

ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO
Y CIENCIAS SOCIALES DE CÓRDOBA

ACTIVISMO Y GARANTISMO PROCESAL

Córdoba
2009

EDICIONES DE LA ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO
Y CIENCIAS SOCIALES DE CÓRDOBA

Volumen XLVII

Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba
Activismo y garantismo procesal - 1ª ed. -

Córdoba: Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 2009.
176 p.; 23x16 cm.
ISBN 978-987-1123-52-0

1. Derecho Procesal
CDD 347.05

Fecha de catalogación: 29/12/2008

TODOS LOS DERECHOS RESERVADOS
Copyright © 2008, Academia Nacional de Derecho
y Ciencias Sociales de Córdoba
Artigas 74 - 5000 Córdoba (República Argentina)
Impreso en Argentina - Printed in Argentina

**ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO
Y CIENCIAS SOCIALES DE CÓRDOBA**

*AUTORIDADES
(Período 2007 - 2010)*

LUIS MOISSET DE ESPANÉS
Presidente

JUAN CARLOS PALMERO
Vicepresidente

JULIO I. ALTAMIRA GIGENA
Secretario

JORGE DE LA RÚA
Tesorero

ARMANDO S. ANDRUET (h)
Director de Publicaciones

Dirección: Gral Artigas 74- 5000 – Córdoba
Tel./Fax (0351) 4214929
E-mail: secretaria@acaderc.org.ar
Consulte novedades doctrinarias en la
Página Web: www.acaderc.org.ar
REPÚBLICA ARGENTINA

Presidentes Honorarios

Dr. PEDRO J. FRÍAS

Dr. OLSEN A. GHIRARDI

A MODO DE PRESENTACIÓN

por ARIEL ALVAREZ GARDIOL

El Instituto de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Región Centro de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, organizó un curso de “Profundización en derecho procesal” que contó con los auspicios de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario, de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales del Rosario de la Universidad Católica Argentina y del Colegio de Abogados de Rosario.

El tema central del curso fue “Activismo y garantismo procesal”, que son las orientaciones doctrinarias de profunda estirpe filosófica y que incursionan en lo más hondo del debate académico y pragmático de esta importante disciplina jurídica. Fue dirigido por los catedráticos profesores Dres. Adolfo Alvarado Velloso y Jorge W. Peyrano, quienes consensuaron temas, disertantes y moderadores, persiguiendo alcanzar los marcos adecuados para la consolidación de este saber que se propone, esencialmente, lograr la paz social en justicia.

Esta obra reúne los valiosos aportes de quienes participaron en ese curso, desarrollando como expositores algunos de los aspectos más controvertidos de esta apasionante porfía.

Se organizó por sus directores de modo que cada uno de los problemas fuese expuesto por representantes de cada una de las corrientes, actuando como moderadores un veedor de cada equipo que, luego de las disertaciones, dirigieron el cambio de opiniones que, en todo los casos provocaron las distintas cuestiones en el nutrido auditorio de especialistas, docentes y alumnos.

El director del curso Prof. Dr. Jorge W. Peyrano, dio inicio a la actividad con una exposición sobre “Activismo judicial”. Ya iniciado su desarrollo, se abordó primeramente el problema de la “Imparcialidad judicial” respecto del que expusieron en ese orden, el profesor Dr. Sergio Barberio por los activistas, y la profesora Dra. Andrea A. Meroi por los garantistas. La doctora Inés Lépori, por el grupo de los activistas y la doctora Ana Clara Manassero por los garantistas, actuaron como moderadoras.

La segunda cuestión controvertida, “Las pruebas de oficio”, fue desarrollada en primer término por el profesor Dr. Omar Benabentos por los garantistas y seguidamente por el profesor Dr. Hernán Carrillo por los activistas, ordenando el debate por los garantistas el Dr. Mario Barucca, y por los activistas el Dr. Marcos Peyrano.

Estas dos primeras sesiones fueron realizadas en el auditorio de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales del Rosario de la Universidad Católica Argentina.

El segundo bloque que se dictó en el Aula Magna de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario, comenzó con la consideración del tema “Cargas probatorias dinámicas”. La primera exposición correspondió al profesor Dr. Abraham Vargas por el activismo, seguido por el profesor Dr. Eduardo Terrasa por los garantistas, regulando el debate que se suscitó el Dr. Daniel Acosta por los garantistas y la Dra. Roxana Mambelli por los activistas.

Cerró el curso, el desarrollo de la debatida cuestión de “Las medidas autosatisfactivas”, exponiendo, en primer término, el profesor Dr. Tristán García Montaña por el garantismo, controvertido por la doctora María Carolina Eguren por los activistas, actuando como componedores, el doctor Nelson Angelomé por los garantistas y el doctor Carlos Carbone por los activistas.

Pronunció las palabras de clausura el Prof. Dr. Adolfo Alvarado Velloso, en texto que se incorpora a este volumen.

Desde los grandes sistemas de la filosofía helénica, el derecho ha ocupado un lugar importante en la preocupación especulativa.

Toda la filosofía del derecho, desde sus más remotos y venerables inicios hasta ya comenzado el siglo XVIII ha sido derecho natural que, así como en la antigüedad giraba en torno a la oposición entre naturaleza y norma (*physis y nomos*), en el Medioevo se preocupó por la relación existente entre el derecho divino y el derecho humano, inquietud que se transfirió en la modernidad, a la oposición entre la coacción jurídica y la razón individual.

Los sistemas filosóficos de Hegel y Kant fueron las dos últimas grandes estructuras especulativas que incorporaron al derecho como una porción, no menor, de sus importantísimas arquitecturas de pensamiento, en las que el derecho ocupó una posición dominante.

A partir de ello, el derecho padeció en los sistemas que les sucedieron una de las condenas más penosas: la del olvido.

Ninguno de los filósofos generales que sobrevinieron al idealismo alemán incorporó al derecho como una parte de la totalidad de sus teorías.

Jürgen Habermas, tal vez, el representante más sobresaliente de la segunda generación de filósofos de la escuela de Frankfurt, gran figura del pensamiento europeo contemporáneo y padre del patriotismo constitucional, ha sido el primer filósofo general que ha reinstalado el derecho en su sistema de jusfilosofía política. Desde esa atalaya intelectual, mantuvo un trascendente diálogo, en la Academia Católica de Baviera en Munich, sobre los fundamentos prepolíticos del Estado liberal, con el entonces cardenal Joseph Ratzinger -hoy Papa Benedicto XVI-.

Habermas propone como parte de su teoría general del derecho en *Ciencia y facticidad* (1998), tal vez una de sus obras más logradas, el paradigma jurídico o procedimental discursivo, jerarquizando así el procedimiento y el discurso como los atributos esenciales de la juridicidad.

Tengo para mí que, en el caso de las formulaciones teóricas desde las que se debatió en este curso, el activismo judicial y el garantismo procesal no son en realidad paradigmas porque para ser tal, requiere del reconocimiento de toda la comunidad científica y esto, obviamente, no se da en nuestro caso.

Considero que en el ámbito de la ciencia jurídica, los únicos paradigmas incontrovertibles que tienen su origen en el mundo griego y nos vienen casi desde la *Antígona* de Sófocles, son el jusnaturalismo y el juspositivismo, que han dominado en ámbitos estatutarios muy fuertemente y han pasado por momentos de absoluta intolerancia, hasta llegar a esta serena meseta de respetuosa y casi amable convivencia por la que hoy transitamos.

Creo que el reflejo de esa polarización en el plano del derecho procesal, son estas dos expresiones teóricas que hoy controvierten con sus espadas más eminentes.

No debo extender más estas palabras preliminares que pretenden introducirnos en esta rica problemática que se ha desplegado desde la más fecunda estructura normativa y desde la praxis más calificada, para que la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad se constituyan en el fin supremo del Estado y de la sociedad.

PALABRAS DE APERTURA

SOBRE EL ACTIVISMO JUDICIAL

por JORGE W. PEYRANO

Sumario: I. Introducción. II. El activismo judicial confía en los magistrados. III. El activismo judicial es creativo y ha aportado numerosos nuevos institutos procesales. IV. Eco legislativo de las ideas activistas. V. El activismo judicial pareciera involucrar una dinámica de sus propios conceptos. VI. El activismo judicial se preocupa ante todo por la justa solución del caso y no tanto por no contradecir o erosionar al sistema procesal respectivo. VII. El activismo judicial propone una lectura distinta de la Constitución Nacional. VIII. El activismo judicial se caracteriza por depositar en manos de los jueces la facultad de dictar pruebas oficiosas o para mejor proveer, pero no se agota con el otorgamiento de dicha atribución. IX. Colofón.

I. Introducción

En los tiempos que corren, el pensamiento procesal civil nacional se encuentra bifurcado entre dos corrientes de signos diversos y hasta diríamos que antagónicos, a los que se ha dado en llamar “activismo judicial” y “garantismo procesal”.

En las líneas que siguen y reconociendo *ab initio* que nuestra posición estará inevitablemente teñida de subjetivismo y quizás de parcialidad (o parcialidad, según se mire), daremos cuenta de cuáles son las principales características que singularizan e identifican al referido “activismo judicial”

Nos comprometemos, eso sí, a descartar la despreciable argumentación *ad hominem* y a defender nuestro ideario con el máximo respeto hacia quienes piensan distinto.

Antes de comenzar nuestro periplo, conviene recordar que la locución “activismo judicial” fue, posiblemente, usada por vez primera por la Suprema Corte de Justicia de los EE.UU. *circa* 1992, máximo órgano jurisdiccional estadounidense que se autoproclamó “activista”; aunque, en verdad, no es un fenómeno reciente el activismo judicial, sino todo lo contrario, como se ocupa de recordarlo Luis Herrero ¹.

II. El activismo judicial confía en los magistrados

Sabido es que los códigos de procedimientos civiles más recientes, depositan en manos de los jueces civiles un amplio número de facultades-deberes para mejor cumplir su cometido de distribuir el pan de la Justicia.

Realmente, lo primero que debe destacarse es que si algo singulariza al juez civil nativo es su extremada prudencia y hasta cierto “horror” a hacer uso de atribuciones procedimentales más o menos enérgicas, razón por la cual las facultades que el activismo quiere poner en manos de los magistrados locales no siempre serán aprovechadas. Pero lo que interesa es que se pongan al alcance de los magistrados que con cierta dosis de coraje civil no trepidarán en ejercitarlas cuando correspondiera. Y no se crea que dicho ejercicio estará siempre dictado por el deseo de “investigar” cuál es la verdad -tarea, en principio, extraña a la Justicia civil- sino orientada, a veces, a suplir, hasta donde se pueda y con particular reverencia respecto de límites técnicos infranqueables que el

activismo reconoce -flagrantes falencias técnicas de letrados que repercuten injustamente sobre las cabezas de los justiciables que defienden-. No participamos de la idea de que siempre “un juicio por “mala praxis abogadil” está en condiciones de restañar la lesión patrimonial sufrida por un patrimonio y tampoco -y esto es lo más grave- de restaurar la confianza perdida en los estrados judiciales”².

III. El activismo judicial es creativo y ha aportado numerosos nuevos institutos procesales

Desfilan ante nuestros ojos, la medida autosatisfactiva³, el recurso indiferente⁴, la reposición *in extremis*⁵, la llamada tutela anticipatoria⁶, la medida cautelar innovativa⁷, la medida conminatoria⁸, la doctrina de las cargas probatorias dinámicas⁹, el denominado recurso *ad infinitum*¹⁰, entre tantos otros. Tales creaciones han venido a reforzar -por vía pretoriana, aunque muchas de ellas ya tienen sanción legislativa- el cúmulo de potestades de los tribunales civiles nativos; contribuyendo a proporcionar una respuesta al interrogante de rigor ¿“qué hacer”? que aqueja al juez en la soledad de su despacho cuando se le presenta una situación diferente no contemplada por el catálogo de respuestas jurídicas habituales. Es que, en buena medida y como se verá *infra*, el activismo judicial ha generado un “derecho procesal de excepción”, pensado por y para solucionar lo que no es adocenado.

IV. Eco legislativo de las ideas activistas

Si bien mucho del ideario activista permanece en el plano pretoriano, debe consignarse que parte de su repertorio ya se ha plasmado legislativamente. Así ha acontecido, por ejemplo, con las medidas autosatisfactivas¹¹, la doctrina de las cargas probatorias dinámicas¹², la reposición *in extremis*¹³, la medida cautelar innovativa¹⁴.

V. El activismo judicial pareciera involucrar una dinámica de sus propios conceptos

Se trata de una corriente doctrinaria que aparece como flexible y permeable a sugerencias y enjuiciamientos que no comulgan con su línea de pensamiento.

En vez de encaramarse en una defensa cerril de lo aseverado en un primer momento, opta -llegado el caso- por corregir sus posibles defectos o excesos. Buena muestra de ello es lo ocurrido con uno de sus conceptos emblemáticos: la medida autosatisfactiva¹⁵. Así, en sus albores, se consideraba que se trataba de una diligencia que ineludiblemente debía decretarse *in audita et altera par*¹⁶, pero después reconoció la posibilidad excepcional de que en ciertos supuestos (Derecho de familia, por ejemplo) se arbitre una previa y comprimida sustanciación¹⁷ y hoy, finalmente, estima que sería el órgano jurisdiccional quien, según fueren las circunstancias del caso, deba resolver fundamentalmente si corresponde o no sustanciar previamente el despacho de la solución urgente no cautelar que correspondiera.

VI. El activismo judicial se preocupa ante todo por la justa solución del caso y no tanto por no contradecir o erosionar al sistema procesal respectivo

Esta nota del activismo judicial justifica el tenor del copete que encabeza el presente. Igualmente, esta característica explica que convalide la creatividad pretoriana razonable de los jueces que en tantas oportunidades se han anticipado al quehacer legislativo, habitualmente moroso. Repárese, v.gr., en que la prohibición de innovar, la medida innovativa, la prueba de informes, las astreintes, el amparo, etc., tuvieron aplicación judicial con mucha anterioridad a que recibieran la impronta de lo legal. El ideario activista, entonces, se encuentra muy lejos de adscribir al dogma de Montesquieu para quien los jueces son la boca inanimada de la ley, prefiriendo tomar por propias las palabras de Couture: “... el juez no puede ser la boca que pronuncia las palabras de la ley, porque la ley no tiene la posibilidad material de pronunciar todas las palabras del derecho; la ley procede sobre la base de ciertas simplificaciones esquemáticas y la vida presenta diariamente problemas que no han podido entrar en la imaginación del legislador”.

Ante tal cuadro de situación no puede sorprender que el activismo judicial privilegie llevar a cabo una realista jurisprudencia de necesidades en vez de practicar una aséptica y puramente intelectual jurisprudencia de conceptos ¹⁸.

La pujanza y atrevimiento de la susodicha creatividad razonable pretoriana han venido a desembocar en que hoy se viva una época a la que hemos dado en llamar “Derecho Procesal Civil de las posibilidades ilimitadas”. Sobre esto último, hemos manifestado lo siguiente: “*con el uso de dicha expresión, intentamos significar que el grueso de las invenciones procesales recientemente acuñadas no respeta estrictamente los lineamientos de un sistema dado o inevitablemente se conforman a un molde teórico previo. No son, muchas veces, la derivación racional de un a priori constituido por tal o cual armazón intelectual de conceptos, principios y valores, sino más bien respuestas puntuales -frecuentemente desconectadas entre sí y de difícil inserción en algún sistema procesal conocido- a necesidades acuciantes y rebeldes a una discusión morosa y de cariz meramente teórico*” ¹⁹.

VII. El activismo judicial propone una lectura distinta de la Constitución Nacional

Para el activismo judicial la lectura de la Constitución Nacional no constituye un obstáculo para distribuir el pan de la Justicia sino más bien un estímulo. Con su brillantez habitual, Bidart Campos enseñaba: “*el juez es el administrador de la Justicia; con ley, sin ley, o contra la ley. Porque el valor Justicia prevalece sobre la ley y nuestra Constitución así lo deja entrever a quienes saben comprenderla cuando manda en el Preámbulo afianzar la Justicia. Con ley, sin ley o contra la ley*”. Por su parte, Zagrebelsky ha llegado a decir que los principios constitucionales encierran un mandato tácito que, llegado el caso, pueden determinar que deba dejarse de lado la aplicación de una ley cuando de ella derivaría la solución injusta de un litigio ²⁰.

VIII. El activismo judicial se caracteriza por depositar en manos de los jueces la facultad de dictar pruebas oficiosas o para mejor proveer, pero no se agota con el otorgamiento de dicha atribución

Cierto es que la corriente de pensamiento que nos ocupa se singulariza por legitimar -llegado el caso y cuando correspondiera- el dictado de las llamadas medidas para mejor proveer. Y decimos, “llegado el caso”, porque no siempre concurrirá dicha legitimación. Es que: “*Liminarmente debe advertirse que el dictado de medidas para mejor proveer sólo se justifica cuando existen pruebas de los litigantes. Por el contrario, la no producción de probanza alguna es un obstáculo insalvable*

para la procedencia de las medidas en estudio, debiendo en tal caso el juzgador apelar, usualmente, a la teoría de la carga procesal, a los efectos de dirimir la contienda. En el mismo sentido que el propuesto se han pronunciado Barrios de Angelis y De la Colina. Defender la atribución del órgano jurisdiccional para ordenar el cumplimiento de diligencias para mejor proveer aun en defecto de producción de toda prueba, implicaría la quiebra del principio dispositivo, ya que lo convertiría a aquél de juzgador en un inquisidor que, para colmo de males, generalmente no tiene conciencia de que está desempeñando tal rol”²¹. De igual modo, existen otros límites que debe respetar el juez civil. Así, apunta Picó I Junoy lo siguiente: “La prueba practicada por el juez debe, necesariamente, limitarse a los hechos controvertidos o discutidos por las partes, en virtud de los principios dispositivos y de aportación de parte. En consecuencia, son los litigantes quienes deben traer al proceso el material fáctico que fundamenta sus respectivas pretensiones, no pudiendo el órgano jurisdiccional llevar a cabo ninguna actividad tendiente a investigar o aportar hechos no alegados por las partes, ni fallar alterándolos, so pena de incurrir la sentencia en un vicio de incongruencia”²². Cabe acotar que la concesión de atribuciones judiciales para decretar pruebas oficiosas, se encuentra entre las tendencias más modernas y aceptadas del derecho procesal civil²³.

Empero, también es verdad que el activismo judicial no se agota con el ejercicio de la susodicha potestad que también tiene otras formas de expresión: la llamada reconducción de pretensiones defectuosamente planteadas pero parcialmente rescatables²⁴, el rechazo *in limine* de pretensiones principales o incidentales y de otros pedimentos²⁵, el impulso procesal oficioso, la interpretación extensiva del principio de adquisición procesal²⁶ que justifica, entre otras cosas, la ponderación oficiosa de indicios, la llamada flexibilización de la congruencia²⁷ en materia decisoria, etc..

IX. Colofón

1. Decía, con razón, Sentís Melendo que “la patología no debe servir nunca de pauta para apreciar la bondad o los defectos de una institución”²⁸. Entonces, el ocasional y aislado mal uso de las atribuciones que el activismo confía en los jueces no puede constituir un argumento válido para descartar las excelencias de dicha concesión.

2. El activismo judicial prevalece en el panorama doctrinario procesal contemporáneo. Como fuere, resulta inconveniente la “demonización” de cualquiera de las corrientes en las que se divide el pensamiento jurídico procesal actual. Seguramente, algo habrá de rescatable y aun de elogiabile en lo sostenido por una de ellas que pueda llegar a morigerar o, inclusive, a modificar el entramado de la restante. Las posturas crudamente maniqueas son acientíficas y conspiran contra el progreso de la disciplina respectiva.

3. Si nos convocaran para destacar un aspecto positivo del activismo judicial, diríamos que se trata de una doctrina que posibilita en mayor medida que otras, la consagración de un “derecho procesal de excepción”; es decir, un ramillete de instrumentos que valora muy especialmente, las circunstancias del caso (o sea el ajuste de la decisión judicial a las particularidades de la causa) que revelan que se está frente a un supuesto excepcional que no puede ser objeto de los parámetros corrientes.

NOTAS

¹ LUIS HERRERO, “El derecho a ser oído. Eficacia del debate procesal”, en la obra colectiva *Debido proceso*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2003, pág. 127 y ss..

² Jorge W. PEYRANO, “El perfil deseable del juez civil del siglo XXI” en *Procedimiento civil y comercial. Conflictos procesales*, Rosario, Juris, 2002, t. 1, pág. 97.

³ Vide de Sergio BARBERIO, *La medida autosatisfactiva*, Santa Fe, Panamericana, 2006.

⁴ Enrique FALCÓN, “El recurso indiferente”, L.L. 1975-B, pág. 1139.

⁵ Jorge W. PEYRANO, “La reposición *in extremis*”, J.A. 1992-III, pág. 661.

⁶ Augusto MORELLO, “Anticipación de la tutela”, La Plata, Platense.

⁷ Jorge W. PEYRANO, *Medida cautelar innovativa*, Buenos Aires, Depalma, 1981.

⁸ Jorge W. PEYRANO, “Medidas conminatorias”, en *Procedimiento civil y comercial. Conflictos procesales*, t. 1, pág. 28: “*Antes de proseguir se impone informar al lector (que puede no estar avisado) acerca de lo que entendemos por medida conminatoria. Así es que la hemos descripto, expresando que es cualquier orden -de contenido no pecuniario y con alcances extraprocesales- emanada de un tribunal de justicia, que tiende a obtener el debido cumplimiento in natura de un mandato judicial primigeniamente desobedecido, a través del concurso de la voluntad de su destinatario del mismo, y que involucra para el desobediente la amenaza de un desmedro que prima facie podría llegar a ser de mayor entidad que el resultante de persistir en dicha actitud contumaz*”.

⁹ Jorge W. PEYRANO y Julio O. CHIAPPINI, “Lineamientos de las cargas probatorias dinámicas”, E.D. t. 107, pág. 1005.

¹⁰ Jorge W. PEYRANO, “Lineamientos del recurso *ad infinitum*” en *Problemas y soluciones procesales*, Rosario, Juris, 2008, pág. 65. “*Queremos, pues, poner en manos de todos los magistrados preocupados por la proliferación de litigantes maliciosos, lo que hemos llamado ‘recurso ad infinitum’; o dicho de otro modo, una propuesta para impedir ser víctimas de un accionar recursivo que reúne las características ad infinitum. ¿Cuándo se produce la situación de la que venimos hablando? Pues cuando un litigante inescrupuloso acumula una sucesión de recursos notoriamente improcedentes interpuestos uno detrás de otro y tan pronto es notificado de la resolución del último que le ha sido adverso*”... Conocido es que una vez que un tribunal descubre una estrategia abusiva (por ejemplo, la consumación de un recurso *ad infinitum*), se encuentra en condiciones de v.gr., rechazar *in limine* el último recurso intentado porque, a todas luces, éste está traicionando los fines técnicos que le ha asignado el ordenamiento. Pero no es suficiente con ello porque bastaría con que el litigante malicioso recurriera otra vez improcedentemente -después de ser notificado de la resolución adversa y postrera- para colocar las cosas nuevamente en vía muerta y en situación de recurso *ad infinitum*. Es menester, entonces, algo más: lo que llamamos “pretermisión de trámites”, es decir, “dejar de lado” u “omitir”, por ejemplo, notificaciones ritualistas respecto de una resolución que no admite recurso alguno, sumado ello al ejercicio de la facultad judicial de impulsar de oficio el procedimiento para llevarlo a un estado ulterior por más que no se hubiera cumplido algún paso ritual previo.

¹¹ Las medidas autosatisfactivas se han incorporado al art. 232 bis del Código Procesal Civil de la Provincia de Chaco. También la ley 5745 las ha incorporado al Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Corrientes, mediante la sanción de los arts. 785 al 790 correspondientes a la referida normativa procesal civil. Igualmente, la ley santafesina 11.529 consagró las autosatisfactivas en materia de violencia familiar.

¹² Merece ser destacado el actual Código Procesal Civil y Comercial de Corrientes -cuya puesta al día obedeció, en gran medida, al impulso de Gladis Midón y de Silvia Esperanza de Aquino- que las incorporó en su art. 377. Igualmente, el Código Procesal Civil y Comercial de La Pampa contempla el instituto en su art. 360.

¹³ Se ha sumado expresamente la reposición *in extremis* al Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Corrientes, merced al dictado de la ley 5745, a través de la sanción del art. 241 bis.

¹⁴ Por vez primera se ha legislado explícitamente sobre la medida cautelar innovativa, por obra y gracia de la reciente reforma procesal civil correntina (ley 5745) que la regula en su art. 232 bis.

¹⁵ Jorge W. PEYRANO, “La medida autosatisfactiva. Forma diferenciada de tutela que constituye una expresión privilegiada del proceso urgente. Génesis y evolución”, en *Medidas autosatisfactivas*, obra colectiva del Ateneo de Estudios del Proceso Civil de Rosario, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1999, pág. 13: “*Se trata de 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 para evitar su caducidad o decaimiento, no constituyendo una medida cautelar, por más que en la praxis muchas veces se la haya calificado, erróneamente, como una cautelar autónoma*”.

¹⁶ Jorge W. PEYRANO, “Lo urgente y lo cautelar”, J.A. 1195-I, pág. 899.

¹⁷ Conf. trabajo citado en nota 15, pág. 23.

¹⁸ Conf. trabajo citado en nota 2, pág. 90: “*La necesidad tiene cara de hereje*” dicen y llevan razón. Muchas de las soluciones pretorianas hoy triunfantes, no se ajustan, perfectamente, a los esquemas tradicionales. Y si han aparecido y prevalecido es porque responden a necesidades sentidas, aunque no sean el producto alambicado de lucubraciones conceptuales y sistemáticas. No se les pida, entonces, a estas nuevas soluciones -que casi constituyen un ‘botiquín de urgencia’- un encuadramiento teórico acabado”.

¹⁹ Jorge W. PEYRANO, “El derecho procesal de las posibilidades ilimitadas o el fin de los sistemas”, en *Procedimiento civil y comercial. Conflictos procesales*, Rosario, Juris, 2003, t. 2, pág. 223.

²⁰ Gustavo ZAGREBELSKY, *El derecho dúctil*, traducción de Marina Gascón, Madrid, Trotta, 1997, pág. 134.

²¹ Jorge W. PEYRANO, *El proceso civil. Principios y fundamentos*, Buenos Aires, Astrea, 1978, pág. 83.

²² Joan PICÓ I JUNOY, *El juez y la prueba*, Barcelona, Bosch, 2007, pág. 117.

²³ *Ibidem*, pág. 123.

²⁴ Jorge W. PEYRANO, “*Iura novit curia* procesal. La reconducción de postulaciones”, *Procedimiento civil y comercial. Conflictos procesales*, t. 1, pág. 99 y ss..

²⁵ Jorge W. PEYRANO, “El rechazo *in limine* y sin trámite de ciertas postulaciones (pretensión principal, pretensión incidental e interposición del recurso de inconstitucionalidad) dentro de la economía del C.P.C. santafesino”, en *Jurisprudencia Rosarina*, año 2005-2, Juris.

²⁶ Jorge W. PEYRANO, *El proceso civil. Principios...* cit., pág. 337 y ss..

²⁷ Mabel DE LOS SANTOS, “La flexibilización de la congruencia”, en *Cuestiones procesales modernas*, Suplemento especial de La Ley de octubre de 2005, pág. 80 y ss. y “Flexibilización de la congruencia”, en revista La Ley del 22 de noviembre de 2007.

²⁸ Joan PICÓ I JUNOY, ob. cit., pág. 114 al pie.

IMPARCIALIDAD JUDICIAL

LA IMPARCIALIDAD JUDICIAL

por SERGIO JOSÉ BARBERIO

Sumario: I. Concepto, alcance y generalidades. II. Protección de la imparcialidad. III. Imparcialidad. Activismo, garantismo, principio dispositivo y facultades judiciales

El tema que nos convoca en la apertura, la imparcialidad judicial, podría deparar un amplio tratamiento que transite numerosos carriles y con miga suficiente como para realizar una obra entera al respecto. Pero no acometeremos tal empresa puesto que, sin duda, excedería el marco previsto para esta exposición y, quizá, también nuestras posibilidades.

De manera que nuestro trabajo, para estar en consonancia con las expectativas y la orientación del curso, oficiará de puntapié introductorio hacia los temas concretos que se analizarán más adelante (pruebas de oficio, cargas probatorias dinámicas, medidas autosatisfactivas) y en donde esta cuestión de la imparcialidad seguramente será intensamente debatida.

A modo de precomprensión y antes de ingresar a ciertos bemoles de la imparcialidad judicial, delimitaremos la ubicación conceptual del instituto para signar desde el vamos lo que será su desarrollo.

Por ello dedicaremos la introducción al concepto, alcance y fundamentos de la imparcialidad. Seguidamente, un repaso a las garantías o instrumentos diseñados para protegerla. Y, por último, fijado ya claramente el plano funcional de la imparcialidad, veremos qué relación tiene (si la tiene) con lo que se ha denominado activismo-garantismo, con los principios dispositivo e inquisitivo, con la neutralidad y el principio de autoridad. Y, en definitiva, si la susodicha imparcialidad puede verse -o no- alterada por el uso de determinadas facultades por parte de los jueces.

En la viga maestra, representada por un juez desinteresado del objeto litigioso y desprovisto de cualquier animosidad favorable o perjudicial hacia las partes en conflicto, muy difícilmente no estemos todos de acuerdo. Y claro que sí, nadie pregona ni pretende un juez parcial.

I. Concepto, alcance y generalidades

Comencemos con el clásico concepto de Werner Goldschmidt ¹ para quien la imparcialidad consiste en poner *entre paréntesis* todas las consideraciones subjetivas del juzgador. La imparcialidad en la esfera emocional es lo que la objetividad en la esfera intelectual. Es una especie determinada de motivación, consistente en que la declaración o resolución se orienta en el deseo de decir la verdad, de dictaminar con exactitud, de resolver justa o legalmente. El juez debe ser objetivo, olvidarse de su propia personalidad.

Se trata de desechar todo factor que enturbie la pureza de los móviles que inspiran los actos del juez quien debe eliminar, como indica Peyrano ², los propios prejuicios y los relativos a la relevancia social de quien pueda verse afectado por la decisión que tome.

Suele sostenerse que los actos procesales cuya producción requiere la vigencia del principio de imparcialidad son de dos órdenes, el probatorio y el decisorio. No obstante, opinamos que en definitiva serán siempre decisorios. Porque la imparcialidad es decisoria. Tanto en el aspecto externo sobre la decisión que el juez toma, cuando ordena una prueba, corre un traslado, admite un testigo, rechaza un recurso, siempre “decide”. Y en lo interno, en su fuero íntimo, también “decide” usar aquel paréntesis optando ser imparcial y decide así no favorecer a alguna de las partes en detrimento de la otra, siendo su único objetivo el de administrar justicia.

Desde la doctrina se ha ligado el concepto de imparcialidad con el de Justicia (Rawls, Goldschmidt), o como manifestación de la jurisdicción (Carlos, Pisani), y también con la actividad del órgano juez (Clariá Olmedo, Alcalá Zamora). Pero bajo la lupa de cualquier teoría, el común denominador está dado en que la imparcialidad constituye un elemento ingénito de todo proceso y en ella se apoya la garantía de que a cada uno se dé lo suyo, sin distinciones según sea el sujeto destinatario del reparto.

La imparcialidad, como actitud, es también un canon de conducta del magistrado. Este, debe ejercer el poder jurisdiccional sin discriminaciones de ningún tipo, pues la imparcialidad es corolario del *principio de igualdad*. Su actuación despejada de prejuicios o parcialidades contribuye a edificar el *principio de transparencia*, fortaleciendo el control democrático y la confianza de la ciudadanía sobre la acción del Poder Judicial.

Desde otra mira, como un derecho de los justiciables, la imparcialidad trasciende la mera legalidad para ubicarse en un plano constitucional. Los tratados internacionales incorporados a la Constitución Nacional ³, de modo directo o implícito, también la consagran: Tribunal imparcial e independiente.

Podemos decir entonces que, desde el punto de vista de los sujetos involucrados, la imparcialidad es tanto un *deber* (o conjunto de deberes ⁴) para el juez, como a la par, un *derecho* de las partes inmanente a la garantía de un proceso justo. Y que, abstractamente considerada, como un principio del proceso jurisdiccional, es una *cualidad* insoslayable de la función jurisdiccional e inherente a todo proceso.

Las razones que sindicán la probabilidad de afectación a la imparcialidad, dan lugar a la figura del *juez suspectus* y el *juez inhabilis*. En el primer caso (*suspectus*) se trata de cuestiones que hagan sospechar sobre la asepsia del *iudex* en la decisión de un conflicto llevado a sus estrados; pero su intervención es legítima e irreprochable mientras no se denuncie la causa o compruebe su imparcialidad. En el segundo (*inhabilis*) se fijan generalmente causales de incompatibilidad, prohibitivas, que previa y automáticamente inhabilitan al juez e invalidan su intervención. Bajo la consigna de que aun estando habilitado para conocer en un asunto, debe eliminarse toda sospecha de parcialidad en el juzgador, los componentes de la imparcialidad se desarrollan a partir de la figura del *juez suspectus*.

En un proceso jurisdiccional, donde interactúan dos partes contendientes y un juez encargado de solventar el conflicto, este último operador (el juez) debe carecer de cualquier interés con respecto a la partes y al objeto concreto debatido.

Y así, todos los ordenamientos jurídicos, en mayor o menor medida, prevén distintas situaciones, obstáculos o causales que apuntan a preservar la imparcialidad ante supuestos en los que el juez tenga -o pueda tener- estrecha o cercana *vinculación* (con las partes o el objeto litigioso) en un caso concreto.

Cuando hubiere causales o circunstancias que afecten la imparcialidad, en España se alude a una “falta de legitimación en el juez”, como falta de aptitud para intervenir en ese proceso. Así, por ejemplo, Gimeno Sendra afirma que la legitimación del juez es la antítesis de la legitimación de las partes. Las partes están legitimadas porque son titulares de un derecho o existe un interés; mientras que el juez está legitimado, precisamente, por la falta y ausencia total de dicho interés ⁵ (aditamos: lo que no implica sostener que el juez no tenga un interés en la Justicia, desinteresándose -eso sí- de los pruritos sobre a quién beneficia o perjudica la decisión justa).

Otros autores peninsulares prefieren optar por la expresión “ilegitimidad”, por cuanto la legitimación -según se sostiene, y con razón- es una cualidad que solamente exhiben las partes procesales y es obvio que el juez: no es parte.

