juicio político. Al respecto reza el art. 53 de la CN: “*solo ella [la Cámara de Diputados de la Nación] ejerce el derecho de acusar ante el Senado al presidente, vicepresidente, al jefe de gabinete de ministros, a los ministros y a los miembros de la Corte Suprema, en las causas de responsabilidad que se intenten contra ellos...*”. Por su parte, el art. 59 de la CN dice que “*al Senado corresponde juzgar en juicio público a los acusados por la Cámara de Diputados,*

¹ Queremos formular una precisión: el principio es del proceso, como figura en la realidad. Los principios no tienen consagración normativa sino a través de las reglas que los operativizan, los realizan. Los principios de la legislación procesal, técnicamente, son las reglas procesales.

² Principio: 1: primer instante de la existencia de una cosa; 3: base, fundamento. *Diccionario Enciclopédico Espasa I*, Decimotercera Edición, Espasa Calpe, Madrid, 1998.

³ Mediante el diálogo.

⁴ Tesis y Antítesis. Afirmación y Negación.

⁵ Nótese que nuestro CPC –con muy buen tino- en su art. 17 inc. 8º prevé como causal de recusación del magistrado “... *el haber conocido el hecho como testigo*”

debiendo sus miembros prestar juramento⁶ para este acto...". Acá se advierte con total nitidez la idea del constituyente: las dos funciones separadas y confiadas a órganos distintos. Uno acusa y el otro juzga, y es el que acusa quien debe fundamentar su acusación, ya que si se permitiera que el encargado de juzgar pudiera realizar actividad confirmatoria tendiente a fundar la acusación, se convertiría automáticamente en lo que reza el refranero popular: "juez y parte"⁷.

“LA GARANTÍA DEL DEBIDO PROCESO Y EL ROL DEL JUEZ” (Acerca de la Imparcialidad del Juzgador y los Poderes de Instrucción Oficiosa)

Por: **Mauricio G. Zambiazco** **

*“Quien tenga al juez como acusador,
que se busque a Dios como defensor”
(refranero popular)*

SUMARIO: I. El Debido Proceso como Garantía. I.1. El Método de Debate. Principios y Reglas Procesales. I.2. ¿Qué es el Debido Proceso? I.3. ¿Por quién y a favor de quién es debido? II. La Figura del Juez: los hechos y el derecho. III. Conclusión. IV. Bibliografía.

I. EL DEBIDO PROCESO COMO GARANTÍA.

Nuestra Constitución Nacional y los Tratados Internacionales de Derechos Humanos son contestes en establecer la garantía del debido proceso legal (*due process of law* de la doctrina norteamericana), como garantía a favor del Hombre y que opera como freno al poder estatal en su tarea de solucionar los conflictos que se suscitan en el seno de la sociedad. Ello opera de igual manera en todos los supuestos, siendo irrelevante la materia actuada en cada procedimiento, esto es el derecho de fondo en que se sustenta la pretensión incoada (penal, civil, comercial, laboral, etc...).

⁶ El juramento que prestan los miembros del Senado en este caso es el de “administrar justicia con imparcialidad y rectitud, conforme a la Constitución y las leyes de la Nación” y dictan fallo “constituido en tribunal”, según lo establecen los art. 1º, 2º y 16 del Reglamento Interno de dicha Cámara. (confr. Sagüés, Néstor P. *Elementos de Derecho Constitucional, 3ª edición*, Astrea, Buenos Aires, 1999, T I, p. 689).

⁷ Esto ya lo apuntamos tiempo atrás en un artículo titulado “Derechos del Ciudadano, ¿en manos de quién?” publicado en *Diario Comercio y Justicia*, del 26/6/03, Sección Opinión, p. 7.

** Abogado (UNC). Profesor de “Teoría General del Proceso” y “Derecho Procesal Civil” (UES21). Secretario del Instituto de Derecho Procesal “Dr. Alfredo Vélez Mariconde” (UES21). Adscripto a las Cátedras de “Teoría General del Proceso” y “Derecho Procesal Civil” (UNC), Córdoba. Maestrando de la “Maestría Internacional de Derecho Procesal” (UNR), Rosario, Argentina.