En Italia, autorizadas voces como Carnelutti ⁶ se han referido a la “incompatibilidad funcional” (*incompatibilità funzionale*). Desde otro cristal, Chiovenda ⁷ y Couture ⁸ aluden a una “capacidad subjetiva” de los órganos judiciales, mientras que Carlos ⁹ utiliza el concepto de “competencia subjetiva”.

Lo cierto, en definitiva, es que esta legitimación o capacidad, funcional o subjetiva, como sea que optemos denominarla, se edifica de un modo negativo o excluyente, como *inexistencia* de causales que impidan al magistrado actuar con imparcialidad ante un conflicto.

Y las susodichas causales o circunstancias negativas se analizarán siempre, *individual y subjetivamente*, con relación a ese juez en particular que puntualmente deba intervenir en un caso concreto. Como órgano, sin determinación del caso concreto, la imparcialidad se presume sin vacilar.

La doctrina en general subdivide la imparcialidad en *subjetiva* y *objetiva* según se trate de la ausencia de sospechas en la figura del juez, o bien por su situación personal frente al objeto litigioso o las partes en conflicto.

Pero si la imparcialidad es aquella ajenidad (con las partes y el objeto) a que hicimos referencia, la imparcialidad sólo puede ser *subjetiva*. Porque los aspectos psicológicos o los prejuicios del juzgador, como la decisión de intervenir aunque tenga interés en el objeto, son factores de índole subjetiva.

Las razones que influirán subjetivamente en la imparcialidad del magistrado son, en rigor, las que pueden dividirse en subjetivas u objetivas según se manifiesten. Y así: subjetivas serán las que vinculan personalmente el ánimo del magistrado para con las partes litigantes: amistad, enemistad, relación de parentesco, falta de independencia con las personas involucradas, etc.; y las objetivas estarán vinculadas al proceso mismo o al objeto que en él se disputa: interés económico o jurídico en el resultado, prejuzgamiento en otra instancia, adelanto de opinión, haber sido apoderado de alguno de los litigantes, etc..

Clasificaciones éstas que, al fin de cuentas, no tienen otro provecho que la sistematización metodológica o facilitamiento de su estudio académico porque, en verdad, lo único que interesa destacar es si las susodichas razones o circunstancias (subjetivas u objetivas) influyen o pueden influir de algún modo en el libre juicio objetivo del sentenciante.

Por último y aunque a esta altura del relato ya puedan percibirse las diferencias, cabe que distingamos claramente las figuras del juez *imparcial*, *imparcial* y *neutral*.

Diferenciar entre parcialidad y parcialidad no es tarea compleja desde lo teórico. El juez parcial es *parte*, mientras que el juez *imparcial* (parte o no) es aquél que actúa -como hemos dicho- objetivamente y libre de todo prejuicio o compromiso que lo haga inclinar injustamente la balanza. En los hechos, o en la praxis cotidiana, es muy difícil confiar a un hombre -por más ecuánime que sea- el que resuelva con imparcialidad los conflictos personales donde se discuta un derecho propio. Y aunque hipotéticamente pudiera hacerlo, no es dable exigirle semejante comportamiento ni es conveniente su intervención en tales asuntos, de cara a la contraparte y a la comunidad toda, en honor al principio de transparencia y a la confianza que debe inspirar la actividad jurisdiccional.

La imparcialidad es un estado de decisión y psicológico netamente independiente y distinto del lugar (parte) en que el derecho sustancial ubica al juez con relación al conflicto. Vale decir, entonces, que la imparcialidad es una forma de ejercer la jurisdicción para dirimir el conflicto; mientras que la parcialidad implica *ser parte* del conflicto, con independencia del modo (parcial o no) en que se ejerza la jurisdicción dirimente.

Sintéticamente, se ha dicho, la *imparcialidad* implica que el juez se despoje del subjetivismo connatural a la condición humana, se libere de prejuicios. La *imparcialidad*, exige que el juez no tenga la calidad de parte, es decir que no intervenga sobre un derecho o interés suyo ¹⁰.

Ahora bien, establecida la diferencia entre imparcialidad e imparcialidad veremos la otra figura que suele asociarse pero no se identifica con ellas: la *neutralidad*.

La neutralidad consiste en que el juez se muestre prescindente de tomar cualquier iniciativa o directiva, durante el curso del proceso, que no sea el dictado de las resoluciones incidentales o la definitiva. Hay una total indiferencia del juez en los términos y desarrollo del debate; la actividad oficiosa es casi inexistente. Esta neutralidad ubica al magistrado en la posición, como se ha denominado, de un *juez espectador*. Dicho concepto se abrigaba confortablemente dentro de un sistema dispositivo puro o a ultranza, concebido bajo el señorío de las partes.

Si la antítesis de la imparcialidad es la parcialidad, y en el otro polo de la imparcialidad se ubica la parcialidad, podría elucubrarse que lo opuesto a un juez *neutral* es un juez dictador, arbitrario o inquisidor. Pero no es exactamente así, pues ingresaríamos de ese modo en viejas dicotomías alrededor de dos sistemas extremos e irrealizables sobre los cuales no tiene caso debatir a esta altura del nuevo milenio. La pasividad y apatía que involucra el precepto de neutralidad se conjura con la figura de un juez *activo*. Y tal activismo judicial ¹¹ (fuerte, leve o mínimo, podemos discutirlo) no está ligado -ni conlleva- parcialidad o imparcialidad. Son conceptos quizá de un mismo vecindario, pero con disímiles componentes y puntos de partida.

Así, se sostiene que la imparcialidad es algo propio, natural y exigido para el cumplimiento de la jurisdicción; mientras que la *neutralidad* es un concepto técnico referido a que el juez no intervenga en forma activa en la marcha del proceso ¹², que sea espectador y agente pasivo.

De Perogrullo, la neutralidad que aquí nos ocupa es distinta al significado gramatical o lingüístico de la expresión ¹³ y que sí podría asimilarse al de imparcialidad en el sentido de no estar involucrado (material o subjetivamente) con las partes en conflicto o el objeto disputado. La acepción procesal de neutralidad, en cambio, implica no dirigir el proceso y mantenerse distante de su desarrollo, nada más, y ello con total independencia de que el juez sea imparcial o que existieren prejuicios de parcialidad en que pudiera estar incurso.

De manera tal que la imparcialidad no supone necesariamente neutralidad, ni tampoco a la inversa. ¿El juez neutral, puede ser parcial? Por supuesto que sí.

Y esto es predicable aun frente a quienes afirman -equivocadamente a nuestro juicio- que la neutralidad es garantía de imparcialidad, por cuanto el juez que se mantiene completamente ajeno al debate y no tiene rol activo en la marcha del proceso, carece de posibilidades de ejercer parcialmente la jurisdicción. Porque aunque esto último fuera cierto -que no lo es-, el juez neutral tendría igualmente oportunidades de ser parcial durante todas las decisiones jurisdiccionales que deba tomar en el transcurso del proceso (de trámite, simples o interlocutorias) y también, por supuesto, en la sentencia definitiva. Más todavía, si traemos a colación los ejemplos extremos de neutralidad/dictatorialidad que se enarbolan para el demérito de toda facultad judicial, el resultado es el mismo: el juez totalitario (y parcial) puede ser técnicamente neutral y permanecer, en definitiva, ajeno e impávido durante toda la marcha del proceso; pues, de todos modos, resolverá en la sentencia como arbitrariamente le plazca.

Con las anteriores digresiones no queremos más que destacar la inconveniencia de situarse en términos absolutos y clasificar o plantear las figuras desde las antípodas de cada una. Todo lo cual conduce a antagonismos ficticios que no aportan a la construcción de un proceso civil más efectivo. Por caso, la neutralidad llevada a su extremo también podría -por qué no- arrastrar la actitud hacia el *mal desempeño* de la función jurisdiccional.

Volveremos más adelante sobre estos pormenores cuando nos ocupemos de las relaciones entre la imparcialidad, activismo y facultades de dirección. Por ahora y en este sector nos conforma dejar

en claro los conceptos diferenciados de neutralidad e imparcialidad, como también un neto deslinde en la razón de ser de cada uno.

II. Protección de la imparcialidad

Cuando se hace referencia a las garantías o seguridades de imparcialidad se pretende, a través de ciertos recaudos, ubicar al juez en la mejor posición (personal, funcional, psicológica, anímica e intelectual) para solventar objetivamente el conflicto.

Los distintos ordenamientos procesales y leyes orgánicas de la función judicial, en cualquier latitud, instrumentan variados mecanismos para que, desde distintos vértices, se procure el “buen hacer” de los jueces y, por ende, su imparcialidad.

Constituyen herramientas e institutos a los que no siempre se presta la misma o preponderante atención, según de cuál se trate. Es habitual percibir que se juzgue la imparcialidad sólo -o principalmente- desde la mirilla de figuras como la recusación y excusación, con sospecha en las relaciones del juez para con los litigantes o su interés con el objeto del pleito. Pero existe todo un plexo de razones y de institutos que van desde la selección y nombramiento del magistrado, pasando por sus acciones durante el proceso y hasta el análisis o revisión de sus sentencias; momentos todos, en los que puede estar en crisis su imparcialidad. Más todavía, relacionado con los temas que se debatirán próximamente en este curso, con un adecuado funcionamiento de las mentadas herramientas no habrá razones para rasgarse las vestiduras temiendo parcialidad (meramente hipotética) ante algunos procesos o medidas especiales ni por el ejercicio de ciertas facultades judiciales durante el desarrollo de aquéllos.

El elenco de ítems garantizadores que señalaremos a continuación funcionan, actuando en conjunto e integrados unos con otros, como verdadero filtro paliativo y minimizador de los riesgos de imparcialidad. Veamos:

- Respeto absoluto por la independencia (inamovilidad, intangibilidad de los sueldos, profilaxis política, etc.).
- Régimen de recusaciones y excusaciones (además, confiabilidad y ánimo en las partes).
- Prolijo sistema de incompatibilidades.
- Prevaricato: art. 269 C.P.: (resolución contraria a la ley por él citada o por las partes -fundado en hechos o resoluciones falsos- doloso). Ante parcialidad deliberada.
- Cohecho: art. 256 C.P. (hacer o dejar de hacer algo relativo a su función); art. 257: Del Juez (dádiva o promesa para no resolver o resolver de determinada manera).
- Códigos y reglamentos de ética judicial (probidad, decoro y circunspección).
- Consejo de la Magistratura ¹⁴. Antes (en la selección) y después (en el desempeño).
- Concursos adecuados, justos y plurales. No de ocasión.
- Formación y capacitación constante.
- Cumplimiento del deber de ciencia.
- Deber de motivar suficientemente las sentencias (volveremos más adelante sobre este punto esencial)

Nos extenderemos un poco en el tratamiento del primer y último ítem por cuanto, en el primero (independencia), a partir de la falta de libertad en la actividad de juzgar ya está hendido el filtro de la imparcialidad; y en el último (deber de fundar la decisión), quedará a la vista el germen aunque haya sorteado a los demás recaudos.

Que un juez sea independiente implica que pueda actuar con plena y absoluta libertad en el ejercicio de la función jurisdiccional. Si dependiente es sinónimo de subordinado, supeditado o sumiso, el juez no debe estar sometido más que a la ley y a la justicia. La independencia judicial entonces, se dirige a eliminar cualquier tipo de subordinación, perturbación o injerencia en la persona del magistrado.

La independencia contribuye fuertemente a la imparcialidad, pero no la asegura definitivamente. Independencia e imparcialidad no son lo mismo. La independencia es corroborante o coadyuvante de la garantía de imparcialidad. Concertemos en que un juez independiente puede ser parcial, como también el juez dependiente, en algún caso concreto -donde no haya subordinación- podría ser imparcial.

Sin embargo no cabrán dudas en que la independencia anticipa un estado de cosas que facilita una actuación imparcial. La pureza de ánimo predispone las condiciones de imparcialidad, mientras que la subordinación o injerencia probablemente oprimirán el libre juicio del magistrado.

Tradicionalmente se ha descrito la independencia en dos manifestaciones: la *externa*, frente a intromisiones o presiones provenientes del exterior del Poder Judicial (léase poderes Legislativo, Ejecutivo u otros como organizaciones sociales, intermedias, gremiales, la Iglesia, los medios de comunicación, partidos políticos, los lobby). Y la *interna*, referida a la ausencia de perturbación desde el interior del Poder Judicial. Esto es, cuando otros órganos del mismo poder, superiores o pares, intentan meter narices en la decisión o marcha del proceso, fuera de los canales revisores o recursivos que la misma ley prevé.

Similar clasificación puede hacerse, barruntamos, desde otro punto de partida. Así, la independencia *externa* (que engloba las dos anteriores) consistirá en todo tipo de presión sobre la voluntad o injerencia *hacia* el magistrado. Y otra faceta *interna* (psicológica) que actúa *desde* el magistrado; es decir, que el mismo juez la provoca subyugándose, sin necesidad de que otros ejerzan presiones concretas (proximidad de un concurso, expectativas de ascenso, devolución de favores, trascendencia política de la decisión, obtener la complacencia del poder de turno, etc.).

Retomando ahora el elenco de garantías con que iniciamos este acápite y si éstas han funcionado como es debido, nos hallaremos ante un juez probo, honesto, capacitado, desprovisto de perturbaciones y libre de toda sospecha, en el que podemos -y debemos- confiar: un juez imparcial, conforme la propia esencia de su función.

Empero, se nos dirá seguramente que la imparcialidad absoluta es un mito, irrealizable, y que aquellos *paréntesis* imaginados por Goldschmidt son en verdad relativos.

Tal afirmación -que tampoco es absoluta- tiene algo de miga. Es cierto que el juez, como cualquier ser humano, posee una formación y bagaje de principios según su origen, religión o educación, que puede afectar sus resoluciones. Y también es verdad que su ideología y opinión personal sobre ciertos principios pueden hacer las veces de plafón previo de razonamiento, con incidencia directa o refleja en la forma de juzgar. Y claro, es muy probable que sí, porque es imposible que el juez sea una máquina (y no queremos que sea una máquina).

En el silogismo de la decisión, el recordado Oliver Wendell Holmes ubicó a estas circunstancias como "*premisa mayor inarticulada*", destacando que los magistrados, como hombres que son, guardan en su subconsciente acervos de preconceptos y prejuicios de ideas e ideologías, de simpatías y antipatías; y ese conjunto, aun cuando no se den cuenta de ello, influirá sutilmente en sus decisiones.

Sin embargo, la imparcialidad podrá verse afectada, mínima y sutilmente, sólo en el caso que el magistrado no sincere tal simpatía, antipatía o prejuicio. Porque cabe suponer que la susodicha incidencia es inadvertida por el juez, quien no ha tenido la voluntad de ser parcial sino que inconscientemente ha estado influido por aquella premisa inarticulada. De lo contrario, si así no fuere, ya no se trataría de articular las premisas sino de señalar a un juez que, a sabiendas, se ha dejado llevar por los gérmenes que la premisa contiene.

La pureza de conducta y formación intelectual que llevó al magistrado al lugar que ocupa, sumada a las herramientas que prevén los ordenamientos para neutralizar los riesgos de parcialidad y enervar una eventual contaminación psicológica del juez, permitirán que éste conscientemente advierta, sepa y decida apartar su ideología o preconcepción ante la cuestión concreta a resolver.

Y si por caso, excepcionalmente, aquel subjetivismo sutil ha logrado colarse de algún modo en la sentencia, dando razón a Holmes, todavía queda el último ítem a que hicimos referencia: *el deber de motivar suficientemente las resoluciones*.

La fundamentación de la sentencia es primordial y constituye la muestra y resultado del recto ejercicio de la jurisdicción. Como afirmaba Alberto Spota, es el único rastro que permite comprobar si el sentenciador ha resuelto imparcialmente la contienda ¹⁵.

Este deber constitucional de fundar las decisiones, además de asegurar el tratamiento adecuado de la cuestión y posibilitar su revisión por la segunda instancia (otra garantía más), lleva también al ánimo de los litigantes la convicción de que se ha estudiado y resuelto cabalmente la cuestión.

Quedará sin duda plasmada la parcialidad en algún sector de la sentencia, cuando el juez deba exponer y detallar el *iter lógico* y de razonamiento que lo condujo a fallar en determinado sentido.

Si no hay razones para sospechar el déficit en alguno de los ítems antes enumerados, se han sorteado los filtros y la decisión del juez aparece sostenible, criteriosa y suficientemente motivada, no habrá razón alguna para sospechar el apartamiento del juicio objetivo que se corresponde con una jurisdicción imparcial.

III. Imparcialidad. Activismo, garantismo, principio dispositivo y facultades judiciales

Como dijimos al inicio, nuestra exposición oficia de pórtico a los temas concretos que se tratarán en las reuniones sucesivas. De modo que esta intervención no pretende inmiscuirse ni avanzar sobre lo que será tema de exposición y debate por los distinguidos miembros del panel.

Pero sucede, que al vincularse o intentar vincular la imparcialidad con alguna de las posturas doctrinarias, principios o facultades arriba mencionados, no podemos evitar referirnos, cuanto menos tangencialmente, a la relación existente -si es que la hay- entre la imparcialidad y aquellos postulados.

Por lo antes dicho, asimismo, no vamos a ahondar sobre los pliegues o distintos alcances que pueda darse al denominado activismo judicial, pues para ello puede abrevarse en la doctrina -también con variados enfoques- que lo ha desarrollado diáfananamente ¹⁶.

Pero eso sí, y para que quede claro antes de continuar, concertemos: el juez activo o director es aquél que ejerce sus facultades y, respetando la igualdad de las partes y el debido contradictorio, dispone de ciertas iniciativas (probatorias o no) ¹⁷ para que el proceso no sea un mero juego de estrategias y ficciones; ello, sin subvertir al proceso ni a los litigantes y sin apartarse de los términos en que ha quedado fijada la controversia. El material fáctico, su aportación, los términos de la *litiscontestatio* y *thema decidendum*, siguen siendo patrimonio exclusivo de los litigantes.

En lo que incumbe a nuestro tema, entonces, la cuestión reside en si el ejercicio de dichas facultades de dirección (o deberes, como también se indica) afecta *per se* y como regla la imparcialidad del magistrado. Creemos, decididamente, que no.

Y aquí puede abordarse la cuestión desde dos carriles. Pues un *quid* está dado en admitir -o no- que se otorguen facultades de dirección o instrucción a los jueces civiles (muchas, pocas o algunas); y otra distinta, es si las mentadas facultades conllevan necesariamente la parcialidad del magistrado.

a) En cuanto a lo primero, no advertimos razones para negarle al proceso civil la posibilidad de rendir sus frutos dando realmente a cada uno lo suyo, en lugar de limitarlo a un solo instrumento de paz social -importantísimo por cierto- que nada más pone fin al conflicto. Vale decir que podemos

mirarlo bajo la hipótesis de *un problema menos* (resolvidor de conflictos), o agregarle a la composición del litigio un verdadero (lo más verdadero posible) instrumento de tutela.

Está claro, o debería estarlo, que el proceso civil del siglo XXI no se contenta con un juez indiferente, pasivo, lejano, que asiste como mero espectador de la contienda para resolver, en definitiva, quién ha desplegado con mayor habilidad sus esgrimas. Y al otorgarle al juez ciertas y moderadas facultades para que ello no ocurra, de ningún modo se subvierte el sistema procesal de debate, ni lo transforma en inquisitorial o autoritario.

Ilustrativo es Michelle Taruffo cuando indica que tras los ordenamientos que consagran distintas facultades del juez civil, no se encuentra la sombra de Torquemada. Emerge la figura, mucho más modesta y razonable, de un juez que asiste al juego de partes e interviene cuando advierte que este juego corre el riesgo de llevar a decisiones injustas por estar fundadas sobre una comprobación inadecuada¹⁸.

Ya Palacio años atrás mencionaba que sin entrar en la fatigosa polémica de posiciones extremas ni adherir a alguna de las tantas fórmulas propuestas, la más clara justificación de las facultades judiciales es la *necesidad de que el proceso termine con una norma individual que sea justa*. Y cuando media divergencia sobre la existencia o inexistencia de los hechos y la actividad probatoria es insuficiente, entran a jugar razones de justicia que no se ven satisfechas si el juez aplica mecánicamente las reglas de la carga de la prueba¹⁹.

No se trata, como hemos dicho, de que el juez reemplace a las partes o salga en auxilio de quien ha sido reticente. Tampoco se trata de jueces libertarios o jueces arbitrarios, ni de asociar las facultades jurisdiccionales a un régimen democrático o dictatorial. Y, por supuesto, no hay una verdadera relación entre las facultades de marras y el proceso inquisitivo propiamente dicho. Quizá haga falta, como sugiere Morello con cita de Terranova, que las viejas teorías pensadas inmutables y para todos los tiempos, deban reformularse y retroalimentarse en sus propios contenidos, de manera que sirvan de otro modo aunque tengan significado distinto en correspondencia con los asuntos nuevos, de otra naturaleza escala o vigencia²⁰.

Insistimos: habrá diferencias en cuanto al alcance, oportunidad y calidad de las facultades jurisdiccionales que venimos reseñando; pero ante el escenario de una sociedad mundial globalizada y con nuevos requerimientos, es impensable dirimir con efectividad -sin aquellas herramientas- los nuevos conflictos antes inimaginados. El proceso civil hace tiempo se ha expandido a cuestiones que exorbitan la clásica resolución de un conflicto patrimonial, privado o individual²¹.

b) Habíamos anticipado que el ejercicio por parte del juez civil de las facultades de dirección o instrucción probatoria, no implica derechamente que éste pierda imparcialidad. Sin embargo, y como sabemos, algunas voces sostienen lo contrario.

Ocurre que al plantearse erróneamente la consigna que parte de una neutralidad extrema y se la enfrenta -como única opción- con la arbitrariedad o el autoritarismo, se concluye en la dicotomía neutralidad/totalitarismo o neutralidad/parcialidad. De este modo -equivocadamente- resulta obvio que la imparcialidad sólo tendrá cabida en un proceso donde el juez permanezca neutral sin asumir directiva alguna en la marcha del proceso. Sin embargo, respetuosamente, no creemos que sea ese el punto de partida, ni la realidad científica y política en que verdaderamente se ubica la cuestión.

De tal modo que no es correcto afirmar -o suponer- que está afectada la imparcialidad porque al tomarse una directiva de oficio el juez se ubica inexorablemente del lado de una de las partes y podría arrastrarlo a un prejuzgamiento. No es fácilmente explicable ni puede colegirse que el juez vaya a saber, anticipadamente, cuál será el resultado de la diligencia.

Este planteamiento tendiente a exacerbar la garantía de la imparcialidad del juzgador, parte del error dogmático de no distinguir entre objeto del proceso y proceso mismo: si bien respecto del primero el juzgador no puede tener iniciativa alguna; con referencia al proceso debe atribuírsele, con ciertos límites, la posibilidad de actuar *ex officio*, pues sólo así el proceso se convierte en un

instrumento idóneo para alcanzar la efectiva y real tutela, por parte del Estado, de los intereses en conflicto. Exacerbando al máximo la garantía sobre la imparcialidad, se olvida que es el instrumento que tiene el juez para que -sin afectar la igualdad y derechos de las partes- pueda cumplir justa y eficazmente con su función ²².

La facultad directiva o iniciativa probatoria, que quede claro, no se aparta del sustrato fáctico arrojado por los litigantes ni se trata de una incorporación sorpresiva de material probatorio autónomo, sino que procura aclarar y elucidar las cuestiones que ya son materia de debate o incluso de prueba incorporada; como se ha dicho: “*en los autos hay algún antecedente, alguna presunción, alguna prueba, aunque insuficiente, que sirva en el sentido esclarecedor indicado*” ²³.

Así también, llevando ya las sospechas a un extremo perverso, es dudoso sostener que el juez intencionalmente podría utilizar las aludidas facultades para el beneficio o interés de alguna de las partes. Quizá ello es posible, pero convengamos que tal riesgo es aplicable a cualquier sector del litigio pues, con facultades de dirección o sin ellas, en cualquier etapa del proceso sería posible que el juez intencionalmente quiera beneficiar o perjudicar a alguna de las partes. Ahora bien, de allí a colegir que ello ocurrirá siempre y en todos los casos hay una gran distancia.

El remedio contra aquel riesgo -si extraordinariamente existiera- no es hacer al juez de yeso con obstáculo a la justicia, a la verdad, la utilidad del resultado y la tutela efectiva. Para enervar aquello, existen los mecanismos protectivos de imparcialidad que citamos al inicio y con especial atención a la estricta observancia del deber de fundamentación.

Si se nos permite la digresión, y salvando las diferencias, es como el caso de un mal cirujano y su bisturí. Ante el peligro -excepcional- somos partidarios de elegir cuidadosamente, proteger, vigilar, instruir o, cuando haga falta, apartar al cirujano; pero no de privar del bisturí a la cirugía.

Debemos dar mayor crédito a nuestros jueces. Si analizamos o diseñamos las facultades judiciales en función del mal uso que anticipadamente suponemos los jueces harán de ellas, equivocamos el camino y sepultaremos al proceso civil.

En conclusión, no es dable un estudio en términos absolutos, partiendo de la premisa que las facultades de dirección o las iniciativas de oficio afectan, *per se* y en todos los casos, la imparcialidad del magistrado. Tampoco situar las perspectivas desde un ancestral plano político-ideológico antes que jurídico. La investigación para el mejor provecho de las facultades jurisdiccionales, pasará por la lupa de su medida, dosificación, oportunidad o tipos de proceso en que resultan -o no- más convenientes.

Mientras tanto, *la imparcialidad*, decisional y subjetiva, se apoyará en la decencia y probidad del magistrado con independencia de cuanto regulen las leyes procesales sobre las facultades jurisdiccionales o su acotado ejercicio.

Por último, haremos algunas breves consideraciones tendientes a desmitificar el fantasma autoritario que desde algunas tribunas se anuncia.

Puede analizarse la conveniencia o no de dotar al juez civil de ciertas facultades de dirección (cuáles, cómo y cuándo). Podemos recelar -o no- el uso de algunas facultades en particular y trabajar científicamente de consuno para encontrar su “medida”; e incluso sumar nuevos mecanismos protectivos cuando hubiere excepcionalmente verdaderos riesgos de sospechar parcialidad. Estamos de acuerdo.

Pero de allí a sostener que las doctrinas modernas que proponen un proceso civil más efectivo, más justo, dotando al juez de facultades que permitan darle un sentido tutelar al litigio, en verdad responden ocultamente a un renacer del “fascismo” que intenta eliminar la garantía del debido proceso constituye por lo pronto y como mínimo, una verdadera exageración. A menos, claro, que responda a un modo dialéctico erístico de plantear el disenso.

Nos cuesta admitir que toda la doctrina procesal argentina de los últimos tiempos (o de casi todos los tiempos, del primer Código hasta la actualidad) no haya advertido o, más todavía, haya

defendido y defienda una legislación procesal civil que consagra modelos nazi-soviéticos. Ni qué decir, de la procesalística uruguaya. En otros horizontes también es difícil digerir el mote, ¿o acaso los actuales procesos civiles británico o italiano se florecen bajo un régimen no democrático? Y tampoco podría afirmarse, con seriedad, que las reformas introducidas en las últimas décadas en la legislación procesal civil francesa y a poco más de un lustro en la alemana, que otorgan mayor poder de dirección a los jueces y la facultad de proveer pruebas *ex officio*, responden a un régimen político totalitario o tienen la clara intención de arrasar con los derechos de los justiciables. Claro que no. Lo mismo en España, cuyo régimen político no cabe tildarse de autoritario; y, de rondón, digámoslo de una vez: no es cierto que la L.E.C. del 2000 haya dado un giro hacia la eliminación de las facultades jurisdiccionales o haya transformado un método inquisitivo -que en rigor no lo tenía- en un sistema dispositivo puro; pues, si bien es cierto que la ley de enjuiciamiento civil derogó como iniciales las diligencias probatorias para mejor proveer (lo que ha sido criticado por la más encumbrada doctrina) ha mantenido igualmente la susodicha facultad judicial como *diligencia final*, destacándose asimismo que otras numerosas disposiciones de la ley no se emparentan con el método adversarial ortodoxo de debate, ni se asocian con la neutralidad mal entendida a que ya nos hemos referido ²⁴.

Para que no se nos malinterprete, aclaramos que no estamos aquí fijando una posición político-ideológica. Porque, en verdad, no hay posición que fijar. Pues sucede, que aquél no es el punto de partida ni el paraguas de ideologías vigentes bajo las cuales quepa discernir el moderado y razonable uso de las facultades de dirección del juez civil de hogaño. Y menos aún, su imparcialidad.

Ni jueces de palo por un lado, ni la Santa Inquisición por el otro. Este contraste, así sugerido, es harina que ni siquiera tiene costal.

NOTAS

¹ Werner GOLDSCHMIDT, “La imparcialidad como principio básico del proceso (parcialidad y parcialidad)”, en *Conducta y norma*, ed. V. Buenos Aires, Abeledo, 1955, pág. 133; idem en la Revista de Derecho Procesal, N° II, año 1950, pág. 208.

² Jorge W. PEYRANO, *El proceso civil. Principios y fundamentos*, Buenos Aires, Astrea, 1978.

³ Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, Convención sobre Derechos Humanos, Pacto de San José de Costa Rica, Declaración Universal de los Derechos Humanos, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, Convención sobre Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, Convención contra la Tortura y otros tratos Inhumanos Degradantes, Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, Convención para la Sanción y Prevención del Genocidio.

⁴ Sobre los conceptos de facultad, deber y atribución en los jueces, puede verse el artículo de Julio O. CHIAPPINI en Zeus 88-D-53.

⁵ Vicente GIMENO SENDRA, *Fundamentos de derecho procesal*, Madrid, Civitas, 1981, pág. 40.

⁶ FRANCISCO CARNELUTTI, *Sistema de derecho procesal civil*, Buenos Aires, Uthea, 1944, t. III, pág. 271.

⁷ Giuseppe CHIOVENDA, *Instituciones de derecho procesal civil*, vol. II, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1940, pág. 256 y ss..

⁸ Eduardo J. COUTURE, *Estudios de derecho procesal civil*, Buenos Aires, Ediar, 1951, t. III, pág. 132.

⁹ Eduardo B. CARLOS, *Introducción al estudio del derecho procesal*, Santa Fe, Editorial Jurídica Panamericana, 2005, pág. 169.

¹⁰ Jorge W. PEYRANO, op. cit., pág. 50 y ss..

¹¹ La figura de un juez activo no se relaciona únicamente con aquél que hace uso de las facultades referidas a disponer pruebas de oficio. Su actuación, se ubica comprometida con la celeridad y efectividad del proceso, reencausando el procedimiento, recalificando postulaciones, utilizando el poder de rechazo *in limine*, evitando desgastes innecesarios, proscribiendo el abuso del proceso, manteniendo una *real* igualdad de las partes y, en fin, buscando soluciones pretorianas hacia la “tutela efectiva” cuando la orfandad legislativa no brinda la solución debida.

¹² Osvaldo A. GOZAÍNI, *Comentarios a la ley 25.488 de reformas al Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*, Suplemento Especial, Buenos Aires, La Ley, 2001, pág. 163.

¹³ La Real Academia de la Lengua Española define neutral como: adj. Que no participa de ninguna de las opciones en conflicto. RAE 22ª edición, versión on line //rae2.0.es .

¹⁴ La elección de los consejeros o miembros que lo componen debe -o debería- hacerse con tanto cuidado como la selección de los jueces (*¿quién vigilará al vigilante...?*).

¹⁵ Citado por Jorge W. PEYRANO, ob. cit., 1978, pág. 165.

¹⁶ Ver, entre otros, Roberto O. BERIZONCE, “El activismo de los jueces”, en L.L. 1990-E-920; Augusto M. MORELLO, sus aportes en *El juez y la magistratura*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1999, pág. 63; *El derecho y nosotros*, La Plata, Platense, 2000; *Tendencias dominantes en la litigación civil*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2002; Jorge W. PEYRANO, “El perfil deseable del juez del siglo XXI”, en ponencias del Congreso: “El nuevo Código para el siglo XXI”, celebrado en oct/01, Colegio de Abogados de Santa Fe, Buenos Aires, Imprenta Candil, 2003, pág. 43 y en Lexis Nexis, Bol. 10/10/01, pág. 10; su aporte “El proceso civil que viene” en la obra *El juez y la magistratura*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1999, pág. 74; “Eficiencia del sistema de justicia” en E.D. 202-558.; también, en la conferencia introductoria que ha dado el Dr. Peyrano en esta jornada de apertura.

¹⁷ Por ejemplo, las de los arts. 20, 21 y 22 C.P.C.C., o los arts. 34, 35 y 36 del C.P.C.C.N..

¹⁸ Michelle TARUFFO, *Poderes probatorios de las partes y del juez en Europa*, traduc. de Eduardo Oteiza, en Revista de Derecho Procesal N° 2006-2, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, pág. 431.

¹⁹ Lino E. PALACIO, *Derecho procesal civil*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1969, t. II, pág. 264.; idem *Manual de derecho procesal civil*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1996, pág. 157.

²⁰ Augusto M. MORELLO, “Actualidad y prospectiva del proceso civil”, en www.aboga2.com y abogaII.com .

²¹ Basta pensar en las nuevas legitimaciones (consumidores, la sociedad en su conjunto, la pareja, el concubino), otras situaciones (homosexualidad, bisexualidad), ingreso arrollador de la cultura digital, Internet, la salud como empresa, los conflictos relativos al medio ambiente, la recepción de la prueba científica, los procesos colectivos, los derechos del niño, la violencia familiar y laboral, etc..

²² Joan PICÓ I JUNOY, *La imparcialidad judicial y sus garantías: la abstención y la recusación*, Barcelona, Bosch, 1998, pág. 105.

²³ Juan M. CONVERSE, *Poderes del juez en el proceso civil*, en “www.uv.es”, N° 12, enero-junio 2003.

²⁴ Así, por ejemplo, el art. 217 irrumpe con la dinámica de la carga probatoria. La L.E.C. también recorre soluciones no ortodoxas tales como que el juez sugiera la prueba conveniente o señale las pruebas que fueren insuficientes a los hechos debatidos (arts. 282, 302 y 429); la fijación de audiencia preliminar con fórmulas conciliatorias y análisis sobre la pertinencia de los medios; la ejecución provisional de sentencias no firmes; legitimación colectiva y expansión de la cosa juzgada; o el proceso monitorio (arts. 812/815).

LA IMPARCIALIDAD JUDICIAL

por ANDREA A. MEROI

Sumario: I. La imparcialidad. II. La recusación y la excusación. III. Distinción entre roles de juzgador y partes. IV. Igualdad de partes y contradictorio. V. Conclusión.