Sin embargo, no existe igual consenso en la doctrina de los autores acerca de qué debe entenderse por dicha garantía, o mejor dicho: cuáles son las notas características, diferenciales, esenciales, sin las cuales no se configura la garantía establecida por nuestra Carta Magna. Las diferencias son aún mayores si prestamos atención a la jurisprudencia de nuestros tribunales, extremo cuyo análisis no abordaremos, porque excede el acotado marco propuesto para el presente trabajo.

Intentaremos, en esta oportunidad, contribuir en la tarea de esclarecer e identificar las notas esenciales y características de dicho método de solución de conflictos.

A fin de brindar acabadamente la idea del proceso que es el debido según las notas distintivas de este fenómeno jurídico, y que se encuentra receptado en nuestra Carta Magna, comenzaremos por describir:

I.1. EL MÉTODO DE DEBATE. PRINCIPIOS Y REGLAS PROCESALES⁸.

“El debido proceso no es más que el proceso que respeta sus propios principios”.

A esta conclusión –que no por simple deja de ser contundente- llega el Dr. Alvarado Velloso, luego de exponer en toda su vasta producción literaria la idea de proceso y sus notas esenciales, lo que a continuación desarrollamos.

El proceso constituye un fenómeno jurídico que tiene la característica esencial de vincular a tres sujetos: actor, demandado y juez. El primero pide, el segundo resiste lo pedido, y el tercero escucha y resuelve. Lógicamente aparecen en ese orden, el conflicto existe entre primero y segundo, y como estos no pueden resolver sus diferencias haciendo justicia por mano propia, es necesaria la existencia de un tercero. Esa calidad, -la de tercero- es importantísima, esencial. Es tercero porque no es primero ni segundo. Y aunque esto parezca una perogrullada, algo obvio de toda obviedad, no siempre es respetado. Y además, esta obviedad tiene importantísimas consecuencias de índole política y legislativa, y en torno a cargas procesales, poderes y deberes del juez, nulidades, firmeza de la sentencia, e inconstitucionalidades, y por sobre todas las cosas, de índole ideológica, aspecto este último sobre el que nos detendremos más adelante.

Lo afirmado hasta aquí, ya se ha dicho más arriba, es valedero para todos los procedimientos, sin importar la materia actuada. Tal vez las palabras podrían sugerir cierta vinculación con la materia civil, pero es igual para los procesos en donde la

⁸ En el desarrollo del presente punto se exponen las ideas del Dr. Adolfo Alvarado Velloso, extraídas de sus libros *Introducción al Estudio del Derecho Procesal*, ed. Rubinzal-Culzoni y *El Debido Proceso de la Garantía Constitucional*, ed. Zeus. y de sus clases magistrales dictadas en el marco de la “Maestría Internacional en Derecho Procesal”, UNR. También el lector encontrará -algunos, no muchos- aportes e interpretaciones propias.

pretensión tiene su asidero en el Código Penal, simplemente cambia la denominación: el primero es la sociedad representada por el Ministerio Público (es solo una cuestión de legitimación activa para pretender útilmente); el segundo lo será la persona sindicada como presuntamente responsable de la comisión de un hecho tipificado como delito por dicho Código, y el tercero será siempre el juez, esto es: el órgano decisor.

La voz proceso da la idea de algo que avanza: nace en un determinado punto y debe necesariamente culminar. Comienza con la promoción de la demanda y culmina con la decisión final que heterocompone el litigio que no ha podido ser autocompuesto, si es que no finaliza por alguna de las formas autocompositivas (allanamiento, desistimiento, transacción), en caso de que ello sea posible (derechos disponibles).

Así, entendemos al proceso como una “serie lógica y consecencial de instancias bilaterales conectadas entre sí por la autoridad”. Decimos instancias bilaterales, que desde nuestro punto de vista es la nota esencial que tipifica la acción procesal. Si una instancia es bilateral, es una acción. Dicho de otro modo, si ante un pedido formulado por la parte, el juez no puede resolver sin más, sino que debe necesariamente trasladar dicho pedido a la contraria, a fin de que esta se exprese al respecto y luego sí decidir, entonces estamos en presencia de una acción procesal, técnicamente hablando. Si no ocurre ello, la instancia será otra cosa (petición o denuncia, por ejemplo), pero nunca una acción procesal. Consecuentemente, la acción procesal es la única que desencadenará un proceso, las otras desencadenarán un simple procedimiento, ya que vincularán solamente a dos sujetos: quien pide y quien resuelve lo pedido⁹

Decíamos, que el Proceso es una serie lógica ya que el orden de sus fases no puede ser alterado. Aquí el orden de los factores sí altera el producto, ya que necesariamente el proceso cuenta con cuatro fases que lo integran: afirmación, negación, confirmación y evaluación y cada una de ellas tiene su razón de ser en la inmediata anterior. No se concibe lógicamente la existencia de una negación, si no lo es con respecto a una afirmación previa. Tampoco se concibe la posibilidad de confirmación (actividad probatoria) si no lo es con respecto a una afirmación negada, etc... Por eso pensamos que es una serie lógica.

Esas fases que conforman la serie, perfilan al proceso como un método de debate, ello así porque en la historia de la humanidad al sustituirse la razón de la fuerza por la fuerza

⁹ Por caso, todas las peticiones de naturaleza administrativa, aunque se tramiten ante un juez.

de la razón los hombres solucionaron sus conflictos y diferencias por medios pacíficos y a través del lenguaje (oral o escrito), debatiendo.

Confrontando civilizadamente ¹⁰.

Compartimos la idea de que el proceso es un “método pacífico de debate dialéctico entre dos antagonistas en igualdad ante un tercero imparcial”.

Brevemente descripta la idea de proceso como método de debate, debemos delimitar sus notas esenciales, las cuales –precisamente por ello- reciben el nombre de principios ¹¹ procesales. Ellos son cinco, y no cabe la posibilidad de que sean más ni menos: igualdad de los parciales (las partes), imparcialidad del juzgador, moralidad del debate, transitoriedad de la serie, y eficacia de la serie procedimental.

Mediante la igualdad de los parciales, se iguala a las partes, en el sentido de que las naturales diferencias son eliminadas. Ello resulta de toda obviedad, si la humanidad decidió resolver sus conflictos mediante el uso de la razón en lugar de la fuerza, es claro que idear un método de debate en donde los contendientes no sean perfectamente iguales es una contradicción. Dicha igualdad es jurídica, esto es, ambos cuentan con igualdad de armas para defender su derecho, las cuales pueden ser usadas o no, de acuerdo a la estrategia procesal de cada una, pero lo importante es que se le asegure a ambas igualdad de posibilidades de alegación, confirmación y evaluación.

De central importancia resulta la imparcialidad del juzgador. Si ella no se da, no estamos ante un proceso, y con ello la necesaria consecuencia de que la decisión que en él recaiga no adquirirá nunca el efecto del caso juzgado.

Debemos necesariamente distinguir en la actividad del juzgador dos etapas: el procesar y el resolver (sentenciar) el litigio sometido a su conocimiento. En la primera etapa, en el procesar, el juez recibe la instancia de la parte y la conecta a la contraria, proyectándola (actúa como un espejo). Y así el proceso avanza dialógicamente ¹² o dialécticamente ¹³. En esta etapa el juez debe preocuparse porque cada uno de los parciales use y no abuse de las armas, posibilidades defensivas, etc., que el ordenamiento ritual les brinda y no otras no permitidas. Esta idea implica la imposibilidad absoluta de que el juez produzca -

¹⁰ Por eso el Dr. Alvarado Velloso dice que el proceso –como método de solución de conflictos- es algo más revolucionario que la rueda. Todos sabemos la gran revolución que causó en la historia de la humanidad la invención de la rueda. El Proceso permitió que los hombres nos sirviéramos de la rueda, en paz.

¹¹ Principio: 1: primer instante de la existencia de una cosa; 3: base, fundamento. *Diccionario Enciclopédico Espasa I*, Decimotercera Edición, Espasa Calpe, Madrid, 1998.

¹² Mediante el diálogo.

¹³ Tésis y Antítesis. Afirmación y Negación.

por ejemplo- actividad confirmatoria (probatoria) *ex officio*, o que falle formando su conocimiento en elementos ajenos al proceso, que no han sido introducidos al mismo, y que no han podido ser controlados o controvertidos por las partes, y -por supuesto- tampoco basándose en conocimiento personal ¹⁴.