El tópico de la *imparcialidad del juez* como objeto de debate entre doctrinas procesales es casi enigmático. ¿Quién no quiere un juez imparcial?

Sin embargo, a poco que se despejen algunos lugares comunes y se penetre en implicaciones más sutiles (pero no por ello menos significativas), quedarán al desnudo las preferencias axiológicas detrás de las diferentes visiones del fenómeno procesal.

I. La imparcialidad

La *imparcialidad* ha sido elevada a “principio supremo del proceso”¹ y, estrictamente, difiere de “no ser parte”. Goldschmidt distingue con estrictez entre *partialidad* y *parcialidad*: “*Partial significa ser parte; parcial da a entender que se juzga con prejuicios (...) La imparcialidad consiste en poner entre paréntesis todas las consideraciones subjetivas del juzgador. Este debe sumergirse en el objeto, ser objetivo, olvidarse de su propia personalidad*”. En la misma línea, y agregando la *independencia*, Alvarado Velloso enseña que el principio procesal de *imparcialidad* tiene, en realidad, tres despliegues: la *imparcialidad* (el juez no ha de ser parte), la *imparcialidad* (el juez debe carecer de todo interés subjetivo en la solución del litigio) y la *independencia* (el juez debe poder actuar sin subordinación jerárquica respecto de las dos partes)². Por su parte, Aguiló sostiene que la *independencia* trata de controlar los móviles del juez frente a influencias extrañas al derecho provenientes del sistema social (relaciones de poder, juegos de intereses o sistemas de valores extraños al derecho), mientras que la *imparcialidad* trata de controlar los móviles del juez frente a influencias extrañas al derecho provenientes del proceso³. La imparcialidad -continúa- “*podría definirse como la independencia frente a las partes y el objeto del proceso*”.

Al par que *principio procesal*, la imparcialidad y sus realizaciones constituyen, simultáneamente, una *garantía de los jueces*, una *garantía de los ciudadanos*, un *deber judicial*, un *derecho de los justiciables*⁴. Huelga recordar que la garantía de un juez imparcial se considera incluida en la más genérica del debido proceso e inviolabilidad de la defensa en juicio⁵.

Goldschmidt no ignoraba las dificultades para lograr la “imparcialidad” y por ello reivindicaba un juez “tan imparcial como sea posible”⁶.

Sin embargo, han sido las modernas epistemologías las que con mayor énfasis han destacado la *ingenuidad* de las posiciones objetivistas a ultranza en el campo del conocimiento científico y, particularmente, procesal.

Además de otros factores de enorme influencia, hoy se señala la *subjetividad específica* del conocimiento judicial como un factor insuperable de incertidumbre: afirma Ferrajoli que este “*investigador particular legalmente cualificado que es el juez..., por más que se esfuerce en ser objetivo, siempre está condicionado por las circunstancias ambientales en las que actúa, por sus sentimientos, sus inclinaciones, sus emociones, sus valores ético-políticos*”⁷.

De ahí que la *imparcialidad* no sea una representación *descriptiva* sino *prescriptiva*, equivalente a un “*conjunto de cánones deontológicos: el compromiso del juez de no dejarse*

*condicionar por finalidades externas a la investigación de lo verdadero, la honestidad intelectual que como en cualquier actividad de investigación debe cerrar el interés previo en la obtención de una determinada verdad, la actitud 'imparcial' respecto de los intereses de las partes en conflicto y de las distintas reconstrucciones e interpretaciones de los hechos por ellas avanzadas, la independencia de juicio y la ausencia de preconcepciones en el examen y en la valoración crítica de las pruebas, además de en los argumentos pertinentes para la calificación jurídica de los hechos por él considerados probados”*⁸.

Coherentemente, el autor afirma que *“la imparcialidad, más allá de las garantías institucionales, es un hábito intelectual y moral, que no difiere del que debe presidir cualquier forma de investigación y conocimiento”*⁹. Lo importante es asumir que, independientemente de las *“alteraciones deshonestas y partidistas de la verdad, en realidad son posibles y en alguna medida inevitables las deformaciones involuntarias... En todo juicio, en suma, siempre está presente una cierta dosis de prejuicio”*¹⁰.

Esta idea de acercamiento paulatino al ideal de *imparcialidad* también ha sido objeto de consideración por la Corte Suprema de Justicia de la Nación. En su actual integración, y con cita de Maier, el alto tribunal ha resuelto *“que el avance del programa progresivo de realización de los derechos humanos extiende el alcance de la garantía de imparcialidad en este sentido, toda vez que ‘la nota de imparcialidad (del juez), aplicada a la definición de su tarea, cuando no se lo trata como un ideal, sino como un intento de aproximación a él en la vida práctica, no puede representar un absoluto, sino, antes bien, menta una serie de previsiones, siempre contingentes históricamente, por ende, relativas a un tiempo histórico y a un sistema determinado, cuyo contenido se vincula al intento de aproximarse a aquel ideal o de desviarse de él”*. Estas consideraciones, entre muchas otras, sustentaron el *leading case* “Llerena” por el que la Corte resolvió que un mismo juez correccional no puede llevar adelante la instrucción de un caso y luego juzgarlo¹¹.

I.1. Si todo esto es así, si la imparcialidad es un concepto que se *construye*, lo que queremos afirmar aquí es que existen diseños procesales que *favorecen* la imparcialidad y diseños procesales que, a nuestro entender, *conspiran* contra ella, haciéndola depender *exclusivamente* de virtudes morales de las personas y excluyendo o dificultando el control.

Muchas de las opciones de los sistemas procesales reflejan, precisamente, este debate: que se permitan o no las pruebas de oficio; que se admita o no y bajo qué condiciones o resguardos el desplazamiento de la carga de la prueba; qué se entienda por medidas autosatisfactivas, etc..

En este trabajo queremos profundizar algunos otros aspectos de esta controversia que, no casualmente, vuelven en mucho sobre las condiciones reclamadas por Ferrajoli para acercarse a ese modelo ideal de imparcialidad; a saber:

a) La indiferencia o desinterés personal del juez respecto de los intereses en conflicto y, correlativamente, la más amplia recusabilidad del juez por las partes¹² y el deber de excusación de éste;

b) La configuración del proceso como una relación triangular entre tres sujetos, dos de los cuales actúan como *partes* y el tercero *superpartes*;

c) La igualdad de las partes, *“para que la imparcialidad del juez no se vea ni siquiera psicológicamente comprometida por su desequilibrio de poder y no se creen ambiguas solidaridades, interferencias o confusiones entre funciones...”*¹³.

II. La recusación y la excusación

Para Goldschmidt una de las maneras como el derecho intenta lograr la *imparcialidad* consiste en impedir que intervengan personas en tentación de ser parciales ¹⁴: la “*recusación en todas sus formas asegura... la base misma de la justicia, y sus reglas generales pueden considerarse como ‘principios generales de derecho’, más exactamente como ramificaciones del principio general de la imparcialidad. La abstención ‘proprio motu’ de una persona que se considere parcial, constituye un complemento del derecho a recusarla y no se debe configurar como facultad sino como deber de la persona*” ¹⁵.

El derecho procesal se ocupó desde mucho antes de su autonomía académica de los institutos de *recusación* y *excusación*, y cierto es que buena parte de la doctrina, legislación y jurisprudencia los han mirado con patente disfavor o, en el mejor de los casos, con inocultable recelo.

Desde estas perspectivas, se suele propiciar la derogación del instituto de recusación sin expresión de causa y la enumeración de un catálogo limitado y exhaustivo de causales de impedimento que, adicionalmente, se postulan como “de interpretación restrictiva”. El criterio se justifica en la necesidad de frustrar un uso abusivo de las partes (recusación como “alongadera”) y una huída inexcusable del juez respecto de un pleito concreto que no quiera fallar. La jurisprudencia, por su parte, deja traslucir el evidente malestar de los jueces frente a estos cuestionamientos, como si se tratara de un ataque a la personalidad, honorabilidad o labor particular del magistrado.

II.1. Sin embargo, algunos de los cimientos de estos tópicos están cediendo. La prédica del carácter “utópico” del “modelo absoluto de imparcialidad”, ciertamente, ha venido a reforzar los mecanismos de optimización de la búsqueda de ese juez “tan imparcial como sea posible”.

Así, no sorprende que Ferrajoli reclame la indiferencia o desinterés personal del juez respecto de los intereses en conflicto y, correlativamente, la más amplia recusabilidad del juez por las partes ¹⁶ y el deber de excusación de aquél.

II.2. Desde el derecho procesal, Picó I Junoy interpela tanto la “enumeración taxativa” como la “interpretación restrictiva” de las causales de impedimento para reivindicar sus opuestos ¹⁷. Alvarado Velloso demandará estas herramientas para la plena vigencia de un *principio procesal* sin el cual “no hay proceso” ¹⁸.

Cabe preguntarse si luego del precedente “Llerena” antes recordado, la propia Corte Suprema de Justicia de la Nación no ha variado su inveterada doctrina según la cual “las causales de recusación deben admitirse en forma restrictiva. Varios considerandos del fallo permiten concluir que sí” ¹⁹.

Más todavía, el voto del doctor Petracchi se cuestiona seriamente la vigencia de la doctrina de la C.S.J.N., según la cual el dictado de medidas cautelares en materia civil no constituye prejuzgamiento, al existir fundamentos de hecho y de derecho que pueden justificar que el tribunal se expida provisionalmente con respecto a la índole de la petición formulada, y que el anticipo de jurisdicción que incumbe a tales medidas, en tanto no importe una decisión definitiva sobre la pretensión concreta, no puede ser interpretada como un prejuzgamiento (Fallos 320:1633). Se pregunta el juez de la Corte “*si tal línea jurisprudencial continúa satisfaciendo los requerimientos de imparcialidad del tribunal en los términos establecidos por los instrumentos internacionales citados*”. Tanto más si -como lo tiene resuelto la Corte Interamericana de Derechos Humanos- las garantías propias del proceso penal son extensibles al resto de los procesos (civil, laboral, fiscal, etc.) ²⁰.

II.3. Muy sugestivo resulta encontrar en el ámbito de la *teoría jurídica* -más precisamente, desde la *teoría de la argumentación jurídica*- la preocupación por este principio.

Desde hace ya bastante tiempo, se distingue entre el *contexto de descubrimiento* y el *contexto de justificación* en la toma de decisión judicial. El primero se entiende como la actividad y procedimiento mental que conduce al juez a tomar la decisión ²¹ y, el segundo, como el conjunto de enunciados del discurso judicial por el que se aportan las razones ²².

Profusas discusiones se han entablado en torno de las relaciones entre estos dos contextos ²³. Por un lado, se postula una separación tajante entre un contexto y otro (los motivos del juez para tomar la decisión no son racionales o son de una racionalidad distinta; la justificación es una ficción o racionalización *a posteriori*); por otro lado, se afirma que la justificación debe ser el fiel reflejo del proceso decisorio (el *iter* mental del juez se debe explicitar). La primera postura se critica como “hipocresía formal”, que conduce a un irracionalismo extremo; la segunda, como falacia descriptivista.

Por nuestra parte, si bien aceptamos que el contexto de descubrimiento no es un proceso estrictamente racional (hay v.gr., causas psicológicas, inconscientes, etc., que inciden en la decisión), también afirmamos que la búsqueda de la solución no es una actividad puramente irracional; antes bien, debe ser predominantemente racional en la medida en que son menester estándares de justificación ²⁴.

En suma, coincidimos con Aguiló en que la afirmación de cierta teoría de la argumentación (“el derecho está interesado en el contexto de justificación de las decisiones y no en el de descubrimiento”) debe ser convenientemente relativizada.

Según este autor, la *independencia* trata de controlar los móviles del juez frente a influencias extrañas al derecho provenientes del sistema social (relaciones de poder, juegos de intereses o sistemas de valores extraños al derecho), mientras que la *imparcialidad* trata de controlar los móviles del juez frente a influencias extrañas al derecho provenientes del proceso ²⁵. La imparcialidad -continúa- “*podría definirse como la independencia frente a las partes y el objeto del proceso*”.

Estrechamente vinculados con la *imparcialidad* se encuentran los institutos procesales de *excusación* y *recusación*. Más allá de las diversas causales que prevén las legislaciones procesales para el apartamiento de un juez por incompetencia subjetiva, lo común a todas ellas es la “extraordinaria fuerza motivacional de la conducta” ²⁶.

Si todo esto es así -si el derecho protege la *credibilidad* de las decisiones y las razones jurídicas, si el derecho trata de *controlar los motivos* por los cuales los jueces actúan, si es verdad que “*nada hay más distorsionador para el funcionamiento del Estado de derecho que el hecho que las decisiones judiciales se interpreten como motivadas por razones extrañas al derecho y las argumentaciones que tratan de justificarlas como puras racionalizaciones*” ²⁷-, entonces no es cierto que el derecho se desentienda del contexto de descubrimiento.

III. Distinción entre roles de juzgador y partes

Para muchos teóricos del proceso, la garantía de *imparcialidad* (si se quiere, en su dimensión de *imparcialidad*) está estrechamente vinculada a la tesis de la separación de funciones entre juzgador y partes.

Así, Aragonese Alonso postula una íntima interrelación entre *imparcialidad*, *audiencia* y *disposición*. Por un lado, expresa que la imparcialidad exige la observancia del principio *audiatur et altera pars* y, por el otro, razona que “*si la imparcialidad tiene su base fundamental en la ‘imparcialidad’ es necesario acentuar el carácter de tercero del órgano decisor en los repartos coactivos. Por ello, el repartidor no debe ser parte en sentido material ni formal*” ²⁸.

Más modernamente y con el mismo afán de maximizar las posibilidades de *imparcialidad*, Ferrajoli insistirá en la configuración del proceso como una relación triangular entre tres sujetos (dos de los cuales actúan como *partes* y el tercero *superpartes*) y en la igualdad de las partes, “*para que la imparcialidad del juez no se vea ni siquiera psicológicamente comprometida por su desequilibrio de poder y no se creen ambiguas solidaridades, interferencias o confusiones entre funciones...*”²⁹.

En la Argentina, Alvarado Velloso ha batallado largamente por la vigencia del sistema dispositivo (o acusatorio), con los principios de *igualdad de partes* (que incluye su consecuencia natural, la *bilateralidad* o *contradicción*) e *imparcialidad del juzgador*³⁰.

Por el contrario, otras opiniones propician el abandono de esta distinción y un activo protagonismo del juez en la construcción misma del caso, ya sea integrando la pretensión, fallando más de lo pedido, aportando prueba de su propia iniciativa, impulsando afanosamente el proceso, y un largo etcétera.

III.1. Por nuestra parte, rescatamos que hasta en el plano epistemológico se afirma que -por razones psicológicas, sociológicas, históricas- la tarea investigativa afecta la posterior actividad juzgadora. Es cierto que la hipótesis de un juzgamiento imparcial no puede ser descartada de antemano, pero corresponde preguntarnos si es razonable construir todo un sistema procesal basado en la indudable probidad de quienes serán llamados a ser jueces. Una vez más: ¿es razonable diseñar un proceso en el que, como norma, se adscriban al juzgador las tareas de las partes?³¹

IV. Igualdad de partes y contradictorio

Ciertamente, otra de las maneras de construir la *imparcialidad* es prohibir al juzgador que cometa una parcialidad determinada: “*la de informarse de la controversia desde un solo punto de vista, pervirtiendo un diálogo en un monólogo*”³².

Si todo proceso tiene por objeto una controversia sobre determinado objeto, el deber de imparcialidad exige enterarse de ella, lo que a su turno presupone escuchar a ambas partes (*audiatur et altera pars*)³³. De lo contrario, “*por este mismo hecho (el juez) ya ha cometido una parcialidad, porque no ha investigado sino la mitad de lo que le incumbía indagar, y una resolución acertada no sería en este supuesto sino obra del azar*”³⁴.

De aquí deriva otra importante regla epistemológica o garantía de verdad que exige la oportunidad de un momento contradictorio en el proceso en el que poder refutar las hipótesis: *es necesario ofrecer la posibilidad de refutar las hipótesis (requisito de la contradictoriedad)*.

IV.1. Dice Alexy que el discurso jurídico es una especie del discurso práctico, del discurso para la acción³⁵. En el proceso de toma de decisiones jurídicas se concretan opciones que, para ser racionales, deben justificarse.

Una de las reglas para garantizar la racionalidad del discurso es, precisamente, la de permitir la participación de todos los interesados. Las reglas de la simetría y de la libertad³⁶ implican que todos puedan tomar parte en el discurso, que todos puedan problematizar cualquier aserción, que todos puedan expresar sus opiniones y que a nadie se impida el ejercicio de estos derechos mediante coacción interna o externa.

IV.1.1. En el ámbito de la *premisa fáctica*, todos los autores que se han ocupado del tema (Ferrajoli³⁷, Taruffo³⁸, Gascón Abellán³⁹, Ferrer Beltrán⁴⁰, González Lagier⁴¹, Andrés Ibáñez⁴², etc.) han destacado el valor epistémico del contradictorio. Gascón Abellán habla de la “*tara*

epistemológica importante”⁴³ que afecta a la afirmación de verdad de los hechos que no es precedida por el debido contradictorio entre las partes.

El conocimiento judicial de esa verdad sobre las aserciones fácticas es ineludiblemente *subjetivo*. Por más indeseable que resulte, el juez está condicionado “*por las circunstancias ambientales en las que actúa, por sus sentimientos, sus inclinaciones, sus emociones, sus valores ético-políticos*”⁴⁴.

Si bien este límite está presente en todas las formas de conocimiento empírico, en el conocimiento judicial existen agravantes específicas: 1) La mayor afectación en el plano moral y emotivo, que hace más difícil el distanciamiento del juez de los sucesos que tiene la tarea de comprobar y bastante más ardua su serenidad de juicio frente los condicionamientos culturales y sociales; 2) La exclusividad del conocimiento judicial, sin que exista posibilidad alguna de control intersubjetivo sobre su operación que vaya más allá -precisamente- de los sujetos del proceso y de los procedimientos formales de impugnación; 3) La existencia de esquemas jurídicos a través de los cuales se aprecia la realidad a subsumir⁴⁵.

A esta subjetividad propia del juez se suma, adicionalmente, la de muchas de las fuentes de prueba no impersonales (v.gr., la subjetividad del testigo, la subjetividad del perito).

Si la determinación de la verdad del caso está fuertemente condicionada por problemas de percepción y de interpretación de lo sucedido, si a eso corresponde añadir una serie de condicionamientos institucionales (la cosa juzgada, la caducidad de instancia, la preclusión, la negligencia probatoria, las pruebas prohibidas, y un largo etcétera), ¿cómo sostener, racionalmente, que es posible apuntalar la imparcialidad judicial a través de diseños procesales que se contenten con la sola versión parcial de uno de los protagonistas del conflicto?, ¿qué es aquello afirmado aceptar la *evidencia* afirmada por la parte interesada?

Corolario de lo que llevamos dicho, entonces, es la consideración del conocimiento de la *quaestio facti* de un caso como una actividad *racional* pero al mismo tiempo meramente *probable*. Ello saca la cuestión del ámbito de lo irracional, de lo intuitivo, de lo emotivo o de lo vinculado a factores de poder y la lleva a la posibilidad de “*desarrollar (y, desde una perspectiva garantista*⁴⁶, *también exigir) una actividad racional; aunque se trate de una racionalidad incapaz de ofrecer certezas matemáticas*”⁴⁷.

El juicio sobre hechos no puede confiarse a la sabiduría de los jueces y a la “verdad sustancial” que ellos poseen⁴⁸, sino que debe ceñirse a reglas del juego (como la carga de la prueba y el derecho de defensa, que garanticen la “verdad procesal”).

Precisamente dentro de estas “reglas del juego” está el “contradictorio”, resignificado en el diseño de un procedimiento que posibilite la refutación de las hipótesis principales y secundarias, que estimule la comparación, que atenúe los riesgos de prejuicios, que favorezca la formación de un juicio ponderado, etc. La dimensión *dialéctica* de la teoría de la argumentación jurídica y su propuesta de un *discurso práctico racional* como *procedimiento de interacción argumentativa* tiene especiales aportes en este terreno⁴⁹.

IV.1.2. La novedad es que también respecto de la *premisa jurídica* se está reclamando la más alta participación de todos los interesados en su determinación.

La segunda mitad del siglo XX ha dado a luz un nuevo paradigma jurídico que, entre otras denominaciones, se ha dado en llamar “*estado constitucional de derecho*” (contraponiéndolo al “*estado legal de derecho*”) o “*neoconstitucionalismo*”.

Conforme a este paradigma, la Constitución ya no es una mera carta de organización del poder y la declaración de unas libertades básicas sino, antes bien, una *norma* directamente operativa que contiene el reconocimiento de *garantías -positivas y negativas- exigibles jurisdiccional-mente*.

A su vez, muchas de esas garantías tienen una estructura normativa abierta e indeterminada que impone a quien debe aplicarlas una tarea que excede, ciertamente, la de *interpretar* una norma.

En tales condiciones, y más allá de los juicios de valor que este paradigma suscite, cabe preguntarse cómo juega la tradicional regla *iura novit curia*. ¿Cuál es el derecho que el juez conoce? ¿Cómo juegan sus preferencias valorativas a la hora de integrar la norma? ¿Cómo se resguarda la imparcialidad? ¿Qué rol compete a las partes en esa determinación normativa?

Desde nuestra perspectiva, y dadas las condiciones de la juridicidad actual, es presupuesto de la imparcialidad de la decisión, la posibilidad del más amplio debate entre las partes respecto de la premisa normativa. Es menester reformular la regla *iura novit curia* permitiendo el contradictorio en la determinación de la *regula iuris*.

Así se han manifestado destacados constitucionalistas como Häberle (cuando se pregunta por los legitimados para la *interpretación constitucional*, reclamando la apertura a un número tan abierto como pluralista sea la sociedad⁵⁰) e, inclusive, procesalistas como Alvaro de Oliveira.

Entiende el procesalista brasileño que existe un serio riesgo de que, habida cuenta de la complejidad jurídica actual, los jueces no “descubran” una norma jurídica favorable al litigante o no la interpreten correctamente. De tal suerte, importa establecer el contenido o alcance de la norma aplicable, evitando sorpresas y las consecuencias negativas que de ahí se siguen para el ejercicio del derecho de defensa y la tutela de otros valores como la concentración, la celeridad del proceso y la calidad del pronunciamiento judicial.

Además de eso, es inadmisibles que los litigantes sean sorprendidos por una decisión que se apoye fundamentalmente en una visión jurídica de la que no estén en conocimiento. El tribunal debe, por lo tanto, dar conocimiento previo de qué dirección o derecho subjetivo corre peligro. Las alegaciones de las partes a este respecto no sólo satisfacen su interés sino también el interés público, en la medida en que cualquier sorpresa, cualquier acontecimiento inesperado, sólo hace disminuir la fe del ciudadano en la administración de justicia. En el fondo, “*el diálogo judicial se transforma en una auténtica garantía de democratización del proceso, al impedir que el poder del órgano judicial y la aplicación de la regla **iura novit curia** redunden en instrumento de opresión y autoritarismo, sirviendo a veces a un mal explicado tecnicismo, con obstrucción a la efectiva y correcta aplicación del derecho del caso*”⁵¹.

V. Conclusión

La prédica por una *aproximación progresiva* a ese ideal nunca alcanzable de modo perfecto que es la *imparcialidad* no obedece a una desviación ideológica de cierto procesalismo ni a un sueño atávico de racionalistas nostálgicos. Como diría Ciuro Caldani, “*siempre, en alguna medida, la jurisdicción **racionaliza**... En la medida que los pronunciamientos jurisdiccionales tienen razonabilidad y consecuente **fuerza de convicción** para los interesados y para el resto de la comunidad poseen más posibilidades de hacerse efectivos. Uno de los problemas graves en países como el nuestro es la pérdida de razonabilidad social de los pronunciamientos jurisdiccionales*”⁵².

La vigencia de la garantía de un *juez imparcial* -tan imparcial como sea posible- es un buen comienzo.

NOTAS

¹ Werner GOLDSCHMIDT, *La imparcialidad como principio básico del proceso* (“*parcialidad*” y “*parcialidad*”), discurso de incorporación como miembro de número del Instituto Español de Derecho Procesal, publicado en *Conducta y norma*, Buenos Aires, Valerio Abeledo, 1955, pág. 133 y ss..

² Confr. Adolfo ALVARADO VELLOSO, *Introducción al estudio del derecho procesal*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1989, t. 1, pág. 261.

³ Josep AGUILÓ REGLA, *Independencia e imparcialidad de los jueces y argumentación jurídica*, Isonomía, N° 6, 1997, pág. 71 y ss..

⁴ Confr. Rafael JIMÉNEZ ASENSIO, *Imparcialidad judicial y derecho al juez imparcial*, Elcano, Aranzadi, 2002.

⁵ Art. 18 C.N..

⁶ Werner GOLDSCHMIDT, ob. cit., pág. 135.

⁷ Luigi FERRAJOLI, *Derecho y razón*, 3ª ed., Madrid, Trotta, 1998, pág. 56.

⁸ *Ibidem*.

⁹ *Id.*, pág. 580.

¹⁰ *Id.*, pág. 56.

¹¹ C.S.J.N., 17/5/05, “Llerena, Horacio Luis s/ abuso de armas y lesiones”, causa N° 3221 C. Análogos considerandos esgrimió en otro caso de singular trascendencia, particularmente para la organización judicial de la provincia de Santa Fe (v. C.S.J.N., 8/8/06, “Dieser, María Graciela y Fraticelli, Carlos Andrés s/ homicidio calificado por el vínculo y por alevosía”, causa N° 120/02, en el que resolvió que la misma Cámara de Apelación no podía seralzada del juez de Instrucción y, luego, del juez penal de sentencia).

¹² “El juez... no debe gozar del consenso de la mayoría, debe contar, sin embargo, con la confianza de los sujetos concretos que juzga, de modo que éstos no sólo no tengan, sino ni siquiera alberguen, el temor de llegar a tener un juez enemigo o de cualquier modo no imparcial” (Luigi FERRAJOLI, ob. cit., págs. 581/582).

¹³ *Id.*, pág. 583.

¹⁴ “... se evita que una persona que es parte ocupe otro lugar en el proceso que precisamente éste: el de ser parte. Se teme que, en caso contrario, tal persona pudiere realizar parcialidades” (Werner GOLDSCHMIDT, ob. cit., pág. 139).

¹⁵ Werner GOLDSCHMIDT, ob. cit., págs. 135/136.

¹⁶ “El juez... no debe gozar del consenso de la mayoría, debe contar, sin embargo, con la confianza de los sujetos concretos que juzga, de modo que éstos no sólo no tengan, sino ni siquiera alberguen, el temor de llegar a tener un juez enemigo o de cualquier modo no imparcial” (Luigi FERRAJOLI, *Derecho y...* cit., págs. 581/582).

¹⁷ Confr. Joan PICÓ I JUNOY, *La imparcialidad judicial y sus garantías: la abstención y la recusación*, Barcelona, Bosch, 1998.

¹⁸ Confr. Adolfo ALVARADO VELLOSO, *El debido proceso de la garantía constitucional*, Rosario, Zeus, 2002.

¹⁹ Por ejemplo, el considerando # 24) con la misma cita de Ferrajoli recién recordada: “Que el instituto procesal de la recusación resulta conducente para lograr la imparcialidad del juzgador, ya que impide que éste continúe con su actividad en el proceso, ya sea por estar relacionado con las personas que intervienen en el procedimiento, con el objeto o materia de éste, o bien con el resultado del pleito. Por tal razón, y si bien estas causales de recusación deben interpretarse en forma restrictiva, al vincularlas con una garantía del justiciable, merecen un tratamiento adecuado, pues ‘como garantía de esta indiferencia o desinterés personal respecto a los intereses en conflicto, se hace necesaria la recusabilidad del juez por cada una de las partes interesadas. Y si para la acusación esta recusabilidad tiene que estar vinculada a motivos previstos por la ley, debe ser tan libre como sea posible para el imputado. El juez..., que no debe gozar del consenso de la mayoría, debe contar, sin embargo, con la confianza de los sujetos concretos que juzga, de modo que éstos no sólo no tengan, sino que ni siquiera alberguen, el temor de llegar a tener un juez enemigo o de cualquier modo no imparcial’”.

²⁰ “La jurisprudencia ha atribuido un carácter ‘expansivo’ a las garantías previstas en el artículo 8.2 de la CADH, con el evidente propósito de ampliar la tutela judicial en todos los supuestos: ‘A pesar de que el citado artículo no especifica garantías mínimas en materias que conciernen a la determinación de los derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter, las garantías establecidas en el numeral 2 del mismo precepto se aplican también a esos órdenes’ (caso ‘Ivcher Bronstein’, párrafo 103; caso del ‘Tribunal Constitucional’, párrafo 70 y ‘Excepciones al agotamiento de los recursos internos’, párrafo 28). He aquí un caso manifiesto de interpretación extensiva pro homine, con alcance general” (Sergio GARCÍA RAMÍREZ, “Panorama del debido proceso (adjetivo) penal en la jurisprudencia de la Corte Interamericana”, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Montevideo, Fundación honrad Adenauer, 2006, t. 2, pág. 1132).

²¹ Se trata de “los móviles psicológicos, el contexto social, las circunstancias ideológicas que puedan haber llevado a un juez a dictar una determinada resolución” (Josep AGUILÓ REGLA, ob. cit., pág. 72).

²² Se trata de “las razones que el juez alega para tratar de mostrar que su decisión es correcta o válida” (*ibidem*).

²³ Confr. Marina GASCÓN ABELLÁN, *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*, Madrid, Marcial Pons, 1999, pág. 206 y ss..

²⁴ Es cierto que justificar no es explicar, pero si pensamos que dicha actividad no es el ejercicio de un simple divertimento intelectual, la explicación puede facilitar la tarea de justificación.

²⁵ Seguimos en esto a Josep AGUILÓ REGLA, op. cit., pág. 71 y ss..

²⁶ *Ibidem*.

²⁷ *Id.*, pág. 78.

²⁸ Pedro ARAGONESES ALONSO, cit., págs. 130/131. El autor concluye en que “*el principio de contradicción pertenece a la misma esencia del proceso como controversia, que garantiza la imparcialidad. Los principios dispositivo y acusatorio pertenecen a la esencia del proceso como estructura heterocompositiva, por la cual los interesados en el reparto sufren la decisión coactiva de un tercero, con la garantía que, por regla general, entraña la ‘imparcialidad’*” (pág. 137).

²⁹ *Id.*, pág. 583.

³⁰ En una de sus últimas publicaciones sobre el tema, abundará: “*Si el juez no puede asumir el papel de parte en razón de su imparcialidad, es obvio que no puede ni debe hacer las cosas propias de las partes procesales y que hacen a la esencia de sus calidades. Y así, no ha de afirmar pretensiones, ni introducir hechos, ni probar los hechos que han afirmado otros...*” (Adolfo ALVARADO VELLOSO, “La imparcialidad judicial y el sistema inquisitivo de juzgamiento” en *Proceso civil e ideología*, Juan Montero Aroca (coordinador), Valencia, Tirant lo Blanch, 2006, pág. 229, nota # 13.

³¹ V., con provecho, considerando N° 36 del voto del doctor Petracchi en “Llerena”.

³² Werner GOLDSCHMIDT, ob. cit., pág. 139.

³³ Goldschmidt trae a la memoria un antiguo brocárdico del derecho alemán antiguo: *Eines Mannes Rede, ist keines Mannes Rede. Man soll sie billig hören beede* (las alegaciones de uno son de ninguno; hay que escuchar a ambos).

³⁴ Werner GOLDSCHMIDT, ob. cit., pág. 137.

³⁵ Robert ALEXY, *A theory of legal argumentation*, Oxford, Clarendon, 1989 (versión castellana: *Teoría de la argumentación jurídica*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989).

³⁶ *Id.*, pág. 184 y ss..

³⁷ Luigi FERRAJOLI, ob. cit., en especial, pág. 613 y ss..

³⁸ Michelle TARUFFO, *La prueba de los hechos*, trad. Jordi Ferrer Beltrán, Madrid, Trotta, 2002, en especial, pág. 427 y ss..

³⁹ Marina GASCÓN ABELLÁN, ob. cit., en especial, pág. 184 y ss.

⁴⁰ Jordi FERRER BELTRÁN, *Prueba y verdad en el derecho*, Madrid, Marcial Pons, 2002, pág. 63 y ss..

⁴¹ Daniel GONZÁLEZ LAGIER, *Hechos y argumentos (Racionalidad epistemológica y prueba de los hechos en el proceso penal)*, 1ª parte: en “Jueces para la democracia”, 2003, N° 46, págs. 17-26; 2ª parte: en “Jueces para la democracia”, 2003, N° 47, págs. 35-50.

⁴² Perfecto ANDRÉS IBÁÑEZ, “Acerca de la motivación de los hechos en la sentencia penal”, *Doxa*, N° 12, 1992.

⁴³ Marina GASCÓN ABELLÁN, ob. cit., 1999, pág. 184.

⁴⁴ Luigi FERRAJOLI, ob. cit., pág. 56. El autor concluye que “*en todo juicio, en suma, siempre está presente una cierta dosis de prejuicio*” (pág. 57).

⁴⁵ “*Es claro que esta disposición a leer la realidad sub specie iuris genera una forma especial de incomprensión, y de ceguera a veces, respecto de los sucesos juzgados, cuya complejidad resulta por ello simplificada y distorsionada*” (*id.*, pág. 58).

⁴⁶ Esto es, presidida por lo que Ferrajoli denomina *principio de estricta jurisdiccionalidad*, que exige la verificabilidad o refutabilidad de las hipótesis acusatorias y su prueba empírica en virtud de procedimientos que permitan tanto la verificación como la refutación.

⁴⁷ Marina GASCÓN ABELLÁN, ob. cit., pág. 49.

⁴⁸ Cfr. Luigi FERRAJOLI, ob. cit., pág. 43.

⁴⁹ V., por todos, Robert ALEXY, op. cit..

⁵⁰ Peter HÄBERLE, *El Estado constitucional*, México D.F., Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003, pág. 150. Si convenimos que es socialmente valioso que los destinatarios de las normas concurren activamente a su interpretación, se impone que deban participar “*el peticionario y la contraparte, el recurrente (por ejemplo, en el recurso constitucional), demandante y demandado, que fundamentan su instancia y obligan al tribunal a adoptar una posición (diálogo jurídico)*” (pág. 152). En suma, “*el juez constitucional no es el único intérprete en el proceso constitucional: en el procedimiento hay varios participantes, y las formas de participación se amplían*” (pág. 159).