Pero, detengámonos un poco en esta idea. Haremos, ahora, hincapié en la cuestión ideológica que mencionamos más arriba. ¿Por qué sostenemos que el principio de imparcialidad del juzgador implica la imposibilidad absoluta de que el juez produzca actividad confirmatoria?. Pensamos que esta es la idea del constituyente. Ello se puede advertir en nuestra Carta Magna, en la institución del juicio político. Al respecto reza el art. 53 de la CN: *“solo ella [la Cámara de Diputados de la Nación] ejerce el derecho de acusar ante el Senado al presidente, vicepresidente, al jefe de gabinete de ministros, a los ministros y a los miembros de la Corte Suprema, en las causas de responsabilidad que se intenten contra ellos...”*. Por su parte, el art. 59 de la CN dice que *“al Senado corresponde juzgar en juicio público a los acusados por la Cámara de Diputados, debiendo sus miembros prestar juramento ¹⁵ para este acto...”*. Acá se advierte con total nitidez la idea del constituyente: las dos funciones separadas y confiadas a órganos distintos. Uno acusa y el otro juzga, y es el que acusa quien debe fundamentar su acusación, ya que si se permitiera que el encargado de juzgar pudiera realizar actividad confirmatoria tendiente a fundar la acusación, se convertiría automáticamente en lo que reza el refranero popular: *“juez y parte”* ¹⁶.

La transitoriedad de la serie procedimental resulta de que el proceso es un método para solucionar conflictos de una determinada manera. Por tanto, el proceso no puede durar eternamente, debe necesariamente ser transitorio a fin de llegar a la decisión que cierre definitivamente la discusión o el conflicto de intereses que le dio origen. La sociedad se autodestruiría si los conflictos –que son naturales a la condición humana- no son resueltos en forma definitiva. De ahí la importancia que reviste la calidad de caso juzgado (o cosa juzgada, como se prefiera) de la sentencia.

¹⁴ Nótese que nuestro CPC –con muy buen tino- en su art. 17 inc. 8º prevé como causal de recusación del magistrado *“... el haber conocido el hecho como testigo”*

¹⁵ El juramento que prestan los miembros del Senado en este caso es el de *“administrar justicia con imparcialidad y rectitud, conforme a la Constitución y las leyes de la Nación”* y dictan fallo *“constituido en tribunal”*, según lo establecen los art. 1º, 2º y 16 del Reglamento Interno de dicha Cámara. (confr. Sagüés, Néstor P. *Elementos de Derecho Constitucional, 3ª edición*, Astrea, Buenos Aires, 1999, T I, p. 689).

¹⁶ Esto ya lo apuntamos tiempo atrás en un artículo titulado *“Derechos del Ciudadano, ¿en manos de quién?”* publicado en *Diario Comercio y Justicia*, del 26/6/03, Sección Opinión, p. 7.

Por medio de la eficacia de la serie se hace referencia a que para que el proceso pueda funcionar como un medio apto para lograr la finalidad de solucionar controversias es imprescindible que la serie de actos que lo instrumenta sea apta para que se logre el diálogo pretendido por el constituyente y el legislador.

Esto es, posibilitar que cada afirmación hecha por un pretendiente, pueda ser negada por su resistente. Y además, debe posibilitarse a los parciales la posibilidad de confirmar su afirmación. Ello implica necesariamente conocimiento de lo actuado en el proceso.

La moralidad del debate hace alusión a la manera en que deben dialogar y debatir las partes en el proceso, ya que si el legislador permitiera que en el proceso se echara mano de la arteria o la deslealtad lo que en realidad estaría permitiendo es el uso de la fuerza ilegítima, que es lo que -el derecho en general, y el proceso en particular- quieren proscribir en una sociedad.

Brevemente así descritos, estas son las únicas directrices que se pueden denominar Principios Procesales. Estos principios se dan en forma unitaria. Dicho esto vemos que, lo que normalmente la gran mayoría de la doctrina denomina principios, en realidad son reglas, las que deben derivar -lógica y coherentemente- de los principios y se diferencian de los antes mencionados en que ostentan un carácter binario, esto es se presentan siempre en forma de pares antinómicos. Así, intermediación o mediación; oralidad o escritura; impulso de partes o impulso oficial, congruencia o incongruencia, entre otras.