⁵¹ Confr. Carlos Alberto ALVARO DE OLIVEIRA, *A garantia do contraditório*, Apéndice en “Do formalismo no processo civil”, 2ª ed., San Pablo, Saraiva, 2003, pág. 227 y ss.; para esta última cita, pág. 237.

⁵² Miguel Angel CIURO CALDANI, *Filosofía de la jurisdicción*, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1998, págs. 24/25.

LAS PRUEBAS DE OFICIO

LAS INCUMBENCIAS PROBATORIAS DEL JUEZ Y LAS PARTES EN LOS SISTEMAS DE PROCESAMIENTO LATINOAMERICANOS

por OMAR A. BENABENTOS

Sumario: I. Introducción. El paradigma publicista en torno a la incumbencia (el poder/deber del juez) de probar oficiosamente en los procesos civiles. 1. El ideario garantista sobre las incumbencias probatorias. II. Primeras conclusiones sobre las incumbencias probatorias en el proceso civil. Bibliografía.

I. Introducción. El paradigma publicista en torno a la incumbencia (el poder/deber del juez) de probar oficiosamente en los procesos civiles

El alcance de las incumbencias probatorias del órgano jurisdiccional y de las partes en los sistemas de procesamiento latinoamericanos hoy agita al de las dos corrientes (garantistas/publicistas) que se encuentran enfrentadas ideológicamente en el procesalismo científico de las últimas décadas del siglo XX, debate que se prolonga, aún con mayor intensidad, en estos primeros años del siglo XXI.

Ahora bien: si dirigimos una breve mirada hacia el comportamiento del pensamiento procesal en el pasado inmediato antes de la irrupción de la corriente iusfilosófica garantista no se había instalado la inquietud dogmática de repensar la cuestión de las “incumbencias probatorias” de los sujetos procesales y, en especial, el ámbito que le corresponde al órgano jurisdiccional. Para quienes durante un largo lapso se aglutinaron en torno a la concepción publicista del proceso civil la posibilidad de manejar otras alternativas diferentes en la actividad estelar y protagónica que en materia probatoria habían “ganado” los jueces civiles. En otras palabras, ésta no era una hipótesis que merecía ser repensada. En suma, buena parte de la comunidad científica había llegado a un consenso o paradigma que se vio reflejado en todos los ordenamientos procesales (publicistas) de América Latina.

El paradigma instalado imponía el poder-deber del juez civil para probar oficiosamente (en busca de la verdad histórica). Era un concepto pontificado -monolíticamente- como una de las “verdades de puño” del ideario publicista. Nadie discutía que el juez puede, en rigor, si nos atenemos a la última reforma del Código Procesal Civil de la Nación “debe” (le incumbe) probar “oficiosamente” sobre los hechos afirmados o refutados en el proceso civil en que le tocará intervenir. El fundamento de tal exigencia es la concepción publicista acérrima del proceso civil: “... el proceso no es sólo de las partes” y que “... una vez afirmados y refutados los hechos éstos quedaban incorporados al mismo y, por ello, ‘la prueba’ de los hechos adquiridos para el litigio ya incumbe tanto a las partes como al propio juez”. El concepto viene reforzado porque, de otro lado, se entiende que el juez no puede renunciar conscientemente en la búsqueda de la verdad jurídica objetiva (Corte Suprema de Justicia que se expidió en tal sentido caso “Colalillo”) En definitiva: en base de este cúmulo de afirmaciones teóricas y jurisprudenciales, orientadas a reforzar los poderes-deberes del órgano jurisdiccional en materia probatoria, llegó a conformar, como se dijo, un “paradigma” sustentado en las premisas que venimos repasando.

Se llega así a una suerte de consenso: pero, en todo caso, la vigencia del consenso va a continuar hasta que aparezca una anomalía en el paradigma: esa “falla” -al ser detectada- provoca

que se comience a disentir (total o parcialmente) con el paradigma instaurado. La comunidad científica la impugnará, bien porque el paradigma exhibe su impotencia para afrontar problemas (que paradójicamente hasta pudo contribuir a formar) y que no puede resolver, o bien por lo que parecía un sistema coherente ya no luce tan así. Karl Popper, entiende que en esa instancia comienza la etapa de su refutación científica. Asumimos que en saber científico es *difícil* detectar el error, en especial, en construcciones que se entienden ya consolidadas (y todavía se hace más difícil reconocerle para aquellos que gestaron o se abrazaron al paradigma instaurado).

Pero también no es menos cierto que si un paradigma exhibe grietas muchos científicos (en especial aquellos que no se encuentran comprometidos con la idea, o que están dispuestos a abjurar de ella mal que le pese a quienes forjaron en paradigma). Los disidentes comenzarán con la introducción de reparos y con la gestación de otras fórmulas para subsanar el o los problemas que se busca solucionar. Sencillamente, se negarán a seguir creyendo en el *paradigma* que antes no se discutía porque ya no es útil o eficiente. Comienza, entonces, una etapa de crisis, de convulsión de dudas, para la comunidad científica.

En este contexto, el paradigma publicista sobre la incumbencia probatoria “oficiosa” de los jueces no cabe duda que hoy se halla en etapa de crisis. Quizás esa crisis era previsible desde el mismo momento en que nació la idea madre que lo engendró: bien mirado nunca el proceso pudo cumplir con su función de garantía si, a la par, se impulsaba a los jueces investigar y probar juntamente con las partes. En este tramo comparto totalmente el extenso análisis que ha desarrollado Alvarado Velloso ¹.

El punto de partida de esta tesis que, insisto, nació desviada se ubica a partir de la concepción pública, en rigor, excesivamente publicista que se le otorgó a los sistemas de procesamiento civiles.

Montero Aroca ², quizás el procesalista español que ha reflexionado e inclusive variado su posición originaria que era de corte publicista, bajo su nueva visión, nos ilustra sobre las causas de este desborde de “lo público sobre el interés privado de las partes: frente a la idea de que el proceso es cosa de las 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 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.

1. El ideario garantista sobre las incumbencias probatorias

En el ideario garantista el Poder Judicial es poder “a secas”. A partir de tal concepto se entiende que para que el Poder Judicial pueda privar a un demandado del “bien de la vida jurídica” que persigue el actor (en procesos de conocimiento) se le exige a los sistemas procesales que otorguen una suerte de “blindaje” de condiciones necesarias y suficientes para legitimar la aplicación de la pena civil

No existe, en el modelo garantista, “medias tintas” o mixtura de conceptos en este punto. Se trata de un núcleo irrenunciable del ideario. Si debemos buscar un término que exprese en qué

consiste (cuál es la función) del proceso civil (y de suyo el proceso penal) debemos concluir que no es más que urgentemente una *garantía para los justiciables*, o dicho en otras palabras: un sistema de exclusas, de control, de frenos y contrapesos para que el proceso y la sentencia constituyan un sistema predecible, que otorgue un razonable derecho de audiencia y de una previsible resolución

Y a modo de un catálogo (no taxativo) enuncio ciertas ideas fuerza que requerimos de un sistema de procesamiento para que la garantía de la que hablamos no quede en algo lírico. Veamos:

1) Leyes preexistentes con redacciones precisas y claras que legitimen que el “bien de la vida” que se pretende por el actor sólo le puede ser concedido (principio de legalidad procesal o prohibición de leyes *ex post facto*), si la conducta era antijurídica al momento de consumarla, dicho en otros términos, que actuaba en el “ámbito de reserva” que le otorga todas las constituciones de los Estados de derecho.

2) Juez o tribunal competente, que supone un “*juez independiente*” (con independencia interna y externa en función de la realización de su condición de garante de los derechos fundamentales), y con la irreductible posibilidad procesal de la recusación (tomada en términos amplios y su contracara: la excusación. Como lo afirma Carlos Nino, “*no basta que hayan funcionarios que se denominan ‘jueces’, sino que ellos satisfagan condiciones de independencia respecto de los demás poderes del Estado*”).

3) Plenitud de las *formas* (propias de cada *juicio*) que en nuestra metodología quiere decir, la definición de una estructura procesal siempre en favor de las garantías de la contradicción, de la publicidad y de la defensa, técnica y material, y la prohibición de dilaciones injustificadas. Y, en consecuencia, la prohibición de los procesos en donde *el derecho de audiencia* sea sólo una parodia de tal (medidas autosatisfactivas, sentencia anticipada) y de la *concentración en un mismo funcionario* de las funciones de *investigación, prueba y juzgamiento*.

4) Vinculado con el punto anterior: la preservación del estado de inocencia. El principio supone su negación, en términos lógicos y políticos en aquellos simulacros de procesos (en rigor procedimientos) en donde alegando un derecho “fuertemente verosímil del actor” -en procesos de conocimiento- se suprime el derecho de refutación del demandado (las ya mencionadas medidas autosastifactivas/sentencias anticipadas).

6) Un proceso *público* y derecho de *contradicción*, que es oportunidad de conocer las afirmaciones y los cargos de pedir pruebas de cara a éstos, de participar en la práctica de las pruebas, de alegar antes de su evaluación judicial y de impugnar. Se trata, ni más ni menos, de que si es el demandado quien habrá de soportar la privación de un “bien de la vida” al final del proceso se le permita participar en la elaboración de su propio caso.

7) La nulidad de pleno derecho de la *prueba* obtenida con *violación de las garantías del debido proceso*. Supone despreciar que (frente al estado de inocencia que en procesos de conocimiento civil asiste al demandado, salvo casos excepcionales que están contenidos en las leyes sustanciales, por caso, el daño provocado por el riesgo o vicio de la cosa, donde se invierte la carga de la prueba) se puede formar convicción por el juzgador en base de su propia prueba de oficio. La prohibición del juez de probar (supliendo la negligencia probatoria de la parte) es la única posibilidad legítima y coherente en un Estado social y democrático de derecho, para que las garantías no puedan ser objeto de *matices* (a la mejor manera de Dworkin, cuando nos habla de “*derechos en serio*”).

8) Ratificación del principio de inocencia en los procesos civiles: Carlos S. Nino es quien en los últimos tiempos ha recordado que “*el ideal de una democracia liberal es que entre el individuo y la coerción estatal se interponga siempre un juez*”, y, que ese juez prive de un bien de la vida sólo si el actor construyó la culpabilidad o responsabilidad endilgada al accionado, y que no es de ese juez, no es de su *incumbencia que el mismo la construya apelando a las pruebas de oficio*.

9) Principio de *congruencia*, que para evitar cualquier tipo indefensión procesal exige que el juez competente no dicte sentencia sino por los *afirmaciones planteadas por el supuesto titular de*

derechos sustanciales a base de los cuales pretende que el demandado sea condenado a que le entregue un “bien de la vida”.

Luego de enunciar este catálogo de garantías es legítimo concluir que si el derecho a gozar de un proceso justo y de jueces auténticamente imparciales (no tan poderosos, en especial, en torno a su mal entendida incumbencia a la hora de probar) no fuera el último baluarte a resguardar para los justiciables, y si hoy -todavía- no se considerase que esta garantía es bastante endeble, no tendría mayor explicación la cantidad de normas expresas contenidas en los tratados supranacionales que se esfuerzan por declamar garantías explícitas en favor del justiciable en ese punto. En ese sentido reza la declaración de Derechos Humanos de las Naciones Unidas de 1948 “... toda persona tiene el derecho de ser *oída en plena igualdad*, públicamente y con justicia por un tribunal independiente para la determinación de sus derechos y obligaciones...”.

En la misma dirección prescribe el Pacto de San José de Costa Rica (art. 8° inc. 1) “... Garantías judiciales: Toda persona tiene derecho a ser *oída con las debidas garantías* y dentro de un *plazo razonable* por un juez o Tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la *substanciación* 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...**”.

La contundencia del mensaje contenido en los pactos supranacionales *dirigidos* a los propios *poderes del Estado* (para *recortar sus límites*) marca la *preocupación* que el tema encierra para el derecho supranacional, previniendo que la legislaciones procesales locales no socaven la jerarquía de la pirámide normativa.

II. Primeras conclusiones sobre las incumbencias probatorias en el proceso civil

Los poderes probatorios de los jueces (su incumbencia) surgen en toda su expresividad al abordar el tema de las medidas para mejor proveer. En efecto, el análisis de estas medidas son realmente dirimientes de una gruesa antinomia: en tanto que constitucionalmente a lo largo y ancho de Latinoamérica se *robustece* cada vez más la figura del juez *auténticamente imparcial* (potenciada por las prescripciones contenidas en las *normas fundamentales* de los distintos Estados y por los *pactos supranacionales* que ponen *énfasis* en este aspecto); por otra parte, en abierta contradicción, los códigos procesales civiles admiten “complacientemente” y sin ningún condicionamiento ³ (y allí está el *quid* de la cuestión) la entronización normativa de las “pruebas de oficio” y de las llamadas medidas para “mejor proveer”, o para “mejor sentenciar”, como otros las denominan.

También aceptan la “alteración de las reglas de la carga de la prueba”.

Por último, propugnan la supresión del “contradictorio” (medidas autosatisfactivas). Toda esta batería emblemática del derecho procesal publicista ha provocando el enorme disvalor que normas procesales de inferior jerarquía jurídica al conceder este rosario de facultades (o incumbencias a los jueces) generen un alzamiento contra las prescripciones constitucionales del juez imparcial y la debida igualdad de las partes en el proceso.

En este contexto, el tema que nos convoca a reflexión consiste en precisar una posición que *es central a los fines de definir la incumbencia del juez a la hora de probar: el estado de inocencia del demandado en los procesos civiles*. Volvemos sobre ese concepto que de aceptarse mutará para siempre el ideario de las pruebas de oficio. Se insiste en la premisa de entender que los procesos civiles declarativos o de conocimiento el demandado -al igual que el imputado en los procesos penales- goza de una franquicia constitucional cuyo respeto es esencial para preservar la

convivencia pacífica de los ciudadanos: el estado de inocencia cuando contra él es pretendido un “bien de la vida jurídico”. Ese manto constitucional protector, que viene desde la *cima* de la pirámide jurídica, debe preservarse -normativa y operativamente- en toda la *escala descendente* del ordenamiento legal. Es una obviedad enunciar que hasta tanto no se dicte *sentencia condenatoria*, en contra del demandado o reo (como culminación de un debido proceso judicial), el individuo no tiene que soportar sospecha alguna de su culpabilidad sino, por el contrario, se debe reivindicar su *estado de inocencia*.

Y también parece una obviedad remarcar que el *estado de inocencia* de las personas es el que impone *la actitud* que debe asumir *el juez* al momento de *sentenciar*. Sentada esta premisa, los invito a que nos aproximemos a las alternativas que le cabe al juzgador, en un proceso civil si es que asume que debe respetar el estado de inocencia del demandado.

Primera premisa: de no arribar el juez, al momento de fallar, a una “certeza positiva de condena”, debería, sin más, *rechazar la demanda contra el accionado*.

Esta es la posición normativa que adopta el art. 217 de la ley de enjuiciamiento civil española del año 2000 (*aplicación del principio de estado de inocencia*)

Carga de la prueba: cuando al tiempo de dictar sentencia o resolución semejante el Tribunal considerare dudosos unos hechos relevantes para la decisión, desestimara las pretensiones del actor o del reconvincente o las del demandado o reconvenido según correspondía a unos u otros la carga de probar los hechos que permanezcan inciertos y fundamenten sus pretensiones.

Segunda premisa: Si llegara a un estado de “certeza positiva” que provocara el dictado de una sentencia de condena, ese “estado de certeza” sólo debería formarse en base de la actividad exclusiva y excluyente de las partes, sobre quienes pesa la carga de cumplir acabadamente con la afirmación, confirmación y valoración de los hechos y de las pruebas sostenidos e incorporadas al proceso: si la actora, por caso, afirmó deficitariamente o no confirmó los hechos constitutivos de su pretensión, por imperio del mandato constitucional ya comentado, el camino procesal a seguir por el juzgador es legitimar (procesalmente) el estado de inocencia que -constitucionalmente- beneficia al demandado dictando una sentencia absolutoria.

Tercera premisa: si el juzgador llegara a un estado de certeza negativa, deberá sin más rechazar la demanda, consagrando el estado de inocencia que le asiste al demandado en los procesos civiles de conocimiento.

Ahora bien, cuando un juez despacha una “medida para mejor proveer” (*supliendo la negligencia probatoria de la parte*) todo se trastoca. Si la negligencia de la parte, originada en el incumplimiento de las cargas procesales de afirmar y probar, le impidió al juzgador llegar al estado de certeza positiva y, en su lugar, se instaló la “duda” jurídica, la pretensión (por respeto al estado de inocencia de las personas), insisto, no debe ser acogida. Sólo subrogando indebidamente los roles procesales y rompiendo el fiel de la balanza puede torcerse el destino jurídico que el juzgador debía respetar. Por tanto, debe quedarnos en claro que el precio a pagar (en términos de supresión de garantías constitucionales, por esta insólita impostación de roles) es muy alto, tan alto que no tiene que asumirse.

Tenemos, entonces, que con el despacho “*oficioso*” de una “medida para mejor proveer,” es posible que el juzgador forme esa “certeza positiva” (que antes de su “propia” actividad probatoria no tenía ya que estaba o “en estado de duda” o estado de “certeza negativa”). Es más: también es factible que esa certeza (autoprovocada “*oficiosamente*” por el juez) confirme la efectiva ocurrencia de los hechos articulados en la demanda (que, de otra forma, no hubieran quedado demostrados). En otras palabras, puede darse el caso que con la actividad probatoria desplegada por el juez se llegue a la “verdad procesal” de lo acontecido (entendido el término “verdad” en el sentido que exista correlación entre lo afirmado y confirmado en la causa, aunque, insisto, esa confirmación llegue por vía indebida).

Precisamente, esa es la *principal bandera* levantada por quienes sostienen que con el despacho “oficioso” de una medida probatoria (que a la postre otorgue al juez la certeza que antes no tenía) se cristaliza el compromiso con “la verdad” y la “justicia” a la que el juzgador no puede ni debe renunciar (por tratarse de un auténtico “deber funcional”) y que tiene que ejercitarse siempre. En esa inteligencia, sostienen que las medidas para mejor proveer no suponen contaminar de parcialidad del órgano jurisdiccional, por cuanto -al ordenarla- no sabe si esa medida va a beneficiar o perjudicar algunas de las partes.

Estamos ante un argumento *engañoso*. Es lógico que el juez no pueda conocer cuál será el resultado de la medida oficiosa de prueba que despacha. Si, por caso, en un litigio en el que se pretende el resarcimiento de lesiones corporales de la presunta víctima no se produce la prueba pericial médica y el juez, advertido de ello, la despacha de oficio, hasta tanto se materialice el dictamen no puede conocerse si esa víctima padece o no las lesiones descritas en la demanda, o cuál es el grado incapacitante de ellas. Esto está claro. Pero sí se puede detectar, con relativa facilidad, *la finalidad procesal* que persigue el juez al generar una prueba que no fue ofrecida o producida por la parte (que tenía la carga de acreditar el extremo fáctico, base de su pretensión). En efecto, e iterando lo antes expresado: si ante la *insuficiencia de prueba de la parte actora* el juzgador tenía *dudas* en acoger la demanda (en el ejemplo utilizado, la ausencia de la pericia médica) y, con el despacho de la medida las disipa. Así se llegará a una sentencia de condena en contra del demandado producto de su propia actividad probatoria (cuando sin el concurso de esa “actividad oficiosa” se hubiera impuesto el rechazo de la pretensión). El juez, en este caso, no se ha limitado a fallar el conflicto, sino que al probar (cuando la parte no lo hizo) se ha involucrado en tal forma que torció el curso de su decisión inicial. Así se pasó de un rechazo de la pretensión (que conforme a lo afirmado y probado se imponía) ¡al dictado de una sentencia favorable para el accionante! iteración

A su vez, si el juzgador hubiera adquirido la “*certeza positiva de condena*”, va de suyo que el despacho de la medida probatoria sería *innecesario*, simplemente debe dictar el pronunciamiento *en contra del accionado*. Y si el juzgador tenía la certeza necesaria para admitir la demanda, pero se le ocurre librar una medida para mejor proveer que, a la postre, *destruye esa certeza*, la “*duda*” (que auto provocó) terminará con el rechazo de la pretensión deducida por el actor. Luego, considerado el caos reinante en la función judicial ¡no se sabe contra quién litiga la parte, si con el demandado o contra el tribunal!

En tren de justificar lo injustificable, se dice que de la mano de las pruebas de oficio se llegaría (supuestamente) a la “justicia” en el caso concreto, que el juez *no puede renunciar a la búsqueda de la “verdad jurídica objetiva”*. Pero ya vimos que a esa presunta “verdad jurídica objetiva” se accede con el abrupto sacrificio de garantías constitucionales, *precio* que, lo repito, *no puede ni debe pagarse* en un Estado de derecho ⁴. En efecto, ese juez que se promete a sí mismo una cruzada en pos de la “verdad” y la “justicia” (en rigor, “su verdad y su “justicia”), se equivoca en los medios y en los fines. Si calibramos la actividad cumplida desde la mira de la igualdad de los litigantes y la imparcialidad del tribunal (que el juzgador debería ser el primero en respetar), lo que se deja al desnudo es el intolerable costo que supone la formación de una “certeza judicial” que nace completamente amañada por los mecanismos espurios utilizados para generarla. En efecto: desde el punto de vista constitucional no puede sostener que para resolver un litigio que le toca resolver (en su sentir, “justo” y ceñido a la “verdad”) el juzgador descienda, insólitamente del vértice del triángulo equilátero que gráficamente dibujara Chiovenda, para terminar ubicándose en uno de los *lados de la base de él*. El paralelismo y simetría de la figura que garantiza al justiciable mantener la equidistancia del juez, presupuesto de un debido proceso, se *destruye por completo*.

Siendo verdad que el sistema de procesamiento dispositivo no es un “principio procesal” (y en esto coincide con Arazi), no por ello es menos importante que el racimo de principios procesales que antes enunciara. En mi concepto es más importante aún. El sistema de procesamiento

dispositivo es el único que constituye un auténtico freno al poder judicial. Además, es el que impide que se instaure el paternalismo y el decisionismo que hoy es pan nuestro de cada día en el ámbito jurisdiccional. Todavía más: el sistema de procesamiento dispositivo conjuga su ideario con las prescripciones constitucionales. No puede, por tanto, ser dejado de lado sin una gruesa fractura de las garantías de igualdad e imparcialidad procesal que -operativamente- pone en movimiento. En mi idea sólo un sistema netamente dispositivo terminará con los híbridos ideológicos y las normas de corte inquisitivo.

Resumiendo: en las propuestas procesales sustentadas en un *doble discurso* (“garantista” en los postulados constitucionales de toda América Latina e “inquisitorial” en los códigos procesales civiles y penales de la región), desencadena una cascada de prescripciones normativas tan contradictorias que confunden -por igual- a los operadores del sistema y a los usuarios del servicio de justicia. Ese modelo de juez, tiene extraños poderes, pues parecería que antes de fallar, como lo explica Ciuro Caldani, tuvo una conversación mística con Dios y fue iluminado por él para encontrar la “única e irrefutable” verdad y justicia del caso concreto. No debe resultar extraño que a partir de propuestas incompatibles, inconciliables y antagónicas, emanen de los órganos judiciales, comportamientos teñidos de fuertes componentes autoritarios o, en el mejor de los casos, impregnados de un marcado hibridismo ideológico.

Inmerso en ese desconcierto (que el antinómico sistema procesal engendra) el juez -civil y penal- se lanza a investigar o probar “de oficio”, (porque así lo autorizan las normas procesales inspiradas en sistemas inquisitivos), pero, a su vez, un elemental compromiso con la imparcialidad y la igualdad debida a las partes (impuesta constitucionalmente como una garantía procesal) lo condiciona a respetar ese deber funcional y no dañar ese claro derecho que le asiste a éstos.

La figura del juez, aprisionado en este forzado dualismo, se asemeja a un jinete montado sobre dos caballos que galopan *abriendo su rumbo*, circunstancia que provocará, en forma inevitable, su caída. El resultado de ese anormal desdoblamiento implica que el juez no realiza bien ni la función de *investigar* (que de suyo es ajena a él y propia de las partes) ni la de *fallar* (porque ya, con la investigación previa o el despacho de medidas probatorias de oficio, *contaminó* irremediablemente su imparcialidad).

Así, el sistema de procesamiento, como se dijo más arriba, se vuelve *esquizofrénico y altamente inestable*. La clientela “cautiva” del monopolio de la justicia estatal presencia absorta cómo se desploma sobre ella una catarata de confusos criterios legales y jurisprudenciales que contribuyen a generar modelos de enjuiciamiento altamente imprevisibles.

Es de desear que este estado de cosas sufra un cambio radical. En esa dirección viene luchando la corriente garantista-dispositiva, convencida que sus recetas eliminan muchas de las irreductibles antinomias del sistema publicista.

NOTAS

¹ Vide Adolfo ALVARADO VELLOSO, *El debido proceso de las garantías constitucionales*, Rosario, Zeus, 2002.

² Juan MONTERO AROCA, “La nueva ley de enjuiciamiento civil española y la oralidad”, ponencia presentada ante el XVII Congreso Iberoamericano de Derecho Procesal, realizado en Costa Rica, en el mes de octubre de 2000, Libro de Relatorías y Ponencias, t. II, pág. 319 y ss., Departamento de Publicaciones e Impresos del Poder Judicial de San José de Costa Rica.

³ En este sentido, comparto el criterio de Alvarado Velloso que es posible despachar medidas para mejor proveer siempre que: 1) No se supla la negligencia probatoria de las partes; 2) Obedezca a un sentir espontáneo del juez; 3) El juez se encuentre ante sobreabundancia de medios probatorios que lo dejen perplejo o con prueba contradictoria en sí (por caso, dictámenes médicos ofrecidos y producidos por las partes que son oscuros); 4) Se dicten al momento en que el juez debe fallar la causa; 5) Permitan el control de la prueba por las partes.

⁴ He tomado algunas ideas de la excelente tesis de Magister y obra publicada de Hugo BOTTO OAKLEY, “La inconstitucionalidad de las medidas para mejor proveer”, Rosario (Santa Fe), Juris, 2004.

MEDIDAS PARA MEJOR PROVEER (¿verdad real o verdad formal?)

por HERNÁN GONZALO CARRILLO

Sumario: I. Concepto. II. Ambito de aplicación. III. Características.

Las aquí desarrolladas son inquietudes de un juez civil y comercial, y referentes al proceso civil, diferenciado tradicionalmente del penal por revestir el primero, corte dispositivo y, el segundo, perfiles ciertamente inquisitivos.

Debo aclarar que ellas han sido expuestas en el “Curso de profundización en derecho procesal” realizado en la ciudad de Rosario, provincia de Santa Fe, entre el 1º y el 22 de agosto del 2007, organizado por la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y el Instituto de Ciencias Jurídicas y Sociales de Santa Fe, cuando se trató el tema “Pruebas de oficio”. De más está decir que agradezco de sus organizadores y adherentes la invitación que tan cordialmente se me formulara entonces para exponer y para redactar estas impresiones, esencialmente de igual contenido, concretada ahora.

Volviendo al tema, diré que, como bien sabemos, en el proceso de corte netamente dispositivo son las partes las que tiene el dominio y disposición de los hechos y su contralor; el juez no puede buscar por sí mismo la prueba, sino que debe fallar conforme lo alegado y probado.

En cambio, en el proceso de tipo inquisitivo la prueba no es una carga de las partes, sino un cometido del órgano jurisdiccional.

¿Cómo ubicar al Código de Procedimientos en lo Civil y Comercial Santafesino -en adelante designado como “CPCCSF”-, en cuanto hace al tema que nos convoca?

Entre el proceso inquisitivo y el proceso netamente dispositivo existen procesos de carácter “predominantemente dispositivo”, en los cuales el juez puede decretar durante el período de prueba medios probatorios de oficio sin necesidad de recurrir al dictado de medidas para mejor proveer -pericial en el CPCCSF, art. 186; informativa en el CPCCSF, art. 228; inspección judicial en el CPCCSF, art. 227-, y asimismo puede dictar medidas para mejor proveer como dispone el CPCCSF, art. 20.

Hay regímenes en que se hace una enumeración, taxativa o meramente enunciativa, de tales medidas; en otros, como el nuestro, el legislador ha guardado silencio al respecto. La agregación de prueba instrumental a que hace referencia el CPCCSF, art. 21, es un caso de medida para mejor proveer, ya que el juez puede ordenar la agregación de una prueba que puede ser decisiva.

Otras serían disponer la comparecencia personal de las partes a los fines indicados en el CPCCSF, art. 19; ordenar la comparecencia de peritos y terceros para interrogarlos, como dispone el CPCCSF, art. 21; practicar avalúos y ordenar diligencias periciales; disponer la prescindencia de listas de peritos cuando se requieran conocimientos especiales en determinada actividad, como dispone el CPCCSF, art. 20, etc..

Es que existe un resistido pero inexorable avance y tránsito en el derecho procesal civil de nuestros días hacia la consolidación del principio de autoridad o publicístico como valladar lógico al principio dispositivo, de neta filiación individualista, y cuyos postulados son proclives a desvirtuar los fines propios de la función jurisdiccional. El mismo funciona como una cuña inquisitiva introducida profundamente en el cuerpo dispositivo.

No debe olvidarse que bajo la vigencia del principio dispositivo puro, el proceso civil no es sino una contienda exclusiva entre las partes, en la que el juez desempeña el rol de mero espectador,

limitándose a cuidar el orden en los procesos y vigilar que no se altere el principio de igualdad. El juez tiene el deber de fallar, conformándose para ello con el material de conocimiento aportado por las partes, aún cuando debido a su insuficiencia no haya arribado a una plena convicción respecto de los hechos controvertidos, pues tal material de conocimiento condiciona la actuación del juez. El juez falla según verdad, pero verdad formal, no real.

Cierto es que el principio dispositivo tuvo su origen como reacción contra las arbitrariedades cometidas al amparo del sistema inquisitivo, que otorgaba al juez -que actuaba por delegación de facultades del poder político-, poderes omnímodos de investigación, prescindiendo incluso de la voluntad de las partes; así fue en Roma; así en el derecho germánico; así en las *Partidas*. Así, de un extremo se pasó al otro. Como en tantas otras cosas.

Hoy, superadas las instancias políticas que dieron origen a sistemas tan extremistas, se concibe al juez como un representante del poder público, cuyas facultades deben ser adecuadas a la función que ejerce, lo que indujo a mejorar la estructura del proceso civil para convertirlo en instrumento idóneo para la consecución de tales fines.

Así nace el principio de autoridad o publicístico, que es una sumatoria de vallas colocadas para frenar al principio dispositivo, implicando el tránsito del juez-espectador al juez-director. Ya no se debe conformar el juez con fallar conforme verdad formal, sino que debe tratar por todos los medios de fallar conforme a la verdad real, la verdad objetiva. Las partes ya no pueden ocultar al juez la verdad, o engañarlo con pruebas aparentes u omisiones. Ya se superó la tesis de que el proceso civil es un negocio privado y con un fin también privado, cual es la defensa de los intereses particulares. Superado ello, y al haber un interés público en que la sentencia sea justa y legal, es lógico que el Estado -administrador de la justicia- otorgue al juez poderes para que investigue la verdad de los hechos afirmados por las partes, para que triunfe la verdad y no la ficción de una contienda o la astucia de una parte.

Es que, tal como se ha dicho, *“el Estado está interesado en que el proceso tenga un desenvolvimiento normal, en bien de la verdad material de los hechos controvertidos y de la justicia objetiva”*¹.

No se debe olvidar que la C.S.J.N., ya en el *leading case* “Colalillo” -Fallos 238:550-, del 18 de setiembre de 1957 señaló que en el proceso se desarrollan procedimientos destinados a la obtención de la verdad jurídica objetiva, que es su norte, como asimismo señaló que la renuncia consciente a esa verdad jurídica es incompatible con el servicio de justicia.

Quiero agregar aquí que también se ha dicho que mientras exista la necesidad de producir una prueba, no es lógico concebir que deba renunciarse a ella. Ningún servicio es preferente al de la justicia, que no se satisface sin el averiguamiento de la verdad, y de ningún modo se respeta mejor las prerrogativas del hombre que cuando se perfeccionan y estabilizan los instrumentos que permiten dar a cada uno lo suyo, lo que se obtiene realzando la actividad instructoria de los jueces².

I. Concepto

Se ha definido a las medidas para mejor proveer diciendo que son facultades de carácter discrecional que puede emplear el juez, preocupado por la sospecha de que las pruebas aportadas al proceso no son suficientes para esclarecer la verdad real o histórica, en tanto y en cuanto su ejercicio se erija en un mero corrector del principio dispositivo, y no en su verdugo³.

Otro autor las define señalando que son medidas probatorias, dependientes de la iniciativa del juez, para mejorar la información que se le ha suministrado, formando parte de la génesis lógica de la sentencia⁴.

II. Ambito de aplicación

La formación lógica de la sentencia supone una serie de operaciones mentales, siendo sus etapas más importantes

- a) la valoración crítica de la prueba -juicio de hecho-, y
- b) la aplicación del derecho al hecho así configurado.

La etapa a) es un verdadero diagnóstico jurídico. De la masa confusa de hechos invocados y probados, el juez debe extraer los que interesan al hecho concreto, eliminando los accesorios e inconducentes, que las partes han aportado por error, ignorancia o malevolencia. Esa depuración, rigurosamente lógica, tiende a una afirmación técnica; verbigracia, “el hecho discutido es un contrato”. Los signos exteriores del hecho permiten el diagnóstico jurídico, de la misma manera que en medicina se percibe la enfermedad a través de signos exteriores del enfermo, como la fiebre.

Producido ese juicio de hecho, el juez procede a la aplicación de la norma que rige ese hecho -juicio de derecho-. El proceso psicológico puede consistir en la duda del juez acerca de si a ese hecho ya calificado se aplica la norma jurídica A o la norma jurídica B. La decisión de este segundo juicio supone formar definitivamente la sentencia en el mundo intelectual del juez. Las funciones restantes son materiales; la función lógica ha terminado.

Dentro de este proceso ideal aparecen las medidas para mejor proveer, y lo hacen casi al final de la primera etapa; es decir cuando, calificando el hecho, el juez no puede llegar al diagnóstico previo que le es necesario, porque los signos exteriores -las pruebas- que aparecen a su vista son imprecisos e insuficientes.

Si las metáforas no fueran peligrosas en derecho, se podría decir que, del mismo modo que el médico no se conforma con los síntomas externos que tiene a la vista para hacer el diagnóstico, y ordena nuevas pruebas, el juez exige, mediante medidas para mejor proveer, nuevos elementos que hagan posible o perfeccionen su diagnóstico.

Producidas esas nuevas pruebas, el juez ha mejorado su condición intelectual para formar el juicio de hecho, porque lo que era impreciso y confuso se ha aclarado; entonces, el juez está ya en condiciones de calificar el hecho y podrá afrontar más seguro la etapa del juicio de derecho, y ello gracias a que “pudo proveer”.

No se comprende por qué es sancionable la mera inactividad del órgano; y, en cambio, la actividad disvaliosa de éste, que no procura la verdad objetiva, no lo sea. Hay un deber funcional del juez de evaluar la insuficiencia del material probatorio con que cuenta para verificar las afirmaciones de las partes, a fin de arribar a una solución justa ⁵.

III. Características

1) Las medidas para mejor proveer son potestativas del juez, y dependen únicamente de su criterio. Si son sugeridas por una parte y el juez entiende que no las necesita para arribar a la génesis lógica de la sentencia, así lo dirá.

2) El juez debe observar la más estricta imparcialidad en la ordenación de esta clase de medidas, manteniendo una equidistancia no objetiva en los efectos, sino subjetiva en la intención del magistrado. Es obvio que el juez al ordenar la medida puede beneficiar a una parte y perjudicar a otra, que habría salido beneficiada con la ausencia de su producción. Pues bien, es obvio también que el magistrado cuando la ordena desconoce su resultado, que sin duda ha de beneficiar al interés superior de la justicia por encima de la afectación de algún interés privado. Desconfiando y destruyendo las pruebas preparadas de mala fe no compromete su imparcialidad; en cambio,

compromete la majestad de su función cuando renuncia a la investigación de la verdad objetiva y se convierte por inacción en cómplice de una mala causa. El juez debe obediencia a la ley y a la conciencia moral, y éstas le imponen la obligación de buscar la verdad objetiva. Por ello se ha dicho que la facultad de dictar medidas para mejor proveer es amplia e independiente de la actividad que pudieren haber cumplido u omitido los litigantes, pues, en tales supuestos, los jueces ponen en ejercicio facultades que les son privativas y que se relacionan directamente con el deber que les incumbe de administrar justicia rectamente según derecho, y sobre la base de la verdad averiguada sobre los hechos ⁶.

3) El alcance de los hechos cuyo esclarecimiento puede provocar el juez se refiere a los hechos constitutivos del proceso objeto de debate; es decir, los que se hallan articulados en la pretensión y su contestación.

4) Una posición sostiene que la medida para mejor proveer sólo puede ser dictada si ha habido prueba y ésta resulta insuficiente, siendo su misión completarla, perfeccionarla. El juez no puede producir íntegramente una probanza -sigue diciendo- sólo puede integrarla, porque el sistema dispositivo reposa sobre la idea de la carga probatoria puesta en manos de las partes. Tampoco podría el juez -agrega esta postura- disponer la producción de prueba que el litigante dejó de producir, o en cuya negligencia probatoria cayó.

No comparto tal tesis; por el contrario, creo que es opuesto al sentimiento de derecho y peligroso para la buena administración de justicia la tendencia a convertir a los jueces civiles y comerciales en simples cajas registradoras de las defensas y pruebas de las partes, listas así para resolver las diferencias planteadas de acuerdo con los antecedentes aportados, de la misma manera que una calculadora registra, fusiona y descompone las cifras que le suministra el operador. El juez debe decir la verdad jurídica objetiva ⁷, por encima de los valladares que impone el exceso ritual manifiesto ⁸, y para ello debe investigar por sí mismo aun más allá de que exista o no aporte probatorio de las partes, descubriendo las conclusiones en el fondo de su conciencia y proclamando el derecho en la sentencia con la misma espontaneidad con que el artista siente la belleza. Con ello demostrará a los litigantes que el proceso no es una filosofía de la habilidad, sino una filosofía de la honestidad. La colaboración del juez civil en la búsqueda de la verdad objetiva es tan importante en el proceso civil como en el proceso penal. El CPCCSF -art. 21- dice que el juez debe adoptar toda medida tendiente al esclarecimiento de los hechos, y recuerdo que en el seno de la Comisión Redactora del proyecto de reformas del CPCCSF en momento alguno se argumentó la necesidad de suprimir la facultad del juez de dictar medidas para mejor proveer.

Muy bien se ha dicho que “esclarecer” significa “poner en claro”, “dilucidar”, lo que resulta aplicable aquí a los hechos, y se agrega que ninguna decisión es justa si está fundada sobre un aserto errado de los hechos ⁹. La decisión de fondo constituirá una aplicación eficazmente válida de la ley cuando objetivamente se encuentre acercada a la verdad de los hechos, lo que equivale a afirmar que la verdad del hecho es uno de los fines fundamentales con arreglo a los cuales debe ser instrumentalmente orientado el proceso civil. En esa investigación o descubrimiento de la verdad radica el principio lógico del proceso.

La C.S.J.N. ha dicho que es deber del órgano judicial decretar en caso de necesidad prueba de oficio e impulsar su realización mediante medidas para mejor proveer ¹⁰. Es imprescindible la lectura del fallo de la C.S.J.N., caso “B.U.F.” ¹¹, donde la C.S.J.N. ha señalado la facultad y hasta la obligación del juez de suplir la negligencia probatoria de las partes mediante medidas para mejor proveer.

Cabe agregar que Gelsi Bidart y Van Rompey sostienen que el juez civil debe ser materia activa, incluso protagónica del proceso, inclusive en materia probatoria, sin hallarse limitado o condicionado a la previa actividad probatoria de las partes; por el contrario -agregan- el juez podrá completar la prueba producida por las partes; y, en caso de que éstas no hayan producido ninguna, en ejercicio del poder-deber que se le otorga, puede y debe suplirla, y ello aunque las partes hayan incumplido su carga probatoria por omisión, negligencia o insuficiencia.

Obsérvese que Peyrano señala que la medida para mejor proveer es un arma efectiva para descubrir la justicia de una pretensión, y que los jueces no la han usado con la frecuencia con que deberían haberlo hecho por temor a que se recelase de su imparcialidad; por ello -agrega-, asistimos al paulatino reemplazo de la facultad del juez de dictar medidas para mejor proveer por los deberes del juez en orden a la prueba; es decir, ya no “podrán”, sino que “deberán” disponer diligencias probatorias. Al estar obligado el juez civil a disipar la duda que lo asalta, quedaría libre de toda suspicacia.

Y agrega Peyrano que debe señalarse que el proceso civil dispositivo contemporáneo persigue la verdad objetiva, debiendo conformarse con la verdad histórica sólo cuando ahondar una pesquisa sería equivalente a desbaratar los basamentos del principio dispositivo.

Es decir que:

a) Si hay hecho alegado y probado o intentado probar, el dictado de medidas para mejor proveer tiene razón de ser, pues el juez puede estimar incompleta la prueba practicada o no estar satisfecho con la práctica de ésta, o considerar necesaria la práctica de una prueba que, intentada o propuesta sin éxito por las partes, no se practicó;

b) Si hay hecho alegado y no probado, o ni intentado probar, estimo que si el juzgador entiende conveniente la práctica de una diligencia de prueba en un supuesto de este tipo para dictar una sentencia que resuelva correctamente el conflicto, debe considerarse facultado para hacerlo ¹².

c) La medida para mejor proveer puede ser dictada en cualquier estado de la causa, si bien es cierto que es cuando está finalizado el análisis del juicio de hecho, el momento en que el juez puede hallar la existencia de sombras que deben disiparse para arribar al juicio de derecho que culmina en la sentencia. Las medidas para mejor proveer dictadas en otras etapas del proceso tienen como propósito aportar información jurídica y ordenar la tramitación de los procesos.

ch) Las partes tienen derecho a controlar la realización de la diligencia para mejor proveer ordenada por el juez para que no sea menoscabado el principio de bilateralidad del proceso. Por ello debe serles notificada su realización, a fin de que si lo desean tachen al testigo; recusen al perito; asistan a la inspección judicial; impugnen el documento cuya agregación se dispone, etc..

d) Las partes no pueden ofrecer contraprueba de la medida para mejor proveer; primero, porque se llegaría a la contraprueba de la contraprueba en una espiral sin fin; segundo, porque ello no está previsto; y tercero, por hallarse precluido por entonces el período de ofrecimiento de prueba.

e) El período de tiempo que insume la realización de la medida interrumpe el plazo de que dispone el juez para dictar sentencia -CPCCSF, art. 106- desde la fecha en que se dispone la medida hasta que los autos son puestos nuevamente a despacho, plazo que no puede exceder de 30 días hábiles. Cuando no se ha dictado en término adecuado la providencia de autos, el plazo para resolver debe correr desde el momento en que hubiere correspondido ordenarla. Vencido el plazo para resolver, ya estará prohibido dictar medidas para mejor proveer -CPCCSF, art. 121-, como tales, pero nada impide al juez aun en ese caso dictar medidas oficiosas que contribuyan a que cumpla con su cometido de dictar sentencia ajustada a derecho. Pero dicha medida no suspende su deber ya exigible de fallar, lo que habilita a cualquiera de las partes a pronto despacho y oportunamente poner en marcha el trámite de retardada justicia.

f) Se discute si puede darse a las partes la posibilidad de alegar sobre la nueva probanza aportada. Dada la exigüidad de los términos para practicar las medidas, entiendo que ello es muy dificultoso de cumplimentarse en la práctica.

g) La medida para mejor proveer no es apelable por tratarse de cuestión probatoria -CPCCSF, art. 156- pero puede hacerse reserva del recurso de nulidad de la sentencia definitiva por considerar que al haberse dictado ella haciendo mérito de tal prueba se ha afectado la garantía constitucional de defensa en juicio, con preparación del recurso de inconstitucionalidad. Esta nulidad implica en verdad que las costas sean impuestas al juez, lo que determinó -y sigue determinando- que muchos jueces, enfrentados a la reconocida necesidad del dictado de medida en el caso concreto, no lo

hagan por temor a que la alzada declare nula su sentencia y la parte perjudicada por el resultado de la medida, furiosa, le pida carga en costas. Afortunadamente, la última jurisprudencia en el tema de imposición de costas al juez está señalando la necesidad de que se acredite la realización de actividad dolosa por parte del juez en tal menester para que tal imposición pueda llegar a tener lugar.

h) La prueba obtenida por medio de la medida para mejor proveer será apreciada como toda otra prueba agregada al proceso, ya que la medida para mejor proveer afecta el funcionamiento de la prueba, no su contenido, el que no se ha alterado por el especial medio de obtención utilizado. Por ello, como toda prueba, será apreciada conforme las reglas de la sana crítica, libremente, en ocasión del dictado de la sentencia en cuanto a su eficacia y pertinencia.

i) Los gastos que devengue la realización de la medida integran el rubro “costas” y son cargadas por quien resulte vencido en el pleito.

NOTAS

¹ Ricardo REIMUNDÍN, *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Comentado y anotado*, Buenos Aires, Zavalia, 1970, pág. 116.

² Luisa ROQUIER DE ALVAREZ, “Reformulación de la teoría de la carga de la prueba: la carga probatoria dinámica en el derecho procesal y la potestad jurisdiccional”, en *Jurisprudencia Santafesina*, Santa Fe, Editorial Jurídica Panamericana, N° 28, pág. 49.

³ Vide Jorge Walter PEYRANO, *El proceso civil*, Buenos Aires, Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1978.

⁴ Vide Eduardo COUTURE, *Teoría de las diligencias para mejor proveer*, Montevideo, Casa A. Barreiro Ramos, 1932.

⁵ Eduardo Jorge PAGNACCO, en *Zeus*, 21, D-11.

⁶ CNCiv., Sala A, “Vecchio de Mallo, Rosa c/ Mondria de López Romay, Elvira”, en L.L. 139-295.

⁷ C.S.J.N., en L.L. 1977-A-448; SCJBA, en E.D. 117-162.

⁸ C.S.J.N., en L.L. 1977-A-237

⁹ Augusto Mario MORELLO, en L.L. 1988-C-780.

¹⁰ Autos: “Pallero de Ontivero, Hilda c/ FFCC”, 24/4/86, en L.L. 1987-A-114.

¹¹ E.D. del 17/3/97.

¹² Remito a José de los Santos Martín OSTOS, *Las diligencias para mejor proveer en el proceso civil*, Madrid, Montecorvo, 1981, pág. 204.

CARGAS PROBATORIAS DINÁMICAS

CARGAS PROBATORIAS DINÁMICAS. SUS PERFILES ACTUALES Y ALGUNAS RESPUESTAS PARA SUS CRÍTICOS ¹

por ABRAHAM LUIS VARGAS ²

Sumario: I. Introducción. II. Apertura. 1. Concepto. 2. Caracteres. 3. Contenido. 4. Doctrinas que explican su necesidad y funcionamiento en el proceso civil. 4.1. Históricas. 4.1.1. Jeremías Bentham. 4.1.2. Francesco Carnelutti. 4.1.3. David Lascano. 4.1.4. Eduardo J. Couture. 4.1.5. Michelli. 4.2. Modernas. 4.2.1. Jorge W. Peyrano. 4.2.2. Augusto Mario Morello. 4.2.3. Eduardo Oteiza. 4.2.4. Ricardo Lorenzetti. 5. Finalidad acorde con las garantías constitucionales pertinentes (test de constitucionalidad). 6. Coherencia con los derechos-garantías de la tutela judicial efectiva, acceso a la justicia e igualdad ante la ley. 7. El derecho-garantía de la defensa en juicio y el momento en que el juez anuncia el desplazamiento de la carga probatoria. 8. Cobertura axiológica. 9. Hipótesis de falsación. 10. Hipótesis auxiliares (réplica a los críticos de la teoría). 1. Sobre las hipótesis auxiliares. 2. La teoría no afecta el valor “seguridad jurídica”. 3. La teoría también se aplica en el “ámbito procesal penal” (con los reparos y explicaciones pertinentes). 4. La tesis es “nueva” y “argentina”. 5. La respuesta a la descalificación de la concurrencia, colaboración o solidaridad. 6. La respuesta a la crítica al dinamismo. 11. Adhesión doctrinaria. 11.1. Argentina. 11.2. Brasil. 11.3. Uruguay. 11.4. Colombia. 11.5. México. 11.6. Perú. 11.7. España. 12. Aplicación jurisprudencial. 12.1. En Argentina. 12.2. En el mundo. 12.2.1. Latinoamérica. 12.2.1.1. Brasil. 12.2.1.2. Colombia. 12.2.1.3. Venezuela. 12.2.1.4. Uruguay. 12.2.1.5. Perú. 12.2.2. Resto del Mundo. 12.2.2. España. 13. Concreción legislativa nacional e internacional. 13.1. ¿Necesita la teoría ser plasmada en una o más normas legales?. 13.2. En Argentina. 13.2.1. Códigos vigentes. 1. La Pampa. 2. Formosa. 3. Corrientes. 4. Tierra del Fuego. 13.2.2. Códigos Proyectoados. 1. Proyecto de Reforma al art. 377 del C.P.C.C.N.. 2. Anteproyecto de C.P.C.C. para la Nación Argentina (Morello, Arazi, Eisner y Kaminker) 1993. 3. Anteproyecto de C.P.C.C. para la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (Morello, Arazi, Kaminker) 1997. 4. Anteproyecto de C.P.C.C. para la Provincia de Buenos Aires (Morello, Arazi, Kaminker) 1998. 5. Proyecto de C.P.C.C. para la Provincia de Mendoza (Kemelmajer y Poder Judicial). 6. Proyecto de C.P.C.C. para la Provincia de Chubut (2006-2007). 7. Proyecto de C.P.C.C. para la Provincia De Santa Fe (2007). 13.2.3. Otras Leyes Argentinas (vigentes). 1. Ley de Defensa del Consumidor (22.240). 2. Código Provincial de Implementación de los Derechos de los Consumidores y Usuarios (San Juan, 2006). 13.2.4. Otros proyectos. 1. Código Civil y Comercial Unificado 1998 (sigue al Proyecto de 1993). 2. Proyecto de Ley Nacional de Amparo (2005). 13.3. En Latinoamérica. 1. Brasil. 2. Uruguay. 3. Paraguay. 4. Colombia. 5. Guatemala. 6. Perú. 7. Costa Rica. 8. Chile. 13.4. En Iberoamérica. 1. Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica (2004). 2. Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica (1988). 13.5. En Europa. 1. España. 2. Francia. 3. Italia. 4. Portugal. III. Cierre

I. Introducción

1. Aún hoy, no deja de causar asombro y perplejidad, que los autodenominados “*garantistas*” ³ (en realidad, “neo-liberales” o “neo-privatistas” ⁴), además de incurrir en algunas descalificaciones *ad hominem* innecesarias y de mal gusto ⁵, postulen ⁶, incluso con el basamento constitucional del artículo 18 de la C.N. (al cual otorgan un lectura, a mi modesto modo de ver, distorsionada por exorbitante) que para ellos pareciera contener, en sí mismo, “toda la Constitución” (lo que les obstaculiza la panorámica visión ⁷ del “*proceso justo*” ⁸ dentro del cual cobran relevancia el tan hermoso derecho-garantía a la *tutela judicial efectiva* ⁹ -que incluye el de *acceso a la justicia* ¹⁰ y, fundamentalmente, el *derecho a la prueba* ¹¹-, o el derecho de *igualdad ante la ley* ¹² -y más propiamente, la “*igualdad por compensación*” conforme lo planteara hace años el maestro Couture ¹³-, o el propósito teleológico del constituyente de *afianzar la justicia* ¹⁴) que la teoría de las cargas dinámicas probatorias es “*inconstitucional*” ¹⁵ pues atenta contra la “*seguridad jurídica*” ¹⁶, contra el “*principio dispositivo*” ¹⁷, contra la actual concepción del moderno “*proceso penal*” ¹⁸ (sistema acusatorio) que, debería ser seguido por los cultores del “proceso civil” por cuanto cualquier teoría

del derecho procesal tiene que poder ser aplicable a ambos procesos ¹⁹; y, finalmente, *contra la concepción normativa del artículo 377 del Código Nacional* ²⁰ (que, como se sabe, consagra en el ámbito de aplicación de aquél -territorialmente acotado-, conforme nuestro sistema republicano y federal, y, así por ejemplo, no se utiliza en la provincia de Santa Fe, donde el C.P.C.C. local no contiene disposición alguna que distribuya el *onus probandi*, dando lugar a que la jurisprudencia haya oscilado entre aplicar la *teoría chiovendana de la cuatripartición de los hechos* ²¹ o la *teoría normativa* aludida) *que es, definitivamente, la mejor* ²² y la única aplicable *so riesgo de prevaricato* ²³, tildándose a la doctrina del epígrafe como “*exótica y divorciada de la realidad de la vida tribunalicia, por lo que merece ser sepultada en el olvido*” ²⁴.

Evidentemente, y no obstante que se refieren al tema que hizo a Rosemberg famoso en el mundo jurídico entero, y que además, *dicen seguirlo en sus enseñanzas* ²⁵, evidentemente, estos autores han omitido leer total o parcialmente su obra cumbre (*La carga de la prueba* ²⁶) o, en su caso, deliberadamente omiten rebatir, al menos, el siguiente pasaje -que está al inicio de sus reflexiones específicas sobre la distribución del *onus probandi*-:

“Luego no hay duda respecto de *la necesidad de distribuir la carga de la prueba*, y efectivamente nunca se ha dudado de esto. Sólo la fijación del *límite* entre las pruebas que incumben a una u otra parte ha causado grandes dificultades a nuestra doctrina... 1. Investigando el fundamento de la distribución de la carga de la prueba en general, se plantea este problema: *¿Por qué no se impone toda la carga de la prueba al demandante y se le imputa la incertidumbre con respecto a cualquier afirmación de hecho importante, tal como ocurre en general al acusador en el proceso penal? ¿Por qué el demandado tiene que participar en las consecuencias de la falta de prueba?...* Para contestar esta pregunta, suele remitirse con razón a las exigencias de la conveniencia y de la *justicia conmutativa*. Pues, efectivamente, *se quitaría de antemano la probabilidad de éxito a cualquier demanda judicial, haciéndola con esto imposible, si se exigiera del demandante toda la prueba*. Se entregaría el derecho a la *buena voluntad del demandado*; se llegaría a un estado de *inseguridad jurídica*, que equivaldría a *la falta de toda protección*. El demandado podría privar al demandante de su derecho mediante negaciones o afirmaciones arbitrarias. *No se puede comparar el estado de cosas en el proceso civil con el existente en el proceso penal*. Pues, en este último, el interés de la colectividad consiste en que sólo se castigue al culpable y que, por eso, más vale absolver a diez culpables que condenar a un inocente. En cambio, toda la economía nacional estriba en la seguridad de poder realizar los derechos privados, y la colectividad tiene un urgente interés en que el acreedor no sólo pueda acudir al órgano estatal pidiéndole protección jurídica sino que también pueda obtenerla *sin dificultades demasiado grandes* [...] 2. Otros ven el fundamento de la distribución de la carga de la prueba en la *máxima dispositiva*. Esto no me parece acertado. Ya más arriba se trató de demostrar que existe una carga de la prueba y una distribución de esta carga también en los procedimientos sometidos al dominio de la máxima inquisitiva, como en los asuntos matrimoniales y de filiación, en el proceso penal y en el procedimiento de la jurisdicción voluntaria. Por eso, *la máxima dispositiva no puede ser el principio explicativo de la carga de la prueba...*” ²⁷ (las cursivas me pertenecen y fueron colocadas ex profeso por su atencencia con lo anunciado en el párrafo anterior).

Como se ve, si el autor alemán hubiera podido escucharlos o leerlos, seguramente *estaría azorado* ante la repetición de ideas que, éstas sí, ya deberían estar “*sepultadas en el olvido*”.

2. Va de suyo que, aunque en el presente trabajo demostraré que la *teoría* de marras es “*nueva*”, “*argentina*” y “*aplicable*” ²⁸; ello se devengará como un simple aspecto *secundario* -incluso no querido por el autor de estas líneas- del abordaje que verdaderamente interesa: o sea el *científico-procesal*.

3. En realidad, también podría sustentarse -seriamente, por cierto- que *toda esta monografía* es, en cierta forma, *inútil*.

Es que, a mi modo de ver, su *justificación, consagración y utilidad* está fuera de toda duda para la *casi totalidad* de los procesalistas; por lo que, es poco lo que este humilde escritor puede aportar, a salvo, quizás, la *sistematización del trabajo* y las *fuentes de información* aportadas.

Por lo tanto, lo que pretende lograr *alguna porción numéricamente insignificante de respetable doctrina*, al descalificarla, no es más que un intento de querer “*tapar el sol con un dedo*” (metafóricamente hablando), esfuerzo que -estimo- es digno de mejores empresas.

II. texto ampliado en www.acaderc.org.ar

III. Cierre

Dentro del amplio cauce del derecho probatorio, luce con singular esplendor el fenómeno del *desplazamiento de las cargas probatorias*.

Como se sabe, éste se abastece de múltiples *técnicas* (v.gr., presunciones legales, presunciones *hominis*, inversión legal o jurisprudencial del *onus probandi*, reducción de los estándares o módulos de prueba, etc.).

Entre ellas, luce de manera singular la llamada “*teoría de las cargas probatorias dinámicas*” que, si bien con *antecedentes históricos* -que revelan la preocupación de los cultores tradicionales de la disciplina por elaborar soluciones a los eventuales resultados disvaliosos a que se arribaba en algunos casos excepcionales con la aplicación rígida de las reglas legales de atribución de la incertidumbre probatoria-, reconoce -en Argentina- una *elaboración científica* acabada que debemos a los esfuerzos que lideran Jorge W. Peyrano y Augusto Mario Morello (a los que siguen las decenas de renombrados doctrinarios que hemos citado en esta monografía).

Y ello, en lugar de ser objeto de ataques o de avergonzarnos, debe enorgullecernos.

No son muchas las ocasiones en que la *ciencia jurídica argentina* (en este caso, la procesal) ha podido brindar al mundo *un producto genuino* para solucionar los males que aquejan al *proceso civil actual*.

Otras culturas, en ese sentido, han tenido mayor fortuna (por caso, los italianos, alemanes, franceses, ingleses, españoles y, hasta, nuestros hermanos brasileros y uruguayos), más allá de que los legisladores de esos ámbitos hayan promulgado o no las soluciones que allí propugnaran la doctrina o la jurisprudencia.

Finalmente, tengo el deseo que este aporte personal -que, como anticipé, poco mérito puede tener, a no ser por la sistematización de las fuentes de conocimiento disponible- sirva para acallar -o al menos para que se esfuercen en sus argumentaciones- a algunas aisladas *voces críticas*²⁹ que, imbuidas de una *ideología* que no compartimos, reproducen *argumentaciones perimidas e insustanciales*³⁰ que en nada ayudan al continuo avance que la ciencia del derecho procesal tuvo en los últimos 100 años.

NOTAS

¹ Versión reducida de la exposición del profesor Abraham Luis Vargas sobre *Cargas probatorias dinámicas* en el marco del Curso de Profundización en Derecho Procesal organizado por el Instituto de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba (Rosario, 15/8/07). El texto completo se encuentra disponible en la sección doctrina de la Academia de Derecho de Córdoba. www.acaderc.org.ar

² Miembro del Instituto de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Región Centro de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Profesor titular interino -a cargo de la Comisión “G”- de la materia Derecho Procesal

Civil en la misma Facultad. Juez del Tribunal Colegiado de Familia N° 3 de Santa Fe (Provincia de Santa Fe, República Argentina).

³ Se enrolan en esta corriente de pensamiento, entre otros, en *Argentina*: Adolfo Alvarado Velloso, Omar Benaventos, Federico Domínguez, Andrea Meroi, Eduardo Terrasa, Mario Barucca, Maximiliano García Grande, etc.; en *Perú*, Ariana Deho; en *España*: Juan Montero Aroca y en *Italia*: Franco Cipriani y Girolamo Monteleone.

⁴ Las *demoledoras* respuestas a las *extrañas argumentaciones* ensayadas por los garantistas fueron dadas en distintos ámbitos y por muchos autores. Personalmente, considero que *las más contundentes* son las siguientes: Michele TARUFFO, “Poderes probatorios de las partes y del juez en Europa”, espigado en Revista Iberoamericana de Derecho Procesal N° 10, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2007, pág. 305 y ss.; José Carlos BARBOSA MOREIRA, “O neoprivatismo no processo civil”, en Revista Iberoamericana de Derecho Procesal N° 7, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2005, pág. 13 y ss.; Juan F. MONROY GÁLVEZ, “Y al final del día, ¿qué es el garantismo procesal civil?”, en Revista Iberoamericana de Derecho Procesal N° 9, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2006, pág. 7 y ss.; Joan PICÓ Y JUNOY, “El derecho procesal entre el garantismo y la eficacia: un debate mal planteado” en Revista Iberoamericana de Derecho Procesal N° 4, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2004, pág. 253 y ss., Eduardo OTEIZA, “El juez ante la tensión entre libertad e igualdad”, en Revista de Derecho Procesal, número extraordinario, 2002, *passim*; Jairo PARRA QUILANO, *Racionalidad e ideología en las pruebas de oficio*, Bogotá, Temis, 2004, *passim*.

⁵ Así, por ejemplo, Omar Benaventos ha sostenido que “... hoy estamos pensando si las cargas dinámicas en que cada uno quiere llevarse el nomen jure para quedar no sé en que gloria procesal. No es una pompa de jabón esa lentejuela, ese espejito que da para traficar pero que no avanza en la ciencia procesal” (Omar BENAVENTOS, “La carga de la prueba y su variación de oficio por el juez”, conferencia pronunciada en el I Congreso Nacional de Derecho Procesal Garantista, Azul, 4 y 5 de noviembre de 1999, disponible en Revista Cartapacio, Universidad Nacional del Centro de la Provincia de Buenos Aires, 2004).

⁶ En realidad, *no todos ellos*. Así, por ejemplo, no conocemos que se hayan pronunciado en contra de la teoría Ariana Deho (Perú) o Franco Cipriani (Italia). Y, antes bien, Juan Montero Aroca no sólo no ha censurado su idea central (*desplazamiento de las cargas probatorias*) sino que, incluso, ha avalado *los criterios de facilidad y disponibilidad probatoria* que contiene el actual art. 217 inc. 6 de la Ley de Enjuiciamiento Civil Española -2000- (ver Juan MONTERO AROCA, en “Nociones generales sobre la prueba (entre el mito y la realidad)”, en *La prueba*, Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, CGPJ, 2000, pág. 41. Y antes del 2000, *ibidem*, en *La prueba en el proceso civil*, 2ª ed., Madrid, Civitas, 1998, pág. 64).

⁷ Luis Fernando CASTILLO CORDOVA, “¿Existen los llamados conflictos entre derechos fundamentales?”, espigado en Cuestiones constitucionales: revista mexicana de derecho constitucional, N° 12, México, 2005, *passim*.

⁸ Sobre el “*processo giusto*”: Elvio Alcona, “Sul ‘giusto processo’”, versión on line en Internet, que, a su vez cita: “Si vedano, a titolo esemplificativo della più recente discussione sulle ascendenze “culturali” del “giusto processo”, i seguenti studi: E. Amodio, *Giusto processo, procès équitable e fair trial: la riscoperta del giusnaturalismo processuale in Europa*, in Id., *Processo penale, diritto europeo e common law. Dal rito inquisitorio al giusto processo*, Milano 2003, págs. 131-151; L.P. Comoglio, *Le garanzie fondamentali del “giusto processo”*, in *Jus*, 2000, págs. 335-381; N. Trocker, *Il valore costituzionale del “giusto processo”*, in *Il nuovo art. 111 della Costituzione e il giusto processo civile*, Atti del Convegno dell’Elba, 9-10 giugno 2000, a cura di M.G. Civinini e C.M. Verardi, Milano 2001, págs. 36-54. Per la tesi assolutamente negatrice, invece, del valore semantico dell’espressione, confr. P. Ferrua, *Il processo penale dopo la riforma dell’art. 111 della Costituzione*, in *Questione giustizia*, 2000, págs. 49-67, a p. 50”. Ver también, por supuesto: Augusto Mario MORELLO, *El proceso justo*, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2005, *passim*. Ver también, entre otros, Reynaldo BUSTAMANTE ALARCÓN, “El derecho fundamental a un proceso justo -llamado también debido proceso-”, versión on line en <http://www.cajpe.org.pe/RIJ/busta.htm>.

⁹ Sobre “*tutela judicial efectiva*”, entre otras, puede consultarse la reciente y magnífica obra de Luiz Ghuilherme MARINONI, *Derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva*, Lima, Palestra, 2007, *passim*. Con anterioridad, me he ocupado de esta temática en los siguientes trabajos: Abraham Luis VARGAS, “Tutelas diferenciadas”, espigado en “Derecho Procesal Civil. Congreso Internacional, Lima, 2003”, Lima, Universidad de Lima - Fondo de Desarrollo Editorial, 2003, págs. 319 a 358; “Teoría general de los procesos urgentes. Parte I”, en L.L. 1999-A-872 y ss.; “Teoría general de los procesos urgentes. Parte II”, en L.L., 1999-B-1237 y ss.; “Tutela judicial efectiva, acción, bilateralidad, prueba y jurisdicción en la teoría general de las medidas autosatisfactivas”, en J.A., entrega del 21/10/98, págs. 2 a 29; “Tutela anticipatoria (contribución a su exégesis en el Anteproyecto de Código Procesal Civil y Comercial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires -arts. 65/66-”, espigado en AA.VV.; *Sentencia anticipada*, dirigido por Jorge W. PEYRANO y coordinado por Carlos A. CARBONE, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2000, pág. 541 y ss., y “Medida cautelar innovativa que ‘anticipa’ la tutela definitiva (trascendente y revolucionario fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación)”, en coautoría con el Dr. Gastón ROSENFELD, espigado en Revista del Colegio de Abogados de Santa Fe, N° 3, año IX, noviembre de 1998, págs. 36 a 41.

¹⁰ Sobre la *importancia y basamento constitucional* del denominado por Capelletti “*movimiento de acceso a la justicia*”, es innecesario remitir aquí a la innumerable bibliografía mundial al respecto, bastándome citar los siguientes autores de consulta obligada: Capelletti-Garth, Morello y Berizonce.

¹¹ El “*derecho a la prueba*” como *garantía constitucional-procesal* de las partes, ha sido excelentemente estudiado por Taruffo en su abundante producción jurídica. En particular, citaré el siguiente pasaje de uno de sus ensayos:

“En cuanto al papel de las partes en el litigio civil, debe enfatizarse que todos los sistemas modernos generalmente proveen un conjunto de garantías procesales a los litigantes, a nivel de regulaciones de ley ordinaria, tanto como al nivel de principios constitucionales e internacionales. Garantías como el ‘derecho a la acción’, el ‘derecho a un juicio justo’ y la ‘oportunidad de ser oído’ se incluyen usualmente en el inventario de derechos fundamentales. Ellos importan que las partes tienen el derecho a acceder al tribunal a efectos de interponer demandas civiles, el derecho a determinar el objeto de las disputas civiles y a perseguir una compensación adecuada, *el derecho a presentar la prueba disponible*, así como el derecho a hacer ver los argumentos legales y fácticos en apoyo de sus respectivas pretensiones. Dentro de este complejo conjunto de derechos, uno particularmente importante es el *derecho a la prueba*. Usualmente se lo define como el derecho de toda parte para producir toda la prueba relevante que esté en su posesión, para *obtener la presentación de prueba relevante que esté en posesión de otras partes o de terceros*, y que toda esa prueba sea debidamente considerada por el tribunal. El derecho a la prueba es un aspecto fundamental del derecho de acción y a la defensa: en realidad, sería un sin sentido decir que las partes pueden ejercer estos derechos pero que no se les permite probar por ningún medio disponible las aseveraciones fácticas que son la base de sus pretensiones y defensas” -las cursivas me pertenecen- (Michele TARUFFO, “Investigación judicial y producción de prueba por las partes”, en Revista de Derecho (Valdivia), v. 15, N° 12, diciembre 2003, págs. 205-213). Ver también: Augusto M. MORELLO, “El derecho a la prueba en el proceso civil. Panorámica actual”, L.L. 1988-C-782 donde al hacer referencia al “derecho constitucional a la prueba” deja en claro que éste es “*Fase esencial del debido proceso y del ejercicio cabal de la defensa en juicio, se levanta como el de mayor importancia en la dinámica de la garantía del art. 18 de la Ley Fundamental*” y, también alude a que “La Corte Suprema de Justicia de la Nación, al igual que textos expresos de las Constituciones (de la segunda postguerra) de numerosos países, recrea, de continuo, los *principios o reglas relativos a un derecho de prueba funcional*. En los que se recoge, esos datos de la experiencia sociológica y de los actuales requerimientos del tráfico”.