Si un debate se realiza en forma oral o escrita, si el juez tiene un contacto directo con las partes y el material probatorio o no, será una cuestión de preferencia legislativa, en cambio si no se presentan las notas esenciales que hemos denominado principios procesales, no podremos hablar técnicamente de la existencia de proceso. Si falta un principio no hay proceso. En cambio, una regla se da en forma de pares antinómicos y la preferencia del legislador por una de ellas desplaza a la otra, pero nada obsta a que luego pueda darse en otra etapa del proceso o fase de la serie. Aquí se advierte en toda su extensión el fenómeno de la alternatividad ¹⁷ y ello no atañe a la existencia misma de la figura proceso.

¹⁷ Cuando el legislador se encuentra con la tarea de regular el fenómeno que ocurre en la realidad social (primero el hecho, luego el derecho), siempre cuenta con -al menos- dos posibilidades y para normar realiza una opción política a favor de alguna de ellas. Así, por ejemplo, cuando legisla sobre el matrimonio primeramente se plantea: permitimos o no permitimos el matrimonio. Luego, y habiendo respondido favorablemente a aquella pregunta, cuenta con tres alternativas: monogámico, poligámico o poliándrico. Después, debe resolver un segundo problema, derivado del anterior: permite la disolución del vínculo matrimonial (divorcio) o no lo permite, etc... Actualmente, se enfrenta con el

Aunque, sin embargo, debemos apuntar que la elección que realiza el legislador no siempre se adecua a los principios que hemos descrito. Por caso, si el legislador prevé la regla de la incongruencia, esto es que el juez pueda fallar más allá de lo alegado y confirmado por las partes, creemos que claramente se violaría el principio de igualdad de los parciales, porque el juez resolvería algo sobre lo que las partes no han podido debatir. Por ello, creemos que la regla de congruencia es la que respeta la plena vigencia de ese principio, y con ello, la idea de proceso.

Esto mencionado tangencialmente, y a manera ejemplificativa, ya que abordar el análisis de coherencia de todas las reglas procesales existentes con los principios procesales descritos, excede -con creces- el objeto del presente trabajo.

I.2. ¿QUÉ ES EL DEBIDO PROCESO?

La frase “debido proceso” se halla receptada en la Constitución de los Estados Unidos de América, en su Quinta Enmienda, la cual vuelve a repetirse en la Decimocuarta Enmienda¹⁸. Por su parte, las constituciones del continente americano han receptado la misma filosofía política libertaria, aunque –en lo que al proceso se refiere- no lo han denominado exactamente igual: en lugar de hablar de debido proceso, señalan la inviolabilidad de la defensa en juicio y la necesaria anterioridad temporal del debate con respecto a la sentencia¹⁹.

Ahora sí, y a riesgo de ser reiterativos, volvemos sobre la afirmación inicial: el debido proceso no es otra cosa que el proceso que respeta sus propios principios, sus notas esenciales y definitorias.

¡El Debido Proceso es el Proceso! (¡así de simple y de complejo a la vez!).

Y esto no es una tautología. Es una afirmación que revela un compromiso con la ideología libertaria que ha sido consagrada en nuestra Constitución Nacional.

Más arriba hemos hecho explícita nuestra idea de proceso que entendemos es el receptado por nuestra Carta Magna, y ése y no otro es el debido por el Estado al Ciudadano. Cualquier otra cosa que se intente presentar como proceso –entendemos- no

dilema de permitir o no uniones homosexuales, y con ello la idea de matrimonio, que hasta ahora se lo considera únicamente como una unión heterosexual.

¹⁸ ALVARADO VELLOSO, Adolfo. *El Debido Proceso de la Garantía Constitucional*, Zeus, Rosario, 2003, p. 292.

¹⁹ Por ejemplo: art. 18 de nuestra Carta Magna consagra la inviolabilidad de la defensa en juicio de la persona y de los derechos y juicio previo fundado en ley anterior al hecho que motiva el proceso.

respetará alguno de los principios identificados y descriptos, por lo cual podrá ser otra cosa, pero nunca “el debido proceso de la garantía constitucional”²⁰.

I.3. ¿POR QUIÉN Y A FAVOR DE QUIÉN ES DEBIDO?

Si bien en el mundo antiguo el derecho constitucional cuenta con antecedentes, la doctrina constitucionalista²¹ comparte la idea de que su auge y desarrollo data de la segunda mitad del siglo XVIII, cuando se le otorga un papel central al Hombre en su relación con la comunidad política (el Estado), y la formulación de la teoría de la división de poderes, como garantía de la libertad.

Sin embargo, también se hace especial mención a un hecho ocurrido en Inglaterra en el año de 1215: la sanción de la Carta Magna que el Rey Juan Sin Tierra se vio forzado a otorgar a favor de los señores feudales. Si bien, no constituye una Constitución en los términos en que actualmente la concebimos, ya que su vigencia era limitada al *homo liber*, que por esos días no eran todos²², su importancia radica en que constituye el primer pacto de convivencia entre el gobernante y los gobernados, y el sometimiento de la voluntad real a la ley. En adelante, determinadas materias quedaban fuera de la voluntad (o capricho) del Rey.

Así, en la Carta Magna de 1215, se establecieron a favor de los barones una serie de derechos y garantías. En lo concerniente al tema bajo análisis, el Rey no podía privar de la libertad a los barones sin juicio legal y sentencia de pares.

Esta idea ha calado hondo en el pensamiento político y ha sido receptada por todas las constituciones que han abrazado la ideología de la libertad, colocando al Hombre en el centro de la escena política y como el fin último que debe guiar todas las actividades estatales. Por caso, la nuestra²³.

Así presentado el tema, creemos que la conclusión deviene inexorable: el Proceso es debido por el Poder a favor del Hombre, por el Gobernante a favor del Gobernado, por el Estado a favor del Ciudadano.

²⁰ Extraído de Alvarado Velloso, Adolfo. *El Debido Proceso de la Garantía Constitucional*, ed. Zeus, 2002.

²¹ Por caso, Sagüés y Zarini, entre otros.

²² Recordemos la composición estamental de la sociedad de la Europa medieval.

²³ Art. 18 de nuestra Constitución Nacional establece que nadie puede ser penado sin juicio previo y que la defensa en juicio de la persona y de los derechos es inviolable, que nadie será obligado a declarar en su contra, entre otras garantías.

Fácil es colegir, entonces, que -algo que actualmente se debate en materia procesal- cualquier propuesta que sugiera dotar de mayores poderes a los jueces, haciéndoles asumir funciones que las debería realizar el justiciable, en el fondo implica un corrimiento del balance entre las dos áreas mencionadas. Implica la preeminencia de una sobre la otra, concretamente del Estado por sobre el Hombre. Porque el juez se inserta dentro del área perteneciente al Poder ²⁴. Esto deja entrever una posición filosófico-política totalitaria y no libertaria, la que no representa la opción formulada por el constituyente y plasmada en nuestro máximo texto normativo.

²⁴ El Poder Judicial es uno de los tres Poderes del Estado, o una de las tres funciones en que se reparte el Poder del Estado.

II. LA FIGURA DEL JUEZ: Los hechos y el Derecho. Desde distintos sectores de la doctrina se insiste en el modo en que los jueces interpretan el Derecho ²⁵. Se ha llegado a clasificarlos, según si adhieren a una posición más conservadora o más progresista ²⁶, al momento de sacar las conclusiones normativas, esto es, determinar las consecuencias jurídicas establecidas por el legislador en la norma jurídica, o aún más, cuando integran normas, en el caso de lagunas de la legislación. El tema de la interpretación jurídica es – por supuesto- de singular importancia, sin embargo, tal vez no sea el más importante: es más difícil (no imposible, pero sí difícil) que un juez yerre al aplicar el derecho a los hechos tenidos por ciertos, el riesgo más grande para las partes reside en qué hechos el juez tiene por ciertos, para luego sí aplicarles el derecho. Creemos que los riesgos mayores se encuentran en la configuración fáctica. Y si le conferimos poderes de instrucción al juez, esto es la posibilidad de proponer y producir prueba, le estamos dando la llave del gallinero al zorro (sin intención de agraviar la figura del juzgador, que – creemos-, tiene una función no política, como sí la tienen los otros poderes del Estado). Lo apuntado anteriormente cobra una trascendencia aún mayor en los procesos penales. Aquí reside el problema, y de su solución depende en gran medida la existencia o no de posibles arbitrariedades y con ello desigualdades y postergaciones en una sociedad, lo que afecta el desarrollo de la misma.