¹² Sobre el “*derecho de igualdad ante la ley*” que proclama la Constitución Nacional (art. 16), en docente síntesis, el magistrado y doctrinario Galdós ha explicado: “*La igualdad ante la ley, derivada de la igualdad de la dignidad humana y de los derechos fundamentales del hombre, es uno de los grandes principios de la cultura jurídica contemporánea. En una primera aproximación se traduce en la reconocida fórmula de ‘igual trato ante circunstancias o situaciones iguales’*”, afirmándose que “no se debe excluir a algunos de lo que se concede a otros en iguales circunstancias” y que “las distinciones que efectúe el legislador en supuestos que estime distintos deben obedecer a una objetiva razón de diferenciación y no a un propósito de persecución o indebido privilegio de personas o grupos de personas”. Es decir “no se impide la distinción razonables entre quienes no se encuentran en las mismas condiciones” (CS -entre muchos otros- Fallos 184:398; 238:60 -L.L. 90-89-; 276:218; 277:357; 278:287; 279:182 -L.L. 141-155; 146-686 -28.850-S-; SC Buenos Aires, Ac. 33.989, 4/6/85, “Soler Ursino, J. c/ Federación Médica Provincia de Buenos Aires” -L.L. 1986-B-620- 37.241-S-; L 32774, 27/4/84, “Rath, Ernesto c/ Renzi, Luis s/ diferencia de sueldos”, DJJ, t. 126-41; I 1183, 31/5/88, “Nida S.A. c/ Provincia de Buenos Aires s/ inconstitucionalidad”, A. y S., 1988-II-300; I, 1181, 16/8/88, “Licade S.A. s/ demanda de inconstitucionalidad”, A. y S., 1988-III-131; I 1221, 27/12/88, “Canal 3 de Nueve de Julio S.A. c/ Municipalidad de Nueve de Julio s/ demanda de inconstitucionalidad”, A. y S., 1988-IV-786; I 1235, 10/10/89, “Luis Domingo s/ inconstitucionalidad de los decrs. 4306 y 7214”, A. y S., 1989-III-733; I 1248, 15/5/90, “Sancho, Héctor E. c/ Municipalidad de Lincoln s/ inconstitucionalidad ordenanza municipal 131/85”, A. y S., 1990-I-180; I 1226, 18/12/90, “Benegas, Julio s/ inconstitucionalidad”, A. y S., 1990-IV-621; I 1222, 14/5/91, “Garoma, José I. s/ inconstitucionalidad”, A. y S., 1991-735; I 1230, 30/4/91, “Vaccare, Horacio A. s/ inconstitucionalidad”, L.L. 1992-A-484 - J. Agrup. Caso 7572; Juan Miguel A. EKMEKDJIAN, *Tratado de derecho constitucional*, Buenos Aires, Depalma, 1994, t. II, pág. 140; Luis RECASENS SICHES, “Igualdad jurídica”, en *Enciclopedia Jurídica Omeba*, XIV, pág. 946 y *passim*; Germán BIDART CAMPOS, *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*, Buenos Aires, Ediar, 1986, t. 1, p. 259; *Derecho constitucional*, Buenos Aires, Ediar, t. 2, pág. 154 y ss.; Alberto F. GARAY, *La igualdad ante la ley*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, págs. 17, 53 y *passim*). Este postulado -de hondo contenido axiológico- reconoce una larga tradición jurídica nacional a partir de los arts. 16 de la Constitución Nacional y 11 de la Constitución de Buenos Aires; registra antecedentes extranjeros (la Declaración de Independencia de los Estados Unidos de 1776 afirma: “Sostenemos como verdades evidentes que todos los hombres nacen iguales, que están dotados por su Creador de ciertos derechos inalienables”. La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano 1789 expresa: “Los hombres nacen libres e iguales en derechos. Las distinciones sociales sólo pueden fundarse en la utilidad común”. Ver: Miguel A. EKMEKDJIAN, *Tratado de...* cit., t. II, págs. 136 y 148 y -entre otros precedentes- la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 -arts. 1° y 2°-) y -desde la reforma de 1994- se ha afianzado por la vigencia de los tratados internacionales sobre derechos humanos con jerarquía constitucional que lo consagran expresamente (Constitución de la Provincia de Buenos Aires, arts. 10, 11, 12, 15; Constitución Nacional, arts. 16, art. 75 incs. 17, 18, 19, 22, 23; Pacto de San José de Costa Rica -ley 23.054 (ADLA, XLIV-B-1250)- arts. 1° y 24; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos -ley 23.313- arts. 21 incs. 1, 3; 14 inc. 1, 26, 27; Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales -ley 23.313 (ADLA, XLIV-B-1107)- art. 2° inc. 2; Convención sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer -ley 23.179 (ADLA, XLV-B-1088)- Ver, además, ley 23.592 (ADLA, XLVIII-D-4179) -que tutela a los damnificados por actos discriminatorios- (confr. Isidoro GOLDENBERG, *Indemnización de daños y perjuicios*, Buenos Aires, Hammurabi, 1993, pág. 369; ley 22.262 de defensa de la competencia -ADLA, XL-C-2521- (confr. Ricardo L. LORENZETTI, “Nuevas fronteras del abuso del derecho. Situaciones jurídicas lesivas de libertades. Tutela del mercado y amparo”, L.L. 1995-E-593)). En definitiva: se vulnera este principio jurídico cuando se trata de modo desigual a los iguales, o se confiere trato igual a los que están en circunstancias distintas, porque lo que se procura es “corregir una desigualdad de la realidad a

través de una diferenciación jurídica” (SC Mendoza, Sala I, 25/3/96, voto de la Dra. Kemelmajer de Carlucci, “Sanhueza, Fernando F.”, con nota aprobatoria de Carlos E. COLAUTTI, “Argentinos nativos o por opción y argentinos naturalizados: una distinción discriminatoria”, L.L. 1996-C-525; SC Mendoza, Sala I, 4/7/89, “Círculo de Licenciadas en Nutrición y Nutricionistas Soc. Civ. c/ Provincia de Mendoza”, J.A. 1989-IV-254; SC Mendoza, Sala III, 23/10/92, “Linares Carosio, Martha D., recurso”; J.A. 1993-III-149 y E.D. 150-251 con nota elogiosa de Germán BIDART CAMPOS, “La nacionalidad argentina no es requisito constitucional para ejercer el notariado”. Ver: Susana ALBANESE, “La primacía de la cláusula más favorable a las personas”, L.L. 1996-C-518; Jonathan MILLER - María A. GELLI - Susana CAYUSO, *Constitución y derechos humanos*, Buenos Aires, Astrea, 1991, t. 2, p. 1531 y ss.; María A. GELLI, “Desarrollo humano, igualdad y constitución” (A propósito del informe sobre desarrollo humano 1995), L.L. 1996-B-1096). Por ende, y a fin de determinar si una desigualdad es inconstitucional, debe acudirse a la pauta o “test del control de razonabilidad” para verificar si un tratamiento distinto carece de justificación razonable y objetiva, es decir si esa diferenciación persigue un objetivo ilegítimo, o no guarda adecuada proporcionalidad entre los medios empleados y el objetivo buscado (SC Mendoza, Sala I, causa “Sanhueza” cit. *supra* en nota 4; Ver: Gregorio BADENI, *Reforma constitucional e instituciones políticas*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1994, pág. 89; Augusto M. MORELLO, *Actualidad del recurso extraordinario*, Buenos Aires, Platense, 1995, pág. 264)” (Jorge Mario GALDÓS, “El principio *favor debilis* en materia contractual. Algunas aproximaciones”, L.L. 1997-D-1112).

¹³ Eduardo J. COUTURE, “Algunas nociones fundamentales del derecho procesal del trabajo”, en *Estudios de derecho procesal civil*, Buenos Aires, Depalma, 1978, t. I, pág. 288.

¹⁴ Preámbulo de la Constitución Nacional Argentina. Sobre las *funciones políticas* (Carl Schmitt) y *normativa-integradora* de los preámbulos, puede consultarse el valioso trabajo de Javier TAJADURA TEJADA, “La función política de los preámbulos constitucionales”, espigado en la Revista “Cuestiones Constitucionales” N° 5, julio-diciembre de 2001, pág. 235 y ss. Asimismo y específicamente sobre la “*función normativa*” del *Preámbulo de la Constitución Argentina*, se ha expresado que “Hemos querido detener nuestro análisis en el Preámbulo por entender que constituye la antesala de los derechos, libertades y garantías que plasma nuestra Ley Fundamental, y ostenta un valor jurídico relevante que merece un justo realce. Story expresaba que el Preámbulo revela la intención del legislador, hace conocer los males que ha querido remediar y el fin que quiere alcanzar (STORY, *Comentarios*, citado por RAMELLA, op. cit., pág. 65). El Preámbulo proclama los objetivos de la Constitución Nacional y resume todo su contenido. “*Es una declaración formal y solemne que motiva y otorga fundamento a la Ley Suprema. En tal sentido, constituye expresión del Estado de derecho en tanto da razón de su origen y fines y liga los detentadores y a los destinatarios del poder con igual fuerza normativa*” (María Angélica GELLI, op. cit., nota 1, pág. 1). El Preámbulo exhibe los principios fundacionales de nuestro Estado que refleja y desarrolla, luego, en las disposiciones de nuestra Carta Magna” (Adriana TETTAMANTI DE RAMELLA, “Evocación del Preámbulo desde una perspectiva jurisprudencial”, en Revista Jurídica, Buenos Aires, Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales, invierno 2005, págs. 209-231).

¹⁵ Adolfo Alvarado Velloso, sostiene que aplicar la teoría de las cargas probatorias dinámicas “*no sólo es actitud inaceptable sino que, en el proceso, viola la garantía de la defensa en juicio*” (Adolfo ALVARADO VELLOSO, su Prólogo al libro de Maximiliano GARCÍA GRANDE, *Las cargas probatorias dinámicas. Inaplicabilidad*, Rosario, Juris, 2005, pág. 22). Así también lo postula Hugo Botto Oakley conforme su conferencia realizada el martes 18 de octubre de 2005 en la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad Andrés Bello (Chile), versión *on line* en http://www.unab.cl/fcj/temp/hugo_botto.htm, en la cual postula la *inconstitucionalidad* de varios institutos modernos, entre ellos, el de las *cargas probatorias dinámicas*, indicando, entre otras cosas, lo siguiente: “La lógica y la congruencia así lo recomiendan e imponen y, en este análisis, no se podrán traspasar los límites de la conceptualización constitucional del debido proceso. Resulta evidente entonces que toda institución procesal, para poder superar su análisis de constitucionalidad, deberá respetar la regulación del debido proceso establecido en la Carta Fundamental, de modo tal que los principios procesales antes mencionados, deberán estar incólumes y no podrán ser afectados en forma alguna, por la norma positiva. *Las instituciones procesales mencionadas antecedentemente, claramente soslayan aspectos que determinan que sus regulaciones positivas, no soporten el referido análisis de constitucionalidad*”.

¹⁶ “*Sin embargo, este fatigoso y largo esfuerzo por lograr parámetros de pura objetividad a fin de permitir un rápido y seguro juzgamiento de cualquier litigio por un juez que se concreta a mantener la paz social dando certeza a las relaciones de las partes encontradas y asegurando el efectivo cumplimiento de las promesas y garantías brindadas por el constituyente y por el legislador, está siendo dejado de lado en los últimos años*” (Adolfo ALVARADO VELLOSO, su Prólogo al libro de Maximiliano GARCÍA GRANDE, *Las cargas probatorias...* cit., pág. 19). En idéntico sentido, Maximiliano García Grande ha escrito: “*Se dice con frecuencia que el principal fundamento de la teoría de la carga probatoria dinámica es la aplicación de la justicia de cada caso en concreto. Entender esto no sólo es erróneo sino peligroso. Si bien no creemos que el juez debe ser el intérprete exégeta de la ley, tampoco podemos caer en el otro extremo de que el juez debe aplicar una regla distinta para cada caso en particular. Es cierto que todos los procesos son diferentes, no por esto la ley debe dejar de cumplir su función preventiva. El fin del juez debe ser aplicar la ley o el sentido de ésta (insistimos: sin caer en el extremo de la exégesis), y el fin de la ley recién debe ser la justicia. No puede haber un salto donde el juez esquivé el sentido de la ley buscando el sentido de la justicia. La función de la ley es abstraer, la función del juez es aplicar esa abstracción. La ley realiza un proceso inductivo (en base a la realidad circundante y las necesidades sociales) para que el juez cumpla con un desarrollo deductivo, aplicando la ley a casos concretos. Si el juez está habilitado para sentenciar sin atenerse a las normas se debatiría sin reglas fijas. Esto por varios motivos: perdería la norma su función de ser, como dice Couture: ‘la lucha tiene sus leyes, y es menester respetarlas para que no degeneren*

un combate primitivo' (Eduardo J. COUTURE, "Sobre el precepto *nemo tenetur aedere contra se*" en *Estudios de derecho procesal civil*, Buenos Aires, Depalma, 1978, t. II), los ciudadanos no sabrían a qué leyes atenerse y no habría seguridad jurídica" (Maximiliano GARCÍA GRANDE, "Inaplicabilidad de las cargas probatorias", L.L. 2005-C-1082).

¹⁷ Así lo predica, por ejemplo, Omar Benaventos, conforme el siguiente párrafo de su ponencia presentada ante el XVIII Congreso Panamericano de Derecho Procesal: "**No cabe duda que deben quitarse a los jueces civiles los poderes de investigación y prueba oficiosa o libre manejo de las cargas probatorias.** Sólo procediendo de esta forma se eliminarán las antinomias de jueces probando oficiosamente en lo civil y jueces que no hacen lo propio en los procesos penales. Es que los argumentos para otorgar poderes probatorios oficiosos tienen que ser sustentables y nunca lo han sido. En este sentido, es casi caer en un lugar común afirmar que el objetivo de la jurisdicción es resolver los litigios (civiles o penales) en un tiempo 'razonable', accediendo a 'la verdad' y consagrando la 'justicia' del caso. Pero, a diferencia de los sistemas publicistas que se 'desinteresan' o tratan superficialmente la cuestión de la 'simetría probatoria' y no se aquejan por las potestades del juez para alterar el régimen de las cargas de la prueba entre ambos fueros, el garantismo se esfuerza por construir un nuevo y más sólido discurso jurídico en este punto. Así, sin olvidar que los conflictos civiles y penales tienen que solucionarse expeditivamente, no admite que el camino sea seguir transitando por la tortuosa senda trazada hasta hoy por la mayoría del procesalismo de la región. Insisto: el garantismo busca uniformar un ideario común en torno a los poderes de los jueces, limitándolos y aplicándolos con simétrica intensidad tanto en el proceso penal como en el proceso civil. Y si de buscar "simetrías" se trata: las hipótesis de trabajo, para lograr esta pretendida "alineación" serían solamente dos: -O se mantiene el sistema mixto (autoritario) para todos los códigos procesales civiles y penales (claro está, ahondando aún más los perjuicios provocados por esa ideología, en especial si tenemos en cuenta la firme doctrina judicial trasnacional que es moralmente vinculante para nuestros jueces que considera extendido a todos los fueros el estado de inocencia que goza el imputado en los procesos penales) -o bien dotamos a ambos procesos de un diseño (-garantista/acusatorio para el proceso penal y **plenamente dispositivo para el proceso civil-**)" (Arequipa, Perú, octubre de 2005, disponible en www.eldial.com).

¹⁸ Se ha dicho, en tal sentido, que el "**Primer reparo contra esta teoría: se resume en el siguiente argumento: la doctrina de las cargas probatorias dinámicas sólo puede aplicarse, en todo caso, en el derecho procesal civil.** En el derecho procesal penal a partir del 'estado de inocencia' del imputado esta propuesta deviene directamente inconstitucional (porque se alzan contra el mismo) y, de suyo, no ha tenido ni tendrá cabida... En el proceso penal el imputado, siguiendo la tesis de las cargas probatorias dinámicas, sería -de ordinario- quien se encuentra en la mejor situación para probar como ocurrieron los hechos del ilícito penal que se le imputa. Pero, a partir del principio constitucional que coloca a todo imputado de un delito en 'estado de inocencia' aquél que se lo imputa (sea el Estado por medio del Ministerio Público o un particular en los delitos de 'acción privada') debe siempre 'construir' la culpabilidad del imputado en un proceso. **Luego, la tesis de las cargas probatorias dinámicas queda sepultada en el proceso penal y jamás nadie ha tenido la osadía jurídica de hacerla valer en este fuero**" (Omar BENAVENTOS, "Visión crítica de las cargas probatorias dinámicas", ponencia presentada ante el XVIII Congreso Panamericano de Derecho Procesal, Arequipa, Perú - octubre de 2005, disponible en www.eldial.com).

¹⁹ "**Tengo para mí que cuando se enuncian tesis científicas (es una propuesta científica el dinamismo probatorio) estas tesis, deben ser válidas para ser aplicadas en todo tipo de procesos...** Me apresuro a anticiparme a los reparos que podrían deslizar los autores publicistas a la crítica antes expuesta: ¡claro que nadie ha pretendido que esta teoría se aplique al derecho procesal penal, puesto que en el proceso penal el imputado goza de un claro 'estado de inocencia'! Pues bien, esta imaginada réplica implicaría 'por contrario sensu', que es en el proceso civil -donde el demandado no gozaría de este estado- (¿) la teoría sí 'funciona' y, por lo tanto, aquí sí es aplicable... Pues bien, partir de la clara línea doctrinaria sentida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el sentido -insisto- que el estado de inocencia (entre otras garantías del debido proceso) se extiende **no sólo al proceso penal sino a todo tipo de litigios**, es obvio que para el proceso civil cabe -por idénticos motivos a los alega para el proceso penal- la inaplicabilidad de la teoría de las cargas probatorias puesto que toda vez que un demandado o imputado deba 'construir su estado de inocencia' tal criterio repugna, directamente, el orden constitucional y las garantías mínimas que un imputado o demandado goza en un proceso. Esto explica por que en las modernas codificaciones procesales penales de fines del siglo XX, y las que verán a luz en el siglo XXI, el sistema 'mixto' (variar la carga de la prueba y que fuera el imputado -que se presumía culpable- el que demostrara su inocencia) no tiene ya cabida. **La doctrina procesal más prestigiosa del continente logró la descalificación de ese hijo dilecto de la más rancia inquisición** (la que auspiciaba un juez que alterara el juego defensivo de las partes en un proceso según se libre criterio). **Luego de una titánica batalla, ha triunfado en el proceso penal la tesis garantista...** Pero extraña (¿o tendenciosamente?) los hacedores de los códigos procesales civiles Latino Americanos '**no acusaron recibo' del cambio ideológico que se viene operando en el proceso penal.** Es más: la codificación procesal civil, sostenida por importante doctrina y jurisprudencia continúa siendo 'congruente' con el ideario autoritario que todavía alimenta. Resultado: han mantenido férreamente la bondad -en esta área- de la libertad judicial en materia probatoria, y, como una de sus variantes, la libre alteración de las reglas de la carga de la prueba... ¿Cómo se ha caído en la esquizofrenia científica de vetar en el campo procesal penal poderes probatorios a los jueces y, a la par, ampliarlos cada vez más en el proceso civil? **Pues bien, quienes postulan un derecho procesal civil autoritario, con jueces inquisidores y 'buscadores de la verdad real' es obvio que no pueden dar una respuesta coherente a las flagrantes contradicciones que vengo señalando.** Luce directamente exótico que a los jueces penales no se los quiera investigando y probando de oficio (y tampoco alterando el régimen de la carga de la prueba) y a los jueces civiles -a la par- se les imponga el deber de investigar y probar oficiosamente o se admita que

varíen las reglas de la carga de la prueba establecidas por las leyes procesales” (Omar BENAVENTOS, “Visión crítica de las cargas probatorias dinámicas”, ponencia presentada ante el XVIII Congreso Panamericano de Derecho Procesal, Arequipa, Perú, octubre de 2005, disponible en www.eldial.com).

²⁰ “En los códigos procesales, **normas del preciosismo técnico** como contenida en el artículo 377 del Código de la Nación Argentina expresa con toda claridad: “cada una de las partes deberá probar el presupuesto de hecho de la norma o normas que invoquen como fundamento de su pretensión, defensa o excepción”. Sin duda, la claridad de esa regla sobre la carga de la prueba ha significado un extraordinario avance para ordenar la faena probatoria de las partes y una clara directiva emitida al juzgador. Es obvio que las partes deben saber de antemano a quién le incumbe la carga de la prueba de un hecho invocado en el proceso. La incertidumbre sobre quién recae esa carga de probar el hecho constitutivo de la pretensión o de la defensa que se esgrime en un litigio compromete gravemente el derecho de defensa en juicio. Sin embargo, ahora se propone, desde la línea doctrinaria que vengo criticando, la ‘libre interpretación judicial’ de esa clara y preciosa regla que distribuye la carga de la prueba entre los que hubieran invocado hechos favorables (constitutivos, extintivos, impeditivos o modificativos) como presupuesto de su pretensión o defensa. La idea de las “cargas probatorias dinámicas” es reemplazar esta concepción, insisto, **de impecable factura técnica y robusto sostén constitucional**, por un sistema mucho más voluble, contingente, e imprevisible para las partes” (Omar BENAVENTOS, “Visión crítica de las cargas probatorias dinámicas”, ponencia presentada ante el XVIII Congreso Panamericano de Derecho Procesal, Arequipa, Perú, octubre de 2005, disponible en www.eldial.com).

²¹ Jorge W. PEYRANO, Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Santa Fe. Análisis doctrinario y jurisprudencial, dirigido por el mismo y coordinado por Roberto A. Vázquez Ferreyra, Juris, Rosario, 1996, t. I, pág. 461.

²² “... h) a cada una de las partes respecto de los presupuestos de hecho de la norma jurídica que le es favorable (esta tesis ha sido recibida y es norma expresa en la mayoría de las legislaciones contemporáneas). En rigor de verdad, si se comprende sistémicamente su significado y no se la deforma para forzar su aplicación, **la norma que consagra esta teoría es más que suficiente para que todo el mundo sepa a que atenerse**. En general, nada de ello ha servido para hacer sencilla la regla de juzgamiento implícita en la determinación de la incumbencia de la carga de confirmar. Antes bien, todas las tesis reseñadas han sido desinterpretadas por la jurisprudencia, generando así algunas veces, un caos evidente que resulta imposible de soportar. **A mi juicio, la mejor forma de explicar el tema se ha logrado a partir de la aplicación de la pauta citada precedentemente en el punto h)**, generadora de reglas que cubren todos los supuestos fácticos susceptibles de ser esgrimidos en un proceso, dejando con ello definitivamente erradicada la posibilidad de emitir un pronunciamiento non liquet” (Adolfo ALVARADO VELLOSO, El debido proceso de la garantía constitucional, Zeus, Rosario, 2003, págs. 188/189. También en su Prólogo al libro de Maximiliano GARCÍA GRANDE, Las cargas probatorias... cit., pág. 14).

²³ Adolfo ALVARADO VELLOSO, su Prólogo al libro de Maximiliano GARCÍA GRANDE, Las cargas probatorias... cit., pág. 20, donde indica que “Sin embargo, actualmente tal doctrina (se refiere a la de las cargas probatorias dinámicas) ha ido mucho más lejos respecto de la vigencia de la carga de confirmar. Y es que, **so pretexto de que la justicia debe merecer un tratamiento más ágil y eficiente en esta época que ha dado en llamarse post modernista, algunos jueces con alma de pretores desean volver raudamente a las incertidumbres del pasado**. En esta tesitura, sin sentirse vinculados a un orden jurídico previo, creen que pueden cambiar las reglas procesales según sus propias opiniones -haciéndose eco de otros sistemas jurídicos no vigentes en nuestros países- y con olvido del claro mandato constitucional que establece la inviolabilidad de la defensa en juicio. Y así, han decidido dejar de lado las reglas normativas de la incumbencia probatoria recién explicadas, **variándolas en cada caso concreto** por la mera aplicación caprichosa de las antiguas reglas subjetivas de la facilidad o de la mejor posibilidad de probar. Con estos alcances es que se habla hoy de las cargas dinámicas probatorias que, más allá de las buenas intenciones que animan a sus sostenedores, no puedo compartir en tanto repugnan el texto expreso de la ley y, con ello, **se acercan peligrosamente al prevaricato**”. Y, luego de citar el mencionado art. 377 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, termina indicando que “Resulta ya claro que la tesis que acepta sin más la vigencia de las cargas probatorias dinámicas **no puede coexistir con la norma pretranscripta**, por cuya razón creo que no es menester insistir abundando en el tema. En definitiva: la ley -y sólo la ley, nunca la jurisprudencia- es la que regula todo lo referente a la incumbencia probatoria a fin de dar total y objetiva seguridad a la actividad que los jueces cumplen al sentenciar, evitando así que ellos puedan alterar las reglas del onus probandi a discreción y una vez que el pleito ha finalizado” (Adolfo ALVARADO VELLOSO, El debido proceso de la... cit., págs. 198/199).

²⁴ Adolfo ALVARADO VELLOSO, El debido proceso de la... cit., pág. 196, y también en su Prólogo al libro de Maximiliano GARCÍA GRANDE, Las cargas probatorias... cit., pág. 19.

²⁵ Adolfo ALVARADO VELLOSO, su Prólogo al libro de Maximiliano GARCÍA GRANDE, Las cargas probatorias... cit., pág. 14. *Ibidem*: Omar BENAVENTOS, “Visión crítica de las cargas probatorias dinámicas”, ponencia presentada ante el XVIII Congreso Panamericano de Derecho Procesal, Arequipa, Perú, octubre de 2005, disponible en www.eldial.com. *Ibidem*: Maximiliano GARCÍA GRANDE, “Inaplicabilidad de las cargas... cit., L.L. 2005-C-1082.

²⁶ Leo ROSEMBERG, La carga de la prueba, Buenos Aires, EJE, 1956, *passim*.

²⁷ Leo ROSEMBERG, ob. cit., págs. 84/85.

²⁸ A contrario de lo que sostuvo un novel autor (en ponencia que realizó siendo estudiante de derecho, pero que, no obstante ello recibió el espaldarazo de toda la doctrina “garantista” e, incluso, su publicación en la prestigiosa revista argentina La Ley -bajo el título “Inaplicabilidad de las cargas probatorias dinámicas”-). Me refiero a Maximiliano GARCÍA

GRANDE, “Cargas probatorias dinámicas: ni nuevas, ni argentinas, ni aplicables”, su ponencia en el VI Congreso Nacional de Derecho Procesal Garantista, que obtuvo el premio “Humberto Briseño Sierra” a la mejor ponencia.

²⁹ A los que Peyrano tilda de “*teóricos incapaces de percibir que las cosas han cambiado*” (Jorge W. PEYRANO, “Otra entronización legal de las cargas probatorias dinámicas: el novísimo Código Procesal Civil Correntino”, E.D. 187-1525).

³⁰ Coincidimos así con respetable doctrina que ha indicado que “*No obstante su apariencia, críticas de esa clase son -a mi juicio- sustancialmente infundadas, y sólo puedan alzarse con éxito frente a una exposición o comprensión demasiado simplificada de las líneas doctrinarias que intentan descalificar*” (Hugo ACCIARRI, “Distribución eficiente de cargas probatorias y responsabilidades contractuales”, L.L. 2001-B-663 y ss.).

CARGAS PROBATORIAS DINÁMICAS

por EDUARDO TERRASA

I

Conviene dejar establecido, desde el comienzo, que cuando hablamos de la “regla de la carga de la prueba” hacemos referencia a una directiva para el juzgador, a un *criterio vinculante de decisión* que le indica cuál debe ser el contenido de su sentencia en el caso de que la falta o la insuficiencia de prueba dejara *incierto el hecho jurídicamente relevante* controvertido en el proceso.

Es preciso señalar también que cuando no hay pruebas que confirmen un enunciado fáctico discutido (por ejemplo, la afirmación contenida en la demanda de que el demandado recibió del actor una determinada cantidad de dinero en préstamo, negada por el primero), ese enunciado no puede considerarse “verdadero”¹, aunque por ello tampoco puede considerarse “falso”², salvo -claro está- que resultara probada la hipótesis contraria o una hipótesis incompatible con él³. En realidad, lo que se produce en el caso de falta de pruebas es una situación de *incertidumbre* acerca de la existencia del hecho⁴.

El problema que ahora nos convoca consiste en determinar, precisamente, cómo debe resolver el juez en el supuesto en que la falta de pruebas deja incierta la hipótesis sobre un hecho jurídicamente relevante, siempre teniendo en cuenta que el ordenamiento normativo veda al juez la posibilidad de pronunciar un *non liquet*.

Esta necesidad *jurídica* de resolver en cualquier caso (háyase o no alcanzado convicción sobre el hecho) nos muestra, por lo pronto, una diferencia con los contextos científicos. En éstos, señalan Alchourrón y Bulygin, “*todo medio de prueba disponible y conducente a la determinación de la verdad es admisible en cualquier momento y nadie está provisto de autoridad de decidir que un enunciado ha sido probado. Por eso es que el problema de la verdad empírica es siempre considerado en la ciencia como una cuestión esencialmente abierta*”⁵.

En el proceso, en cambio, además de las reglas que indican qué pruebas son admisibles y cuáles no, de las reglas que determinan los criterios para valorar la prueba, y de muchas otras más que condicionan el conocimiento de los hechos, rigen importantes limitaciones temporales: hay reglas que fijan el momento en que el juez debe poner fin a la discusión y otras que directamente le imponen el deber de fallar en un cierto plazo.

La diferencia ha sido atribuida a que la ciencia está casi exclusivamente interesada en establecer la verdad, en tanto que el derecho está interesado primordialmente en solucionar conflictos⁶. Contrariamente a lo que sucede en la investigación científica, la determinación de la verdad en el proceso no es un problema abierto, y la imposibilidad de alcanzar la verdad sobre los hechos controvertidos no obsta a la solución jurídica del conflicto, que el juez de todos modos debe imponer mediante una decisión revestida de autoridad⁷.

Con esto no queremos decir que el proceso nada tiene que ver con la determinación de la verdad empírica; si así lo entendiésemos perderíamos de vista un aspecto de capital importancia: que los jueces resuelven conflictos mediante normas generales y que la aplicación de tales normas a casos particulares lleva a que frecuentemente se busque establecer la “verdad” de ciertos enunciados fácticos⁸. Aunque se trata inevitablemente de una verdad relativa y ligada al contexto en que es establecida⁹.

Por otra parte, en el ámbito del proceso y de la decisión judicial no se puede hablar de “hechos” separándolos completamente del derecho que se conjetura aplicable. El contenido de las normas jurídicas aplicables -escribe Alf Ross- es el que “*determina cuáles son los hechos relevantes para*

la decisión”¹⁰. En otros términos, es la norma jurídica la que funciona como criterio de selección, en el sentido de individualizar entre los infinitos sucesos del mundo real aquellos que asumen relevancia específica para su aplicación¹¹.

No olvidemos que las normas jurídicas -o al menos gran parte de ellas- pueden ser caracterizadas como hipotéticas, ya que prescriben que si se dan ciertos *hechos condicionantes*, se deben seguir entonces determinadas *consecuencias normativas*. Se entiende que las normas tienen esta estructura: **Si es H** (supuesto de hecho), **entonces debe ser C** (consecuencia jurídica)¹².

Si ello es así, le asiste razón a Rosenberg cuando afirma que el juez “*sólo puede aplicar un precepto jurídico, esto es, declarar que se haya producido su efecto, cuando ha logrado convencerse de la existencia de las circunstancias que constituyen los presupuestos del precepto*”¹³. Únicamente acotaríamos que la consecuencia jurídica debe también actualizarse cuando el *hecho condicionante* de la norma quedara formalmente “fijado” por efecto de otras normas legales¹⁴.

Podríamos imaginar, por ejemplo, una norma N que dijera así: *Quien recibió dinero en préstamo está obligado a devolverlo al prestamista*.

Según esa norma N, *sólo si* resultara confirmada la afirmación -controvertida- de que el demandado recibió del actor la suma de \$ 100 bajo la promesa de devolvérsela, el juez podría válidamente declarar que se ha producido la consecuencia jurídica prevista en dicha norma y que, por ende, el demandado está obligado a restituir ese importe. En ese caso, la decisión del juez de declarar producida la consecuencia normativa estaría jurídicamente justificada.

En efecto, en tal hipótesis, el razonamiento del juez podría ser reconstruido como una inferencia lógica en la que la premisa mayor es la norma completa que asigna una consecuencia jurídica (C) a un supuesto de hecho (H), y la premisa menor el enunciado resultante de un razonamiento (“subsunción”), según el cual el hecho individual controvertido en el proceso (*h*) constituye un caso particular del supuesto de hecho legal (H). La conclusión, finalmente, nos dirá que para ese hecho individual (*h*) vale la consecuencia jurídica (C)¹⁵.

(1) H C

(2) *h* es un caso de H

(3) *h* C

Esto no significa, obviamente, que la decisión judicial se deduzca efectivamente de las premisas; la decisión es un acto de voluntad y como tal no está determinado por la lógica. En palabras de Neil MacCormick, “decidir no es deducir”. Lo que simplemente se ha querido señalar con ese esquema lógico es que, una vez adoptada la decisión por el juez, es posible mostrar si esa decisión está justificada por las premisas del argumento¹⁶. Y aunque sea verdad que para establecer las premisas se deba recurrir a interpretaciones, decisiones y valoraciones, “*el razonamiento, es decir, el paso que conduce de las premisas a la conclusión, es -o más bien puede ser reconstruido como- una inferencia deductiva*”¹⁷.

Se podrá objetar que el esquema de justificación expuesto es una simplificación que no toma en cuenta, por ejemplo, los distintos tipos de normas y la vinculación que se da entre ellas¹⁸, o que habitualmente los supuestos de hecho tienen un estructura más complicada¹⁹; que tampoco considera que el pronunciamiento relativo a las consecuencias jurídicas es mucho más complejo que el representado en ese esquema²⁰. Pero esas objeciones no son relevantes aquí, pues lo que se trata de mostrar con él, y en ello radica su utilidad, es que cada vez que una norma hace depender una consecuencia jurídica de una premisa fáctica, ella no se aplica correctamente si no se probaron -o quedaron “fijadas” por efecto de específicas previsiones legales- las circunstancias concretas que integran el supuesto de hecho abstracto de esa norma que el juez considera aplicable²¹.