III. CONCLUSIÓN

Creemos haber cumplido con nuestro objetivo, trazado al comienzo del presente: delimitar acabadamente la idea de proceso, el esquema de juzgamiento y solución de conflictos abrazado por el constituyente nacional y con ello la necesaria característica que debe tener la figura del juez: tercero imparcial, y no juez justiciero, activo, buscador de verdad. Ello así, como ya dijimos, creemos que quedó claro que si quien tiene encargada la función de juzgar, realiza actividad probatoria, rompe inevitablemente la imparcialidad, y al salir de su lugar (en el imaginario triángulo equilátero) se acerca más a alguna (cualquiera, no interesa cuál) de las partes, rompiendo así también la igualdad de los parciales.

²⁵ Ver por caso, la obra del Dr. Rodolfo L. Vigo, *Interpretación Jurídica*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2000.

²⁶ A quien interese el tema, ver el artículo del Dr. Juan Carlos Vega, “La Crisis del Derecho Argentino en el Siglo XXI” en *Miradas Alternativas*, N° 1, marzo de 2004, publicación del Centro de Documentación Histórica del Archivo del Poder Judicial, Córdoba, pág. 33 y ss.

¿Puede sostenerse válidamente en derecho que un sistema de esas características respeta la idea del debido proceso garantizado constitucionalmente?. Parece que la respuesta negativa se impone, inexorablemente.

Ello ha sido advertido de manera más clara por la doctrina procesalista en lo penal²⁷. Sabemos que en el procedimiento penal el imputado goza del estado de inocencia, y que es necesaria la certeza del juzgador para dictar una sentencia de condena. Con la duda, debe absolver. Por lo que, si el juzgador realiza actividad probatoria *ex officio* en realidad está confesando que se encuentra en dicho estado psicológico de duda, por lo cual el ordenamiento legal le ordena absolver, luego, si produce prueba oficiosa, -vía medida para mejor proveer- en realidad está perjudicando al imputado. Si tiene duda, en lugar de dictar prueba de oficio, debe simplemente dictar una sentencia absolutoria.

En materia civil pasa lo mismo²⁸. Quien afirma un hecho debe probarlo. Vélez Sársfield estableció en el art. 15 del Código Civil²⁹ la prohibición del *non liqueat*. Mediante esta norma intentó solucionar el problema que el *non liqueat*³⁰, acarrea a la sociedad. El Codificador quería que ningún litigio quedara sin solución. Sin embargo la doctrina procesalista advirtió que muchas veces el problema que se presenta para el juzgador no es la ausencia de derecho, sino de hechos. La duda no recae sobre el derecho que se debe aplicar, sino respecto de qué hechos tiene el juzgador por acreditados para luego aplicarles el derecho pertinente.

Entonces, se elaboraron reglas que lo ayudarán en la difícil tarea de juzgar. Dichas reglas se conocen como “carga de la prueba” u *onus probandi*. En ausencia de prueba que acredite un hecho el juzgador se deberá preguntar: ¿quién debía probar este hecho?; ¿quién debía confirmar tal o cual afirmación?³¹. La respuesta es simple y sella

²⁷ Los Códigos de Procedimiento Penal de la Provincia de Córdoba y de Buenos Aires han prohibido la facultad probatoria de oficio del tribunal de juicio. (cfr. SUPERTI, Héctor C. *Derecho Procesal Penal*, Temas Conflictivos, Juris, Rosario, 2000).

²⁸ Cfr. ALVARADO VELLOSO, Adolfo. *El Debido Proceso de la Garantía Constitucional*, Zeus, Rosario, 2003, p. 185 y ss.

Para el caso de la materia laboral cabe tener en cuenta el sistema de presunciones que rige: *in dubio pro operario*, lo cual genera distinta incumbencia confirmatoria.

²⁹ Art. 15, CC. “Los jueces no pueden dejar de fallar bajo el pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de las leyes”.

³⁰ “No está claro”.

³¹ Lo que el maestro rosarino denomina la incumbencia de la confirmación.

definitivamente el resultado del litigio: la parte que debía probar y no lo hizo perderá. Quién afirma sin confirmar³² no puede vencer en un proceso.