II

El problema de la carga de la prueba está íntimamente vinculado con la cuestión a que acabamos de hacer referencia. Se puede presentar en cualquier procedimiento cuyo objeto sea una decisión que aplique una norma general a un caso particular, pues de permanecer la *incertidumbre sobre los hechos concretos alegados* (incertidumbre que -como veremos seguidamente- obstará a que esos hechos puedan ser “subsumidos” en la norma aplicable), el juez -que no puede dejar de fallar- necesitará saber cuál es la solución que se deriva del ordenamiento jurídico para esa hipótesis, y a tal solución podrá llegar, justamente, a través de la regla relativa a la carga de la prueba. Por tal razón, señala Rosenberg, no es la presión ejercida sobre la actividad procesal de las partes lo que constituye el punto esencial de la carga de la prueba, sino la instrucción dada al juez sobre el contenido de la sentencia que debe emitir en caso de no probarse una afirmación de hecho relevante²². A su juicio, la norma jurídica deja de aplicarse no sólo cuando el juez está convencido de la *no-existencia* de sus presupuestos, sino también cuando le han quedado *dudas* acerca de su existencia. “*Los inconvenientes de esta incertidumbre -agrega- recaen sobre la parte cuyo triunfo en el proceso depende de la aplicación de la norma jurídica en cuestión. De este modo obtenemos el principio de la carga de la prueba: aquella parte cuya petición procesal no puede tener éxito sin la aplicación de un determinado precepto jurídico, soporta la carga de la prueba con respecto a que las características del precepto se dan en el acontecimiento real, o -dicho más brevemente- soporta la carga de la prueba respecto de los presupuestos del precepto jurídico aplicable. Soporta esta carga, porque en caso de no demostrarse la existencia de esas características no se aplica el precepto jurídico favorable a la parte y se imputa a ésta la incertidumbre relativa a los hechos*”²³.

Recordemos que el juez resuelve casos individuales mediante la aplicación de normas generales²⁴, y que uno de los problemas centrales de la metodología jurídica es el concerniente a la *clasificación del caso individual*, es decir, a su ubicación dentro de los términos generales de la norma, problema que se designa en el ámbito del derecho con el nombre de “subsunción”²⁵. Según Alchourrón y Bulygin²⁶, las dificultades de clasificación o subsunción de un caso individual pueden originarse en dos fuentes distintas. La primera es la *falta de información acerca de los hechos del caso*: ignoramos si un hecho concreto (caso individual) pertenece o no a una clase (caso genérico) porque carecemos de la información fáctica necesaria; hay, por ejemplo, algunos aspectos del hecho que desconocemos y esa falta de conocimiento es lo que provoca la imposibilidad de clasificar el caso. La segunda dificultad tiene su origen en la *indeterminación semántica* o vaguedad de los términos generales empleados por la norma (problemas de penumbra). En esta ocasión nos interesa la primera de esas dificultades, pues el problema de la carga de la prueba aparece únicamente cuando aquélla se produce²⁷.

Los autores en general están de acuerdo en que se trata de una *regla de juicio*; algunos, más específicamente, consideran a la regla de la carga de la prueba como un *criterio jurídico de decisión*²⁸. Por nuestra parte, y conforme a lo ya anticipado, no tenemos duda de que es por exigencias propias del derecho -y no de la lógica- que urge adoptar una decisión sobre el fondo, aun cuando el juez no hubiera alcanzado convicción sobre los hechos²⁹. Sin embargo, nos parece que el contenido de la decisión que debe emitir el juez en tal supuesto (pronunciarse en contra de la pretensión basada en una norma de la que no se probó el hecho condicionante) responde también a un *criterio lógico de decisión*.

Cuando existe incertidumbre acerca de un hecho jurídicamente relevante, la regla de la carga de la prueba³⁰ funciona como una *directiva auxiliar* que le indica al juez la solución que el ordenamiento jurídico prevé *implícita* o *mediatamente* para ese caso. Con ello se descarta que el juez tenga el poder de elegir discrecionalmente el contenido de su decisión cuando se encuentra en

esa situación de duda, pues no está ante una laguna normativa ³¹. La elección de la norma que regula el caso, su interpretación y la eventual integración de una laguna normativa son cuestiones previas y distintas a la que se genera como consecuencia de la falta o insuficiencia de prueba. Únicamente a partir de que el juez haya establecido cuál es la norma que rige el caso que se discute en el proceso, podrá entrar a considerar si se presenta el problema de la carga de la prueba.

Por otra parte, la circunstancia de que una misma conducta pueda realizar el supuesto de hecho de diferentes normas jurídicas que sean aplicables conjuntamente, como podría ocurrir, por ejemplo, en los casos de lesión de contrato y de acto ilícito, para los cuales la consecuencia jurídica es la misma (el nacimiento de la obligación de indemnizar los daños), no altera lo que se ha venido sosteniendo hasta ahora, habida cuenta de que, para que cualquiera de esas normas pueda aplicarse, será necesario establecer si se han confirmado los hechos concretos que integran el supuesto fáctico de la respectiva norma ³², hechos que, además, deben haber sido previamente afirmados por la parte. Es cierto que si no se ha llenado el supuesto de hecho de una determinada norma, no se seguirá necesariamente la negación de su consecuencia jurídica, ya que ésta, posiblemente, se base en otro supuesto de hecho ³³. Sin embargo, toda vez que se interprete que el supuesto de hecho es *condición necesaria* de la consecuencia jurídica que el litigante persigue en el proceso, será legítimo concluir, por argumento a contrario, que esa consecuencia jurídica no ha de tener lugar entonces cuando no se ha llenado ese supuesto de hecho ³⁴. En este caso, por tanto, una decisión judicial que igualmente declarase que se ha producido el efecto jurídico buscado, no estaría racionalmente justificada ³⁵.

Las razones expuestas nos inclinan a pensar que la regla de la carga de la prueba se parece más a una deducción, a una conclusión que se saca de normas preexistentes, que a una norma jurídica positiva ³⁶. Por eso mismo, la circunstancia de que el Código Procesal Civil y Comercial de Santa Fe no contenga una disposición expresa sobre ella, como la del art. 377 C.P.C.C.N. ³⁷, es absolutamente irrelevante y de ningún modo autoriza a sostener que el mencionado criterio de decisión pueda ser válidamente dejado de lado por nuestros jueces provinciales. En concreto, una sentencia judicial que no tuviera en cuenta esa pauta sería indudablemente una decisión *contra legem*, aunque no ya por desconocimiento de la “disposición legal” relativa a la distribución general del *onus probandi*, que -como dijimos- no ha sido formulada como tal en nuestro ordenamiento procesal, sino, más sencillamente, porque esa hipotética decisión terminaría en definitiva vulnerando la norma jurídica que regula la relación en litigio. En el ejemplo que pusimos antes, la norma N relativa al contrato de mutuo.

De todas maneras, y más allá de la concepción que se tenga al respecto, parece indudable que la regla de la carga de la prueba funciona como respaldo de la legalidad vigente y, al mismo tiempo, como garantía para las partes (para ambas partes, actora y demandada) de que el juez no declarará producida la consecuencia establecida por la norma en cuestión, irrumpiendo así en la esfera de libertad del sujeto que resultará afectado por esa decisión, si en el proceso no se ha determinado el hecho condicionante de tal norma. Esta función, por lo demás, encuentra sustento normativo en el art. 19 de nuestra Constitución, en la parte que establece que *nadie puede ser obligado a hacer lo que la ley no manda, ni privado de lo que ella no prohíbe* ³⁸.

Por todo ello, resulta incontestable que la carga de la prueba no debe ser distribuida por el juez conforme con las circunstancias particulares del proceso singular ³⁹, ni atendiendo concretamente a “la mejor situación en que se encuentre la parte para producir la prueba”, ni a “la disponibilidad de los medios probatorios a su alcance” como lo propone la “doctrina de las cargas probatorias dinámicas”, sino -como lo entendía Rosenberg- en función de la norma abstracta del derecho aplicable ⁴⁰.

Con lo dicho no negamos en absoluto que “la mayor facilidad probatoria” o “la disponibilidad de los medios de prueba” sean circunstancias que deba tomar en consideración *el legislador* a la hora de regular un caso genérico determinado, y en función de ellas configurar el supuesto de hecho

de la norma o establecer, por ejemplo, una presunción legal relativa. Lo que no aceptamos es que se las considere el fundamento último de la distribución de la carga de la prueba y, mucho menos, que ellas puedan ser invocadas por *el juez* en el caso concreto para desconocer la solución que el ordenamiento normativo prevé.

Por qué se prefiere la versión negativa del demandado por sobre la versión positiva del actor, en caso de que no se produjera ninguna prueba significativa, es una pregunta que no puede ser respondida adecuadamente si se toman en cuenta únicamente los aspectos fácticos del problema, esto es, si se prescinde del derecho aplicable. El rechazo de la pretensión del actor, en ese caso, no se debería a que “la mayor facilidad probatoria le corresponde a quien asevera y no a quien niega”, ni tampoco a que “*quien alega un hecho en juicio es porque -según el orden normal y corriente de las cosas- ya ha preconstituido prueba de su existencia o al menos tiene la convicción de poder obtenerla sin dificultades*”, como sostiene Jorge W. Peyrano ⁴¹. Tales circunstancias sólo podrían ser consideradas, juntamente con otros argumentos prácticos, si la decisión del juez no estuviera determinada por normas generales, si el juez no estuviera sujeto a una regulación preestablecida, pero de ningún modo en un sistema como el que nos rige, en el que impera el principio de legalidad. En definitiva, el rechazo de la pretensión del actor en ese caso se debería fundamentalmente a que no resultó probado el *hecho condicionante* de la norma cuya *consecuencia* hizo valer en el proceso

⁴².

III

Algunas consideraciones adicionales pueden ayudar a clarificar el problema:

1) La regla de la carga de la prueba no tiene por objeto *determinar la “existencia” jurídica de los hechos*.

No se trata de una regla de prueba, por cuanto no “fija” el fundamento de hecho de la decisión. Con ella, por tanto, no se disipa la incertidumbre fáctica, ni siquiera a través de una *reconstrucción legal del hecho*, como ocurre con la prueba tasada ⁴³, sino que, por el contrario, se obtiene un pronunciamiento sobre el mérito *a pesar de esa incertidumbre*.

La resolución que resulta de la aplicación de la regla de la carga de la prueba es, por eso mismo, una decisión “sin verdad”, por cuanto en el proceso no llegó a confirmarse ni la “verdad” ni la “falsedad” del hecho jurídicamente relevante. Aunque, como hemos visto, no por ello deja de ser una decisión racional que respeta la norma abstracta del derecho aplicable ⁴⁴.

Nos sorprende, por tal razón, que algunos partidarios de la “doctrina de las cargas probatorias dinámicas” y ciertos precedentes judiciales hayan relacionado “la redistribución (en rigor, la inversión) del *onus probandi*” con la finalidad de “esclarecer la verdad jurídica objetiva” o de “alcanzar la verdad real”, pues lo cierto es que la resolución que se adoptara siguiendo a esa doctrina seguiría siendo de todas maneras y *necesariamente, por definición*, una decisión “sin verdad”, pues -como es sabido- sólo se acude a la carga de la prueba, cuando no hay prueba o ella es insuficiente.

Y si hipotéticamente se admitiese que como consecuencia de la aplicación de la “doctrina de las cargas probatorias dinámicas” se incorporan elementos de conocimiento capaces de confirmar el hecho controvertido, entonces no habría incertidumbre respecto de ese hecho y, por lo mismo, sería del todo innecesario determinar sobre quién pesaba la carga de la prueba.

2) Atendiendo a que la cuestión que nos ocupa surge únicamente en el caso de que la valoración de la prueba hubiera concluido negativamente ⁴⁵, es decir, cuando el resultado de esa actividad fuese la duda, es necesario distinguir, por tanto, la *fase de valoración de la prueba* de la *fase de asignación de las consecuencias de la falta de prueba* ⁴⁶, ya que esta última es *lógicamente posterior* a la primera.

El grado de confirmación de una hipótesis se establece en oportunidad de valorar la prueba. El problema que debe resolver el juez en esa etapa es si la hipótesis sobre el hecho tiene un grado de confirmación adecuado que permita asumirla como descripción aceptable del hecho. Puede ocurrir, por ejemplo, que existan dos hipótesis contradictorias sobre un mismo hecho, una que lo afirma y otra que lo niega. Pensemos en el caso, frecuente en la práctica, de que el actor afirme un determinado hecho y el demandado se limite a negarlo. Puede suceder también que ambas hipótesis hayan obtenido grados de confirmación, pero muy bajos, inferiores al límite mínimo de la probabilidad. En tal caso, el juez debe tomar una decisión, y si considera que ninguna de las hipótesis resultó probada, recién a partir de esa decisión podrá acudir a la regla de la carga de la prueba.

La determinación de quién debe cargar con las consecuencias de la falta de prueba no es entonces una cuestión que verse sobre la valoración de la prueba, sino que es lógicamente posterior a ella y se refiere a un problema distinto, cual es la relación entre el *hecho concreto afirmado en el juicio* y el *supuesto de hecho abstracto de la norma* que se conjetura aplicable. Como ya vimos, la aludida regla de juicio sólo entra en juego cuando por falta de información acerca de ese hecho concreto no puede llevarse a cabo la “subsunción”.

IV

La “doctrina de las cargas probatorias dinámicas” puede también ser objeto de otras críticas, algunas de las cuales enunciaremos aquí muy brevemente ⁴⁷:

1) Se ha dicho que la aplicación de esa doctrina importa variar las reglas de juego a las que se ajustaron los contendientes durante el proceso ¡después que el juego terminó!, ya que esa alteración del *onus probandi* tiene lugar recién al momento de sentenciar, es decir, cuando el proceso ha concluido ⁴⁸.

La objeción no es menor pues en tal caso resulta afectado el principio de contradicción, entendido como “*garantía procedimental previa a la decisión, es decir, como posibilidad para las partes de intervenir y defenderse preventivamente sobre todos los aspectos de la controversia que resultan de alguna forma relevantes para la decisión*” ⁴⁹.

2) La aplicación de la “doctrina de las cargas probatorias dinámicas” no sólo impide que las partes ejerzan el denominado control *ex ante*, por no mediar contradicción entre ellas respecto de las circunstancias invocadas para alterar el *onus probandi*, sino que, además, restringe la posibilidad del control *ex post* que las partes realizan a través de la motivación de la sentencia.

Decimos esto último por cuanto nos parece que la invocación por el juez de “la mayor facilidad probatoria”, de “la disponibilidad de los medios de prueba” o de otra fórmula similar, como razones para alterar la carga de la prueba y, por esa vía, fundamentalmente, invertir el sentido de la decisión, podría fácilmente encubrir una “reducción” o “rebaja” en la necesidad de motivar y ser utilizada como la “cobertura argumental” de lo que en realidad, y en el mejor de los casos, sería la pura intuición subjetiva del juzgador.

3) Por último, tampoco parece pertinente relacionar la distribución del *onus probandi* con el denominado “principio de colaboración procesal”, con el cual -según sus partidarios- se busca impedir que uno de los litigantes adquiera beneficios como consecuencia de una actividad desleal, aprovechando la situación de desventaja para probar en qué se encuentra su adversario ⁵⁰.

El “principio” así concebido ha sido objeto de fundadas críticas, aunque aquí sólo nos ocuparemos de cuestionar su alegada *función moderadora de la carga de la prueba*, valiéndonos de la siguiente disyuntiva: 1) O bien la falta de colaboración de la parte suministra elementos que permiten “fijar” el hecho controvertido (por medio de inferencias -prueba indirecta- o por efecto de la aplicación de otras disposiciones legales ⁵¹), y en tal caso es irrelevante entrar a considerar el

problema de la carga de la prueba; 2) O bien esa conducta de la parte no hace posible alcanzar esa confirmación, y en este caso -siempre que el hecho controvertido no resulte probado de otro modo- será obligatorio acudir a la regla de la carga de la prueba. En esta última hipótesis, si el juez no procediese así y alegando el “principio de colaboración procesal” dejara de lado esa regla de juicio, estaría indudablemente -como ya vimos- violando la norma jurídica positiva que regula la relación en litigio, y esa decisión *contra legem* no tendría otro “fundamento” que el de ser una sanción al litigante que no ha sido solidario, algo que, desde todo punto de vista, parece inaceptable.

NOTAS

¹ Cuando decimos que un enunciado fáctico es “verdadero” sólo queremos significar con ello que tiene un grado de confirmación adecuado sobre la base de las pruebas rendidas en el proceso. No se trata de la determinación de ninguna verdad absoluta, ni de alcanzar tampoco una certeza total e incontestable.

² Leo ROSENBERG, *La carga de la prueba*, traducción de la tercera edición alemana a cargo de Ernesto Krotoschin, 1956, Buenos Aires, Editorial B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2ª edición, impreso en Argentina en octubre de 2002, págs. 29/31. Según este autor, no es acertada la doctrina sostenida frecuentemente conforme a la cual debe considerarse como falsa una afirmación de cuya verdad no está convencido el juez. “*Se trata de un error -expresa- que tiene su origen en la insuficiente separación de la propia relación jurídica y de sus fundamentos reales. Indudablemente, el juez no puede negar su decisión porque la situación de hecho no esté suficientemente aclarada. Debe fallar siempre. Pero para esto no hace falta una comprobación positiva de la verdad o falsedad de la afirmación discutida*” (op. cit., págs. 29/30 y nota 7).

³ Pero ese caso ya no nos interesa, pues al no haber incertidumbre sobre el hecho, no será de aplicación la regla de la carga de la prueba.

⁴ Conf. Michele TARUFFO, *La prueba de los hechos*, traducción de Jordi Ferrer Beltrán, 2003, Madrid, Trotta, págs. 246/248. Según el autor, “*la falta de elementos de prueba no produce elemento alguno de conocimiento acerca del fundamento de la hipótesis y, por tanto, no permite siquiera decir que ésta es falsa*” (op. cit., pág. 246).

⁵ Carlos E. ALCHOURRÓN y Eugenio BULYGIN, *Los límites de la lógica y el razonamiento jurídico*, en Carlos E. ALCHOURRÓN y Eugenio, BULYGIN, *Análisis lógico y derecho*, 1991, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, pág. 312.

⁶ *Ibidem*.

⁷ Conf. Marina GASCÓN ABELLÁN, *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*, 2004, Madrid, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, págs. 119/120.

⁸ Conf. ALCHOURRÓN y BULYGIN, *Los límites de la lógica...* cit., pág. 312.

⁹ TARUFFO, ob. cit., pág. 79.

¹⁰ Alf ROSS, *Sobre el derecho y la justicia*, traducción de Genaro R. Carrió, 5ª ed., 1994, Buenos Aires, Eudeba, pág. 209. Los hechos relevantes para la decisión son, para el autor, los denominados *hechos operativos*.

¹¹ TARUFFO, ob. cit., pág. 97. Conf. Karl LARENZ, *Metodología de la ciencia del derecho*, traducción de Marcelino Rodríguez Molinero, 1980, Barcelona, Ariel, pág. 272 y ss., quien analiza el problema desde una perspectiva hermenéutica.

¹² Conf. Karl LARENZ, *Metodología de la ciencia...* cit., págs. 242/248.

¹³ ROSENBERG, ob. cit., pág. 27. En sentido similar se expide Taruffo, para quien “*ninguna norma puede ser correctamente aplicada si no es cuando se haya establecido H*” (op. cit., pág. 67).

¹⁴ Con ello quedarían comprendidos los casos de prueba tasada y también aquellos en los que el hecho condicionante de la norma en cuestión estuviera favorecido por una presunción legal contemplada por otra norma (Francesco CARNELUTTI, *La prova civile*, 1992, Milán, Giuffrè, *passim*; Juan MONTERO AROCA, *La prueba en el proceso civil*, 1996, Madrid, Civitas, págs. 30/31).

¹⁵ LARENZ, *Metodología de la ciencia...* cit., pág. 265. Conf. también GASCÓN ABELLÁN, ob. cit., pág. 73.

¹⁶ ALCHOURRÓN y BULYGIN, *Los límites de la lógica...* cit., págs. 303/304.

¹⁷ *Ibidem*, pág. 304. Por las razones indicadas en el texto, para Alchourrón y Bulygin, las objeciones corrientes, que tratan de mostrar que el razonamiento jurídico no es una inferencia deductiva porque entraña ciertas operaciones que no son lógicas, no son pertinentes. Conf. también Juan Antonio GARCÍA AMADO, “La teoría de la argumentación jurídica: logros y carencias”, en *Cuadernos del Centro de Estudios e Investigaciones en Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la U.N.R., Derechos Humanos I*, 2001, Rosario, Juris, págs. 179/180.

¹⁸ Conf. LARENZ, *Metodología de la ciencia...* cit., págs. 249/253; TARUFFO, ob. cit., pág. 67.

¹⁹ Robert ALEXY, *Teoría de la argumentación jurídica*, traducción de Manuel Atienza e Isabel Espejo, 1997, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, pág. 219.

²⁰ LARENZ, *Metodología de la ciencia...* cit., pág. 270; TARUFFO, ob. cit., pág. 67.

²¹ Conf. ROSENBERG, ob. cit., pág. 27; TARUFFO, ob. cit., pág. 67. Según este autor, parece “*intuitivo que la norma sería aplicada injustamente, y sería, pues, violada, si las consecuencias que prevé se adjudicaran en un caso en el que el hecho condicionante no se hubiera producido*”.

²² ROSENBERG, op. cit., pág. 100. La relevancia del hecho -reiteramos- está determinada por las normas.

²³ *Ibidem*, pág. 27. Dice también ROSENBERG: “*La sentencia del juez se pronunciará en tal caso necesariamente en contra de la parte; no porque ella soporta la carga de la prueba, sino al revés: decimos que la carga de la prueba incumbe a la parte porque en caso de incertidumbre sobre una característica definidora del precepto legal debe decidirse en perjuicio de esa parte. Sólo al apreciar adecuadamente esta relación de causa y efecto, se comprenderá la coherencia de nuestro problema con la doctrina de la aplicación del derecho y se reconocerá la exactitud de nuestro punto de partida*” (op. cit., págs. 27/28).

²⁴ “*El legislador no dicta normas para cada caso individual (lo cual sería ciertamente imposible, aparte de que en tal situación dejaría de actuar como legislador); su función consiste en la creación de normas generales, mediante las cuales soluciona casos genéricos*” (Carlos E. ALCHOURRÓN y Eugenio BULYGIN, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, 1975, Buenos Aires, Astrea, 3ª reimp., 1998, pág. 60).

²⁵ *Ibidem*, pág. 61. Según Karl Larenz, “*en lugar del proceso de subsunción, se debiera hablar de la integración del hecho en el supuesto de hecho de la norma jurídica*”, aunque puntualiza que ello “*no equivale a negar que los silogismos de subsunción jueguen un papel importante en la aplicación de las normas jurídicas*” (op. cit., pág. 269).

²⁶ ALCHOURRÓN y BULYGIN, *Introducción a la metodología de las ciencias...* cit., pág. 61.

²⁷ *Ibidem*, págs. 61/64. A la falta de conocimiento fáctico, estos autores la denominan *laguna de conocimiento*, indicando con ello que se trata de un problema empírico que no debe confundirse con el de las lagunas normativas, que es de índole conceptual (lógico) (op. cit., pág. 63). En un trabajo más reciente, a los dos tipos de problemas señalados los denominan, respectivamente, “*subsunción individual*” y “*subsunción genérica*” (conf. *Los límites de la lógica...* cit., págs. 308/309).

²⁸ TARUFFO, ob. cit., págs. 247/248, 252. Según Marina Gascón Abellán, las reglas sobre la carga de la prueba proporcionan al juez el *criterio* normativo para decidir cuando no alcance convicción sobre los hechos alegados por las partes (op. cit., pág. 187).

²⁹ Si no existiera esa necesidad jurídica de resolver definitivamente el conflicto por medio de una decisión revestida de autoridad, más razonable sería en verdad dejar las cosas como están y no decidir nada. Por eso es que decimos que el deber de fallar no obstante la incertidumbre acerca de los hechos no es una exigencia que deriva de la lógica.

³⁰ Siempre refiriéndonos con esa expresión en singular a la directiva básica, a lo que Rosenberg denominó el *principio de la carga de la prueba* (op. cit., págs. 27 y 142). Ello no descarta, obviamente, la existencia de normas jurídicas específicas que regulen la distribución del *onus probandi* en situaciones particulares.

³¹ Sino frente a una *laguna de conocimiento*, según la distinción que se expusiera más arriba, en particular, nota 27.

³² LARENZ, *Metodología de la ciencia...* cit., pág. 266.

³³ *Ibidem*, p. 267. “*Para la solución de un ‘caso jurídico’ se sigue de aquí -escribe Larenz- la necesidad de examinar las normas jurídicas que, según él, entran realmente en consideración para su supuesto de hecho*”. Aunque ello debe ser compatibilizado con los principios y las reglas que rigen el proceso, en particular la de congruencia.

³⁴ Conf. Ulrich KLUG, *Lógica jurídica*, traducción de la cuarta edición alemana a cargo de Juan Carlos Gardella, 1990, Bogotá, Temis, pág. 182 y ss.; Luigi FERRAJOLI, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, traducción de Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillos Basoco y Rocío Cantarero Bandrés, 1995, Madrid, Trotta, pág. 368; Juan Antonio GARCÍA AMADO, “*Sobre el argumento a contrario en la aplicación del derecho*”, *Doxa*, N° 24-2001, *passim*.

³⁵ Y sería en verdad una decisión *contra legem*.

³⁶ Conf. ROSENBERG, ob. cit., págs. 144/145.

³⁷ El art. 377 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación dispone en su segundo párrafo: “*Cada una de las partes deberá probar el presupuesto de hecho de la norma o normas que invocare como fundamento de su pretensión, defensa o excepción*”.

³⁸ Recordemos que en virtud del principio de legalidad, todo poder público -legislativo, judicial o administrativo- está subordinado a leyes generales y abstractas que disciplinan su forma de ejercicio (Luigi FERRAJOLI, ob. cit., pág. 856).

³⁹ ROSENBERG, ob. cit., pág. 142.

⁴⁰ *Ibidem*, pág. 142.

⁴¹ Jorge W. PEYRANO, “Carga de la prueba. Las razones de ser que explican el reparto de esfuerzos probatorios: la mayor facilidad probatoria y la disponibilidad de los medios probatorios”, en *Jurisprudencia Santafesina* N° 75, págs. 192/197.

⁴² ROSENBERG, ob. cit., pág. 142.

⁴³ La prueba legal o tasada realiza una *reconstrucción legal del hecho*, que viene a sustituir a la reconstrucción histórica, mientras que la regla de la carga de la prueba impone juzgar en determinado sentido cuando la reconstrucción del hecho no se haya alcanzado (Gian Antonio MICHELLI, *La carga de la prueba*, traducción de Santiago Sentís Melendo, 2004, Bogotá, Temis, pág. 173).

⁴⁴ Conf. ROSENBERG, ob. cit., pág. 18.

⁴⁵ Conf. Gian Antonio MICHELLI, ob. cit., pág. 171.

⁴⁶ *Ibidem*, pág. 274.

⁴⁷ Una crítica muy seria y profunda de esta doctrina ha sido realizada por Maximiliano GARCÍA GRANDE, en su libro titulado *Las cargas probatorias dinámicas. Inaplicabilidad*, publicado por Editorial Juris (2005, Rosario).

⁴⁸ Adolfo ALVARADO VELLOSO, *Presentación* en Maximiliano GARCÍA GRANDE, op. cit., pág. 21.

⁴⁹ TARUFFO, ob. cit., pág. 431.

⁵⁰ OTEIZA, “El principio de colaboración y los hechos como objeto de la prueba. *O probare o soccombere*. ¿Es posible plantear un dilema absoluto?”, en Augusto M. MORELLO, *Los hechos en el proceso civil*, 2003, Buenos Aires, La Ley, pág. 79 y ss..

⁵¹ Por ejemplo, el art. 196 del Código Procesal Civil de Santa Fe dispone que cuando el litigante niegue sin motivo justificado la cooperación ordenada por el juez para la realización de la prueba pericial, podrá estarse a las afirmaciones de la parte contraria sobre el punto en cuestión.

LAS MEDIDAS AUTOSATISFACTIVAS

CRÍTICA A LAS MEDIDAS AUTOSATISFACTIVAS

por TRISTÁN GARCÍA MONTAÑO

Sumario: I. Introducción. II. Tutela inmediata y medidas autosatisfactivas: diferencias y relaciones. III. La impugnación de la medida autosatisfactiva. 1. Inconstitucionalidad del sistema en el supuesto de que se prevea el recurso de apelación como única vía para revisar una medida autosatisfactiva. 2. Inconstitucionalidad del sistema en el supuesto de que el impugnante se vea obligado a optar entre el recurso de apelación y un juicio de conocimiento posterior. 3. Inconstitucionalidad del sistema como consecuencia de la ineptitud del juicio de conocimiento posterior para revisar lo decidido en el marco de una medida autosatisfactiva. IV. Palabras finales.

I. Introducción

Hace casi una década brindábamos nuestra bienvenida a la tutela inmediata (a la que también denominamos tutela anticipada o pretensión de satisfacción inmediata), por considerarla una herramienta de la que el sistema de enjuiciamiento civil no podía prescindir. Sin embargo, simultáneamente presentábamos nuestras dudas con respecto a la constitucionalidad de una de las vías que, ya por aquel entonces, se postulaban para canalizarla: la llamada medida autosatisfactiva ¹. El análisis más pormenorizado de la cuestión que con el transcurso del tiempo tuvimos ocasión de realizar, no ha logrado disipar nuestras dudas originarias; antes bien, éstas han aumentado. De lo que no tenemos dudas, es de que tal como la medida autosatisfactiva se encuentra reglamentada por medio de las leyes que la han incorporado a algunos códigos procesales provinciales (por ejemplo, Chaco, Corrientes y La Pampa), así como la manera en que lo hacen la mayoría de los anteproyectos que circulan, es inconstitucional. Nuestros reparos apuntan al cercenamiento del derecho de defensa del demandado, pero, curiosamente, no al cercenamiento anterior al despacho, sino al posterior (es decir, para siempre), dada cierta característica esencial del procedimiento autosatisfactivo que impide impugnar adecuadamente la resolución estimatoria. De no resultar equivocadas las reflexiones que en el curso del presente ofreceremos, cabría concluir que el condenado por una medida autosatisfactiva nunca tendría la oportunidad de ejercitar su derecho de defensa sin limitaciones o dificultades, ni antes ni después de la condena.

II. Tutela inmediata ² y medidas autosatisfactivas: diferencias y relaciones

Se nos ha enseñado que la pretensión es el acto en cuya virtud se reclama ante el juez la resolución de un conflicto intersubjetivo de intereses y, también, que existen distintas clases según el contenido y el efecto de dicho acto. Así tenemos pretensiones de conocimiento o declarativas, pretensiones ejecutivas y pretensiones cautelares. Para definir las muy brevemente, digamos que las primeras son aquellas que apuntan a eliminar la falta de certeza respecto de determinada relación o estado jurídico. Estas, a su turno, pueden subclasificarse en pretensiones de mera declaración, de condena, constitutivas y determinativas o especificativas. Las ejecutivas son aquellas mediante las cuales se persigue la satisfacción de un derecho cierto, ya sea por haber sido declarado en una sentencia, ya por encontrarse documentado por medio de un título al cual la ley otorga presunción

de legitimidad. Las cautelares, por fin, son las que persiguen asegurar el futuro cumplimiento de la sentencia estimatoria y, entre ellas, cuéntanse, el embargo preventivo, la inhibición general de bienes, la anotación de la litis, la prohibición de innovar y la medida innovativa, siempre que esta última no implique, ni siquiera provisoriamente, la satisfacción de la pretensión, esto es, cuando su objeto no coincida con el objeto de la pretensión principal, pues en tal caso nos encontraríamos ante otra clase de pretensión: la tutela inmediata, pretensión aún no claramente diferenciada por la doctrina de la medida innovativa.

Como fuere, queda claro que, a diferencia de la medida cautelar puramente “asegurativa o conservatoria”, la tutela inmediata no apunta a *asegurar* la futura satisfacción del objeto específicamente reclamado en la demanda, tratando de evitar que durante el juicio el demandado realice actos que puedan impedir el posterior cumplimiento de la sentencia, sino que se orienta a *satisfacer* ese objeto (en todo o en parte), provisoriamente y ya mismo, a fin de evitar que el actor sufra ciertos perjuicios que se supone que padecerá como consecuencia de una satisfacción retardada ³.

De este modo, si se compartieran estos criterios, al elenco tradicional cabría agregar la tutela inmediata, y así la clasificación quedaría conformada de la siguiente manera: pretensiones de conocimiento, ejecutivas, cautelares y tutela inmediata (o pretensión de satisfacción inmediata).

Toda pretensión se canaliza a través de algún tipo de procedimiento; las pretensiones de conocimiento por medio del procedimiento ordinario, sumario, sumarísimo, oral; las ejecutivas por medio de juicio ejecutivo, ejecución de sentencia, apremio, ejecución fiscal y, asimismo, las cautelares, sólo que en este caso el procedimiento es tan acotado que casi no se advierte su existencia.

La tutela inmediata también necesita de procedimientos (trámites) que le sirvan para materializarse. Ellos son la sentencia anticipada (la denominación alude más bien al resultado del procedimiento antes que al procedimiento mismo) ⁴ y la medida autosatisfactiva. La diferencia entre ambas está dada por el hecho de que, satisfecho el objeto de la pretensión, el trámite en la primera continúa (al igual que la medida cautelar innovativa), en tanto en la segunda culmina.

Se ha sostenido -y no con poco énfasis- que *“la tutela que brinda (la resolución autosatisfactiva) no es provisoria y, por tanto, no requiere de otra decisión que la confirme (...). Lo resuelto en la medida podrá revocarse con motivo del ejercicio de las vías de impugnación por parte del destinatario de la misma, pero ello no afecta su carácter definitivo, puesto que, amén de no requerir confirmación, si la medida no es impugnada, la sentencia hace cosa juzgada definitiva”* ⁵. Como se puede apreciar, en el caso de la sentencia anticipada, la fundabilidad de la pretensión (la certeza de la relación o situación jurídica) se juzgará dentro del mismo procedimiento, mientras que en el supuesto de la medida autosatisfactiva dicha fundabilidad será juzgada a través de un nuevo procedimiento, que el afectado deberá promover a los efectos de la revisión de lo decidido en ésta.

Así pues, lo que caracteriza a la medida autosatisfactiva es, justamente, la definitividad de la resolución estimatoria, definitividad en el sentido de que agota la instancia. Tal es la esencia de su procedimiento. De otro modo, nos encontraríamos ante otro trámite, no ante una medida autosatisfactiva.