Sin embargo, no todos los autores y juzgadores están de acuerdo en ello, hecho que ha dividido a la doctrina procesalista en dos: los denominados “Garantistas” y los “Decisionistas” o “Activistas”³³. Los garantistas sostienen que no, nunca, jamás el juzgador deber realizar actividad tendiente a confirmar el litigio, en cambio los decisionistas o activistas en términos generales dicen que el juez puede y hasta debe (dentro de ciertos límites) realizar actividad instructoria tendiente a la confirmación del litigio³⁴, en pos de lograr alcanzar la (denominada por ellos mismos y por nuestro máximo Tribunal) “verdad jurídica objetiva”³⁵.

Nosotros, por nuestra parte adherimos al garantismo, en el sentido de que quien acusa y juzga, quien realiza actividad instructoria, quien propone las diligencias probatorias que luego ha de evaluar al momento de sentenciar, pierde necesariamente la imparcialidad, no importa a favor de quien, de cual de las dos partes del proceso, pero pierde la imparcialidad y con eso dicho proceso no respetará la garantía establecida por el constituyente.

Creemos oportuna efectuar esta afirmación, porque un sistema de juzgamiento como el que se pretende por parte del activismo judicial –creemos- podría posibilitarse grandemente la arbitrariedad del poder, lo cual generaría desigualdades, iniquidades, lo que redundaría en perjuicio de todo el sistema, con severo detrimento no solo de los (denominados) derechos humanos, sino de todos los derechos, y de la seguridad jurídica en general.

Ante esto cabría formularse una pregunta: la pérdida de la imparcialidad en quién debe – esencialmente- revestir dicha cualidad, ¿es algo que un estado de derecho se puede permitir?

³² Por supuesto, se debe tener presente que en determinadas materias y circunstancias, la ley de fondo establece presunciones y ficciones, las cuales inciden en la actividad confirmatoria y en el resultado final del litigio de que se trate.

³³ Plantean la necesidad de un juez activo, que busque arribar a la verdad y realizar la justicia del caso concreto, y para ello plantean como necesaria la posibilidad de que el juzgador posea actividad instructoria, tendiente a producir prueba que luego lo lleve a decidir el litigio sometido a su conocimiento.

³⁴ Esto lo mencionamos en un artículo titulado “Derechos del Ciudadano, ¿en manos de quién?”, publicado en *Diario Comercio y Justicia*, ssssssss....., Sección Opinión, pág. 7.

³⁵ Denominación adoptada por la CSJN en el renombrado caso “Colalillo”.

IV. BIBLIOGRAFÍA

Doctrina

- **ALVARADO VELLOSO, Adolfo.** *El Debido Proceso de la Garantía Constitucional*, Zeus, Rosario, 2003.
- *Introducción al Estudio del Derecho Procesal*, II Tomos, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2000.
- **COUTURE, Eduardo J.** *Fundamentos de Derecho Procesal Civil*, 4ª edición, editorial B de F, Buenos Aires, 2002.
- *Estudios de Derecho Procesal Civil*, III Tomos, Depalma, Buenos Aires, 1978.
- **FERREYRA DE DE LA RÚA, Angelina y GONZÁLEZ DE LA VEGA DE OPL, Cristina.** *Teoría General del Proceso*, II Tomos, Advocatus, Córdoba, 2003.
- **PALACIO, Lino E.** *Manual de Derecho Procesal Civil*, 16ª edición actualizada, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2001.
- **SAGÜÉS, Néstor P.** *Elementos de Derecho Constitucional*, II Tomos, Astrea, Buenos Aires, 1999.
- **SUPERTI, Héctor C.** *Derecho Procesal Penal*, Temas Conflictivos, Juris, Rosario, 1999.
- **VIGO, Rodolfo L.** *Interpretación Jurídica*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2000.
- **V.V.A.A.** *Debido Proceso*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2003.
- **ZARINI, Helio J.** *Derecho Constitucional*, Astrea, Buenos Aires, 1992.

Artículos

- **VEGA, Juan C.** "La Crisis del Derecho Argentino en el Siglo XXI" en *Miradas Alternativas*, Nº 1, marzo de 2004, publicación del Centro de Documentación Histórica del Archivo del Poder Judicial, Córdoba, 2004.
- **ZAMBIAZZO, Mauricio G.** "Derechos del Ciudadano, ¿en manos de quién?" en *Diario Comercio y Justicia*, del 26.VI.03, Sección Opinión, pág. 7.

Legislación

- Constitución de la Nación Argentina