III. La impugnación de la medida autosatisfactiva

La Constitución Nacional reconoce que la defensa en juicio de la persona y sus derechos es inviolable. Consideramos que, desde el punto de vista del demandado, el respeto al derecho de defensa exige, en principio, ser oído antes de emitir una declaración y eventualmente una condena en su contra, y dentro de un proceso sin limitaciones de alegaciones y pruebas. Es que defender es

proteger, conservar, impedir, sostener una cosa contra el dictamen ajeno; en síntesis, implica poder actuar previamente a una agresión o ataque, a diferencia de recuperar, reconquistar, rescatar, recobrar, que representan acciones posteriores ⁶.

Por otro lado, también consideramos que, tal como sucede con la tutela inmediata, los jueces pueden disponer la satisfacción de una pretensión sin haber oído al condenado en la forma que prevé la Constitución, siempre que, eso sí, posteriormente se le conceda la posibilidad de discutir, con amplitud, la fundabilidad de dicha pretensión. Caso contrario, nunca se lo oiría adecuadamente. Precisamente, intentaremos demostrar que la medida autosatisfactiva no permite al demandado ejercer su derecho de defensa sin restricciones con posterioridad a su condena, cualquiera fuera el procedimiento impugnativo que se prevea.

1. Inconstitucionalidad del sistema en el supuesto de que se prevea el recurso de apelación como única vía para revisar una medida autosatisfactiva

Es sabido que los planteos e impugnaciones que pueden formularse por recurso de apelación son necesariamente limitados, habida cuenta de que esta vía no implica un “nuevo juicio”, sino, simplemente, la revisión de lo sentenciado. Adicionalmente, cabe destacar que los plazos con que cuentan las partes para hacer valer sus derechos en los recursos son notoriamente más cortos que en los “juicios”, circunstancia que se ajusta a las diferentes naturalezas de una y otra instancia. Un sistema que prevea el recurso de apelación como única instancia para controvertir lo decidido mediante medidas autosatisfactivas, no respeta el derecho de defensa. En efecto, el condenado no podrá discutir más tarde la fundabilidad de la pretensión del demandante a través de un procedimiento amplio, sin limitación de defensas y pruebas, dado que el recurso no otorga tal posibilidad y, mucho menos, de ser concedido “en relación”, tal como parecería corresponder ⁷. De esta manera, nos encontramos ante un derecho de defensa inexistente antes de la condena, y solamente uno muy retaceado luego de ella. Tampoco es menor, por otro lado, el problema que presenta la pretermisión de la primera instancia, fundamentalmente en el caso de medidas autosatisfactivas despachadas sin ninguna sustanciación.

Lamentablemente, éste es el sistema que pretende implementar un proyecto de la Legislatura de la provincia de Santa Fe, que inconcebiblemente cuenta con posibilidades de convertirse en ley ⁸.

2. Inconstitucionalidad del sistema en el supuesto de que el impugnante se vea obligado a optar entre el recurso de apelación y un juicio de conocimiento posterior

En general, la doctrina, las leyes y los anteproyectos que se han ocupado de la medida autosatisfactiva permiten al afectado su impugnación, sea por medio de recurso de apelación, sea por medio de un proceso declarativo posterior, pero con una particularidad: elegida una vía se pierde la posibilidad de hacer valer la otra. En una palabra, se exige al impugnante que opte entre ambos remedios.

Dos son los presupuestos de la tutela inmediata: urgencia (peligro de que el actor sufra perjuicios graves como consecuencia de una demorada satisfacción de su pretensión) y evidencia o fuerte probabilidad de que el reclamo sea fundado.

Parece claro que el juicio de conocimiento posterior a una medida autosatisfactiva tiene por objeto una declaración de certeza sobre la fundabilidad (o no) de la pretensión concedida por adelantado. No creemos que en dicho juicio quepa discutir acerca de la urgencia ni sobre la probabilidad de la fundabilidad del reclamo. Lo primero, porque dado que el juicio de conocimiento

culminará con una declaración de certeza sobre una relación o situación jurídica, absurdo sería revocar o mantener lo decidido en la autosatisfactiva sobre la base de que la pretensión era o no urgente. Lo segundo, porque estando en juego una declaración de certeza, nada tiene que hacer aquí la probabilidad de fundabilidad, es decir, algo menos que aquélla. En suma, la sentencia autosatisfactiva será mantenida o revocada según se demuestre que la pretensión era o no fundada; jamás porque era o no urgente, o probablemente fundada o no.

Si este razonamiento fuera correcto, no sería difícil advertir que al obligar al impugnante a optar entre el recurso o el juicio de cognición, se lo está colocando ante el siguiente dilema: discutir los presupuestos de procedencia de la autosatisfactiva (urgencia y fuerte probabilidad) por vía de recurso, renunciando así al debate sobre la fundabilidad de la pretensión adelantada, o bien discutir acerca de ésta pero renunciando a discutir la urgencia. En cualquier caso, la obligación de optar entre uno y otro cuestionamiento implicará una inaceptable restricción al derecho de defensa, tanto como sería obligar a quien desee impugnar una sentencia dictada en un juicio ejecutivo, a optar entre el recurso de apelación o el juicio declarativo posterior⁹. Es que la opción de una vía entre dos o más posibles puede imponerse cuando todas apuntan al mismo objeto (por ejemplo, podría obligarse al demandado nulidicente a optar entre el recurso ante la alzada y el incidente de nulidad para impugnar una sentencia dictada dentro de un proceso en el que hubiera sido emplazado incorrectamente), mas no cuando dichas vías apuntan a objetos diferentes (por ejemplo, no se puede obligar al ejecutado a optar entre el recurso y el juicio de conocimiento posterior para impugnar la sentencia dictada en juicio ejecutivo, porque el objeto del recurso no será otro que el cuestionamiento de la cartular, mientras que el objeto del juicio posterior será el cuestionamiento de la causa de la obligación).

3. Inconstitucionalidad del sistema como consecuencia de la ineptitud del juicio de conocimiento posterior para revisar lo decidido en el marco de una medida autosatisfactiva

Hasta aquí hemos intentado alertar acerca de la inconstitucionalidad -por violación del derecho de defensa del demandado- de los sistemas que solamente prevén la vía del recurso para impugnar lo decidido por medio de una medida autosatisfactiva. También hemos señalado que son igualmente inconstitucionales los sistemas que, si bien aceptan como medios de impugnación tanto al recurso como el juicio de conocimiento posterior, exigen optar entre una y otra vía. En adelante intentaremos demostrar que, en verdad, el juicio de conocimiento no es una vía idónea para garantizar el ejercicio del derecho de defensa, a la hora de impugnar una autosatisfactiva. Veamos:

Supongamos que una persona condenada por una medida autosatisfactiva promueve un juicio de conocimiento posterior (actor en éste, pero demandado en aquélla), pretendiendo la revocación de la condena e indemnización de los daños y perjuicios sufridos como consecuencia de haber tenido que satisfacer un reclamo que reputa infundado, basándose en la falsedad de los hechos alegados en la autosatisfactiva. Está claro que si en este segundo proceso, el ahora actor demuestra la falsedad de los hechos señalados cumpliendo con el imperativo de las reglas de la carga de la prueba, el juez debe hacer lugar a la impugnación, dejar sin efecto la condena dictada en la autosatisfactiva y mandar a indemnizar. Esta situación no presenta problemas.

Supongamos ahora que el actor impugnante no alcanza a demostrar acabadamente la falsedad de los hechos en los que se basó la condena dictada en la medida autosatisfactiva, pero sí logra poner en duda la autenticidad de tales hechos, disipando así el convencimiento (precipitado) que ayer, al despachar la medida, tenía el juez.

¿Cómo debería resolver el juez esta segunda situación?

Primera solución: aplicando las reglas de la carga de la prueba, rechaza la impugnación porque el actor impugnante no logró probar acabadamente la falsedad de los hechos en los que se basó la

condena dictada en la medida autosatisfactiva y, de este modo, ésta queda confirmada. Puede ser que a primera vista este resultado se considere correcto; sin embargo, resulta toda una paradoja: ha quedado confirmada, a través de un proceso de conocimiento que no admite otro posterior sobre el mismo objeto, una medida autosatisfactiva que, sin duda, no reúne uno de sus presupuestos esenciales, la apariencia de evidencia o alta probabilidad de fundabilidad. Y así, por la única razón de que inicialmente alguien parecía tener derecho a una pretensión, más tarde corresponderá asignársela definitivamente, sin quedar claro (es decir, sin certeza) de que ella era fundada. Dicen que “al que madruga Dios lo ayuda”, pero, en todo caso, no está bien que lo ayude tanto.

Segunda solución: apartándose de las reglas de la carga de la prueba, el juez estima la impugnación y, consecuentemente, revoca la condena pronunciada en la medida autosatisfactiva y hace lugar a la indemnización de daños y perjuicios. En este caso dicta una sentencia infundada y *contra legem*, en tanto infringe las reglas de la carga de la prueba.

Como vemos, ninguna de estas soluciones es viable; peor aún, no creemos que pueda existir otra posible, lo que necesariamente nos lleva a concluir que no hay manera de impugnar legítimamente lo decidido por medio de una medida autosatisfactiva. Y si no la hay, y si la medida autosatisfactiva no es otra cosa que condenar a alguien sin “juicio previo”, quiere decir entonces que la medida misma sería inconstitucional porque impide el ejercicio del derecho de defensa, antes y después de su dictado.

Si alguien nos sorprendiera preguntándonos, ¿cuál es la razón por la que la tutela inmediata otorgada por medio de una sentencia anticipada permite al demandado impugnarla sin problemas, y no así la otorgada a través de una medida autosatisfactiva?, trataríamos de improvisar la siguiente respuesta: la resolución dictada en un procedimiento autosatisfactivo es definitiva, no provisoria como la decisión dictada en la sentencia anticipada, procedimiento éste en el que las partes conservan la misma posición de actor y demandado desde que se solicita la tutela inmediata hasta que se dicta la sentencia declarativa de certeza final. Actor y demandado en la sentencia anticipada siguen manteniendo sus mismos roles en el proceso principal; en tanto, el actor en la medida autosatisfactiva pasa a ser demandado en el proceso de conocimiento posterior, y viceversa.

Parecería que el problema de la impugnación de una medida autosatisfactiva podría solucionarse si la resolución estimatoria de ésta no fuera definitiva y se permitiera la continuación del procedimiento originario a los efectos de la declaración de la certeza. Sin embargo, en tal caso, no estaríamos ante una medida autosatisfactiva; al menos, no ante la que concibieron sus padres.

IV. Palabras finales

Es cierto, y mucho, que “justicia tardía no es justicia”. A no dudar, entonces, que los procedimientos judiciales deben ser agilizados, mas no a como dé lugar, pues no es legítimo procurar ese objetivo desconociendo garantías y derechos constitucionales. Bastante merma ya de tales garantías y derechos ocasiona cualquier forma de tutela inmediata, como para no permitir al afectado la posibilidad de ejercitarlos sin cercenamientos en algún momento posterior. Podemos aceptar que por motivos de urgencia los jueces puedan condenar a alguien sin oírlo como corresponde, pero un sistema que no permita al ciudadano ejercitar en alguna oportunidad su derecho de defensa sin restricciones, es un sistema autoritario que no evidencia respeto por la Constitución.

NOTAS

¹ “Necesidad de dar audiencia previa a quien será afectado por una tutela anticipada: regla no excepción”, L.L. Litoral, 1999, pág. 989.

² En el trabajo citado en la nota anterior la denominábamos “tutela anticipada”; preferimos aquí “tutela inmediata”, o bien, “pretensión de satisfacción inmediata”.

³ Ya tuvimos oportunidad de anticipar estas ideas en L.L. Litoral, 1999, op. cit..

⁴ Para información acerca del procedimiento de la sentencia anticipada, ver Jorge W. PEYRANO (director), *Sentencia anticipada (derechos interinos de fondo)* (obra colectiva), Santa Fe, 2000.

⁵ Confr. Sergio BARBERIO, *La medida autosatisfactiva*, Santa Fe, Editorial Jurídica Panamericana, 2007, pág. 36, seguramente, la obra que mejor sistematiza el tema.

⁶ Confr. *Diccionario de la Lengua Española* (RAE).

⁷ Confr., por ejemplo, art. 351 del CPCSF.

⁸ Confr. proyecto de reforma al art. 290 del Código Procesal Civil y Comercial, redactado por la Comisión N° 6 del “Plan estratégico del Estado Provincial para la Justicia Santafesina”, 2007.

⁹ Ver, por caso, art. 553 C.P.C.C.N., o bien, art. 483 del CPCSF.

LAS MEDIDAS AUTOSATISFACTIVAS: EL GRAN SALTO EVOLUTIVO DEL DERECHO PROCESAL CONTEMPORÁNEO

por CAROLINA EGUREN

Sumario: I. La diferenciación de tutelas. I.1. La urgencia por la tutela. I.2. La diferenciación de tutelas y la urgencia. I.3. La “tutela de urgencia”. I.4. La tutela satisfactiva como fenómeno internacional. I.5. La tutela satisfactiva. Su perfil en nuestro país. II. Los fundamentos de la tutela satisfactiva. I.1. Afianzar la justicia. I.2. El derecho a la escucha. II.3. El contenido del derecho a una tutela judicial efectiva.

I. La diferenciación de tutelas

I.1. La urgencia por la tutela

La diferenciación de tutelas constituye un ingrediente básico del fenómeno de adaptación del derecho procesal a las nuevas realidades sociales y jurídicas, en el contexto del pasaje de la rigidez propia del derecho liberal clásico a una configuración elástica del proceso.

Diferenciar tutelas aparece entonces como la cristalización de una búsqueda por la armonía en la relación entre las formas y el derecho material.

En este salto evolutivo se intenta superar los vicios de aquel primer paso de distanciamiento que diera el proceso con relación al derecho material, en cuyo tránsito hacia el exceso, la realidad perdió relevancia. En efecto, la Escuela Sistemática ha logrado despegar al derecho de acción del derecho material y consagró su autonomía, con la disvaliosa consecuencia de incurrir en otro exceso tan reprochable como el anterior: el de la sobrevaloración de las formas.

Pendular movimiento mediante, se procuró resguardar a los ciudadanos de cualquier invasión estatal y se concibió al proceso como una suerte de cápsula aséptica, y desinvolucrada de las situaciones vitales en juego. El mayor cuidado de las formas preservaría la impecabilidad de ese bastión.

Con el paño de la “autonomía” del derecho de acción, se taparon los ojos a la diosa justicia y el proceso mutó a indiferencia. Empero, una justicia vendada carece de la sabiduría que los hechos aportan, esa, la indispensable para discernir los repartos, para penetrar en la realidad y distinguir qué es “lo suyo” para dar a cada uno. Una justicia vendada equivale a justicia vedada.

Es que en esta historia de dicotómicos apegos y desapegos, en la que el proceso -inicial y simbióticamente ligado al derecho material- se desgarrara de éste sin admisión de zonas intermedias y se adhiriera con fervor a lo ritual, el temor operó como acicate.

Lo cierto es que construir sobre el miedo limita, mientras que edificar sobre las posibilidades facilita, resuelve, y le devuelve su significado vital a la función jurisdiccional.

El derecho material no es el derecho de acción, claro está, pero perder de vista que este último se encamina hacia su realización es discapacitarlo, es privarlo de su primigenio y final sentido de “afianzar la justicia”. El proceso no puede recortar al derecho a su medida para que éste pueda circular por él, pues se desvirtúa su misión instrumental.

Ese derecho procesal timorato, resguardado tras un diseño uniformado de formas y uniformante de realidades, para defenderse de un Estado fantasmal, de la figura demonizada de un juez “invasivo” es el que estamos dejando atrás al tiempo que recorremos caminos evolutivos que

permiten abrir los ojos a la diversidad de derechos, a los rasgos particulares de cada situación de conflicto, a las premuras y a la prevención de los daños.

Un derecho procesal que privilegie el derecho de audiencia por sobre el derecho, v.gr., a la vida y a la salud es una peligrosa deformación derivada del abuso del poder propio del proceso. De hecho, cientos de páginas vertidas en torno a una cuestión de fondo pueden desintegrarse fantásticamente entre los vericuetos del rito. El proceso es poderoso, sí. Posee las llaves de todo el derecho de fondo: decide la vida o la muerte del derecho. Abusar de ese poder equivale a dar por tierra los fundamentos del derecho sustantivo mismo. Otorgarle superpoderes al proceso al extremo de convertirlo en renegatorio de la realidad concreta, y ciego a lo excepcional, a lo urgente, desconoce el mandato fundamental de “afianzar la justicia”.

Si resignificamos al proceso en tanto realizador del derecho sustantivo y propendemos a sofisticarla como herramienta, se tornará elástico y adaptable para que todas las necesidades de los justiciables encuentren amparo ante los estrados.

Sofisticar los instrumentos procesales supone concebirlos a la medida de las posibilidades de tiempo y de costos que el justo resguardo de los derechos sea capaz de sostener.

Mas, elastizar no significa banalizar.

Elastizar supone madurez, requiere crecimiento y conciencia de las propias posibilidades.

Elastizar admite al temor sólo como sistema de alerta pero no como su fundamento y base.

Elastizar es evolucionar hacia un pluralismo en el acceso a la justicia.

El tránsito por el proceso no puede de ser lesivo ni recortante, no ha de agregar daño al daño. El proceso no puede tener una actitud autista o renegatoria de los derechos subjetivos y de las particulares circunstancias del caso. Los derechos no pueden ser como los barcos de gran calado que se quedan mirando desde fuera, porque el cauce del río no los tolera.

Un derecho procesal de posibilidades infinitas es el que construye ríos a medida y no deja afuera a nadie. Un derecho procesal consciente y despierto, sofisticado y madurado provee herramientas al ritmo de los despliegues y variaciones de la sociedad y de su cultura.

El derecho procesal aporta su porción en el cometido de “afianzar la justicia” en la medida en que provee puentes y no vallas, en que se asume como “generador de contextos”, como hacedor de herramientas útiles y plurales. Un derecho procesal que redescubre su auténtico significado asume un rol posibilitante del derecho de fondo y le brinda soluciones proactivas.

II.2. La diferenciación de tutelas y la urgencia

La “tutela de urgencia” nace en el contexto de esta autosuperación del derecho procesal, apremiada por la “urgencia por la tutela” que tiene la sociedad. Rigen nuevos ritmos, nuevos derechos, nuevas necesidades. Nuevos instrumentos se ofrecen para sostener estas evoluciones.

Nuestro Preámbulo manda “afianzar la justicia”. Afianzar según los diccionarios es hacer que una cosa inmaterial adquiera firmeza y solidez. Se pide que la justicia abandone el miedo y se asiente con firmeza ante las necesidades concretas, reales y siempre disímiles de los justiciables. Carece de sentido que los particulares se parapeten contra la figura de un juez invasivo, pues hoy se requiere la presencia de un juez activo y comprometido con la búsqueda de soluciones eficaces.

Se requiere un juez que sume a la hora de encontrar soluciones creativas y expeditivas. Se aspira a que el conjunto de voluntades concurra a construir un sistema apto, adaptable y, por ende, “adoptable” por el justiciable. Se espera de la jurisdicción soluciones a cuestiones vitales, se añora el retorno de la justicia desde el plano de las meras formas al del ser humano, que es su primer y último destinatario.

Destaca Carlos Alvaro De Oliveira ¹ que: “Para el Tribunal Constitucional español, el deber judicial de promover y colaborar en la realización de la efectividad de la tutela jurisdiccional no es de carácter moral, sino que implica un deber jurídico constitucional pues los jueces y tribunales tienen la ‘(...) obligación de protección eficaz del derecho fundamental (...)’. El cumplimiento de ese mandato constitucional de proteger el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, al que tienen derecho todas las personas, ha de ser para los jueces y tribunales el norte de toda su actividad jurisdiccional. Por esto, el Tribunal Constitucional habla de la necesaria colaboración de los órganos judiciales con las partes en la materialización de la tutela y también del deber específico de garantizar la tutela, deber que impide que los órganos jurisdiccionales adopten una actitud pasiva en esta materia” ².

1.3. La “tutela de urgencia”

Se ha definido a la tutela de urgencia como una modalidad de la tutela jurisdiccional diferenciada cuya característica fundamental consiste en el factor tiempo, dándose prevalencia a la celeridad, a cuyos efectos se reduce la cognición y se posterga la bilateralidad asegurando con ello la utilidad del resultado.

El proceso urgente -como género- comprende en su seno a las medidas cautelares, pero también a otro tipo de resoluciones diferenciadas y con caracteres propios, como las tutelas anticipatorias (cuya virtud es la de anticipar el contenido de la pretensión, pero sin prescindir del proceso principal posterior ni del amplio contradictorio) y las medidas autosatisfactivas. De allí que, como afirma Jorge W. Peyrano: “*si bien todo lo cautelar es urgente, no todo lo urgente es cautelar*”.

“En esta línea de entendimiento, la Corte Europea de los Derechos del Hombre en varios pronunciamientos viene proclamando que la Convención Europea de los Derechos del Hombre tiene por finalidad proteger derechos no ya ‘teóricos o ilusorios, sino concretos y efectivos’”³. Para la Corte, la efectividad supone, además de ello, que el acceso a la justicia no sea obstaculizado por la complejidad o el costo del procedimiento. Ello implica que las limitaciones, siempre dejadas al margen de apreciación de los Estados nacionales, no pueden en ningún caso restringir el acceso asegurado al litigante de tal manera que su derecho a un tribunal sea atendido en su propia sustancia, debiendo observarse “una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y el fin buscado”. Además, según el Tribunal, al litigante no se le debe impedir “emplear un recurso existente y disponible”, prohibiéndose todo “*obstáculo desproporcionado a su derecho de acceso al tribunal*”⁴, sostiene Carlos Alvaro De Oliveira.

“De igual forma el Tribunal Constitucional español acentuó que ‘(...) las normas que contienen los requisitos formales deben ser aplicadas teniendo siempre presente el fin que se pretendió al establecerse dichos requisitos, evitando cualquier exceso formalista que los convertiría en meros obstáculos procesales y en fuente de incerteza e imprevisibilidad para la suerte de las pretensiones en juego’”⁵.

“También el factor tiempo vino a ganar un papel destacado en éste cuando, y más todavía con la masificación de las demandas llevadas al Poder Judicial y la consecuente mudanza del perfil de los usuarios del sistema, al exigir una solución más o menos apremiante del litigio. De ahí la intensificación de la tutela cautelar y anticipatoria, de la llamada jurisdicción de urgencia, en una palabra, cuyo sustrato constitucional se muestra innegable. También deriva de ese imperativo la necesidad de que se establezcan mecanismos para una duración razonable del proceso y, mucho más que eso, para la efectiva satisfacción del derecho reconocido judicialmente, sin mayores demoras” ⁶.

1.4. La tutela satisfactiva como fenómeno internacional

En efecto, todo cambio legislativo se mece al ritmo de una mutación cultural. El cambio de perfil del consumidor del sistema de justicia demanda un cambio de perfil del derecho procesal y nuevas aperturas.

La institución de la medida autosatisfactiva en la teoría procesal se inserta, precisamente, en el marco de un fenómeno de derrumbe del proceso ordinario que no sólo se registra en nuestro país sino que se verifica en la mayoría de los países europeos y americanos.

Los trámites de estructura monitoria vigentes en países como Alemania (*Mahnverfahren*), Austria (*Mahntrag*), Francia (*injection de payer*) e Italia son ejemplos de la tutela satisfactiva, y tienden, con distintas variantes, a acelerar la formación de un título ejecutivo con el mero pedido del actor, sin necesidad de un proceso de conocimiento ni de un contradictorio inicial, e inclusive, en ciertos supuestos, sin existencia de prueba escrita del derecho. Sólo si el deudor se opone a la orden de pago se instaura el contradictorio pleno.

Ya en el XII Congreso Mundial de Derecho Procesal llevado a cabo en México en el mes de septiembre de 2003, Ada Pellegrini Grinover ⁷ se hizo eco, en su informe general, del actual fenómeno evolutivo que marca una desmitificación de la concepción universal del proceso ordinario y concluyó: *“El procedimiento ordinario de conocimiento no puede ser considerado más una técnica universal de solución de controversias, siendo necesario sustituirlo, en la medida de lo posible y observados determinados presupuestos, por otras estructuras procedimentales, más adecuadas a la especie de derecho material a ser tutelada y capaces de hacer frente a situaciones de urgencia”*.

De allí que la conclusión de la autora, en base a los numerosos informes que relatores de los distintos países del mundo presentaron en relación con este fenómeno, radicara en la innegable necesidad de consagración de tutelas diferenciadas en orden a: *“a) evitar a las partes y a la administración de justicia el ‘costo’ del proceso de conocimiento pleno, en los casos en que no se justifica la plausibilidad de contestación; b) asegurar rápidamente la efectividad de la tutela jurisdiccional en las situaciones de ventaja de contenido (exclusivo o prevalente) no patrimonial y que sufrir daño irreparable por la demora de la cognición plenaria, y c) evitar el abuso del derecho de defensa del demandado, mediante la utilización de los instrumentos de garantía previstos para el procedimiento ordinario”* ⁸.

1.5. La tutela satisfactiva. Su perfil en nuestro país ⁹

En la Argentina, la tutela satisfactiva asume perfiles diferenciados a la registrada en los países recién mencionados. Presupone el recaudo de la urgencia en relación con la existencia de un derecho líquido y probado en un grado de cuasi-certeza que justifica el despacho de una medida de trámite mínimo, con un régimen de contradictorio acotado, si no excepcionalmente diferido, y de impugnación compleja.

Se tiene por “medida autosatisfactiva” a aquel 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 para evitar su caducidad o decaimiento. No constituye una medida cautelar, por más que en la praxis muchas veces se la haya calificado, erróneamente, como una cautelar autónoma.

El desarrollo de la figura ha permitido llegar a un consenso en punto a los recaudos para su despacho, a saber:

1. *Pretensión no declarativa de derechos*, cuyo objeto resulte circunscripto de manera evidente a la cesación inmediata de conductas o vías de hecho, producidas o inminentes, contrarias a derecho

según la legislación de fondo o procesal. El interés del postulante debe limitarse a obtener la solución de urgencia no cautelar requerida, sin extenderse a la declaración judicial de derechos conexos o afines.

2. *Acreditación de una fuerte probabilidad de la existencia del derecho*: a diferencia de lo que sucede con las sentencias anticipadas, no se exige certeza o convicción suficientes de que es atendible lo solicitado, sino que es bastante con la demostración de una probabilidad de que ello sea así, lo que implica una mayor exigencia que la representada por la “verosimilitud” propia de las cautelares típicas.

3. *Urgencia pura o intrínseca*: la demostración *prima facie* de la concurrencia de una situación urgente que de no ser conjurada puede irrogar un *periculum damni*. En ulteriores párrafos reflexionaremos sobre este punto y sus diferencias con la denominada “urgencia funcional”.

4. *Prestación de contracautela circunstanciada*: no se exige de modo irreductible, sino que será dispuesta discrecionalmente por el juez, mediante una necesaria ponderación de los restantes recaudos.

Asimismo, doctrina y jurisprudencia han ido cincelando los caracteres particulares de las medidas autosatisfactivas, conforme los lineamientos que siguen:

1. *Autonomía o prescindencia de un proceso*: a diferencia de la cautelar clásica que procura garantizar la eficacia de la sentencia que recaiga en el juicio principal al cual accede, la autosatisfactiva se abastece con su propio dictado, y no reviste el carácter instrumental propio de aquella.

Surge claramente la innecesariedad de un proceso principal en los supuestos de evidencia o de simpleza en la cuestión debatida, v.gr., cuando el derecho y la urgencia se encuentren debidamente acreditados o su elucidación no suponga una cuestión fáctica, probatoria o jurídica compleja o cuando se hubiere probado el reconocimiento del derecho del actor por parte del demandado. En este último sentido son paradigmáticos ¹⁰ los precedentes “Elías” -resuelto por el Juzgado de Primera Instancia de Distrito en lo Civil y Comercial de la 5ª Nominación de Santa Fe, medida autosatisfactiva que se despachara basada en un error documentadamente reconocido por el Banco Roberts ¹¹ (envió datos incorrectos acerca del actor al Banco Central)- y “Daehler c/ Impola” ¹², que resolviera hacer lugar a una medida autosatisfactiva mediante la cual se ordenó la entrega de un vehículo y de la documentación necesaria para patentarlo, valorando especialmente la circunstancia de encontrarse expresamente reconocido por el destinatario de la medida, el incumplimiento de su obligación contractual de entregar un vehículo y su documentación.

También se justifica la autonomía del trámite autosatisfactivo en supuestos legales directamente operativos como los contemplados por el art. 3077 C.C., o por agotamiento del objeto pretendido por vía autosatisfactiva, que tornan abstracta la cuestión o cuyo debate posterior se tornaría inútil. Afirma Barberio ¹³ que “*Hecha la transfusión, realizada la intervención quirúrgica, exhibida la cosa, consultados los libros, permitido y realizado el paso; consumido el objeto pretendido, qué sentido tiene seguir la causa si su objeto ya resolvió y agotó. Y cuando la medida autosatisfactiva entrañe una orden de no hacer (abstenerse, prohibición de acceder, etc.), el proceso resulta igualmente innecesario porque lo exclusivamente pretendido en la medida se ha agotado; y la decisión será en todo caso reversible (permitiendo hacer o acceder) con motivo de la impugnación a la misma que pueda deducir el afectado, pero no como consecuencia de un juicio principal donde se decida lo que ya se decidió. En los casos en que la medida autosatisfactiva funciona como una verdadera tutela preventiva de daños, qué proceso -o para decidir qué- se tendrá que promover si lo que se pretende, precisamente, es evitar el daño para no tener que demandarlo después*”.

2. *Ausencia de provisionalidad*: se concede una tutela definitiva. No obstante ello, y en función de las circunstancias, los jueces podrán fijar límites temporales a las medidas autosatisfactivas que se despacharen y también podrán disponer a solicitud de parte, prórrogas de los mismos.

3. *Innecesidad de la declaración del derecho*: supone que el interés del postulante se ha circunscripto de manera evidente a obtener la solución de urgencia no cautelar requerida, no extendiéndose a la declaración judicial de derechos conexos o afines.

4. *Bilateralidad postergable*: Los jueces podrán despachar directamente la medida autosatisfactiva postulada o someterla a una previa y reducida sustanciación que no excederá del otorgamiento a quien correspondiere, de la posibilidad de ser oído. En todos los casos, el ejercicio del derecho de audiencia se posterga hasta luego de dictada la resolución autosatisfactiva, pudiendo la parte formular los recursos que correspondan.

En los supuestos legislados en nuestro país cabe memorar el art. 787 C.P.C.C. de Corrientes que dispone su despacho *in audita parte*. Sólo excepcionalmente podrá generarse un contradictorio previo, según fueran las circunstancias del caso y la materia de la medida. Esta reducida sustanciación no excederá de conceder a quien correspondiere la posibilidad de ser oído. El artículo 232 bis C.P.C.C. del Chaco contiene una disposición muy similar. A su turno, la ley de violencia familiar de Santa Fe, prevé el despacho *in audita parte*, exista o no el informe médico previo. La solución se justifica en orden al imperativo -de rango constitucional- ordenado a la protección del derecho a la salud y a la integridad física del peticionante.

En cambio, el art. 395 C.P.C.C. de La Pampa deja al juez la discrecionalidad de los tiempos de resolución, adaptados a la urgencia del caso, a la vez que dispone la previa y breve sustanciación del pedido mientras ello resulte posible.

Se evidencia una evolución tendiente a asumir como pauta general la previa sustanciación de la medida. En efecto, el art. 290 del Proyecto de Reforma del CPCCSF dispone como principio general la sustanciación mediante un traslado o la celebración de una audiencia, exclusivamente. Sólo de modo excepcional, demostrada que fuere la absoluta impostergabilidad de la solución requerida, el tribunal podrá ordenarla sin previa audiencia del destinatario cuando se demuestre *prima facie* la absoluta impostergabilidad de la solución requerida.

El proyecto de San Juan prevé también que el juez, previo a despachar la decisión, deberá oír a la contraparte, en una breve sustanciación, aplicando en lo pertinente las normas sobre incidentes. Según las circunstancias del caso, podrá ordenar derechamente la medida, posponiendo la sustanciación para cuando aquélla se hubiere cumplido.

El Anteproyecto de Neuquén deja -en sendas propuestas legislativas- a discrecionalidad de los jueces la adopción de las medidas que la índole de la protección adecuada requiriese (alternativa dos) o que podrán decretar las medidas que entienda útiles para su protección, pudiendo, a su arbitrio, reducir los plazos, limitar provisoriamente o diferir el contradictorio, requiriendo, si así lo estimare conveniente las contracautelas del caso (alternativa uno).

Resulta claro que la finalidad autosatisfactiva se vería frustrada en ciertos supuestos, ora si el éxito de la medida depende del factor sorpresa, ora si no se cuenta con tiempo suficiente para ello. En este último sentido se ha resuelto que “si un grupo de cuarenta jóvenes se encuentra paralizado en un paraje de la Cordillera de los Andes debido a la falta de autorización para viajar de uno de los menores que forma parte del mismo, siendo conocidos los riesgos de pasar la noche en dicha zona, corresponde hacer lugar al pedido de la madre y ampliar la autorización para salir del país otorgada a la menor en este expediente, como una medida autosatisfactiva y por aplicación analógica del art. 232 del Cód. Procesal, ya que no hay tiempo para dar traslado al padre ni recabar la opinión del asesor de Menores, y el antecedente de la autorización para viajar ya otorgada crea la fuerte probabilidad de que los planteos fueren atendidos en un proceso ajustado a los pasos ortodoxos”¹⁴.

Dado que la autosatisfactiva tiene utilidad en tanto resulte inmediatamente ejecutable, algunos de los ordenamientos prevén la suspensión de sus efectos a fin de evitar que con su despacho se ocasionen daños mayores que los que pretenden evitarse. El art. 788 C.P.C.C. de Corrientes dispone, en cambio, la suspensión provisoria de la medida que lo afectare, en el supuesto que acreditare *prima facie* la existencia de la posibilidad sufrir un perjuicio de difícil o imposible

reparación, previo ofrecimiento y prestación de contracautela suficiente. Chaco contiene una disposición de similar tenor. A su turno, el C.P.C.C. de La Pampa establece la opción de pedir -bajo contracautela- la suspensión de los efectos de la medida, en caso de que pueda sufrir un perjuicio de imposible o difícil reparación. Los restantes ordenamientos y proyectos no lo prevén. Este dispositivo tiene, claro, mayor relevancia en casos en los que no mediara sustanciación alguna.

Para reforzar aún más la garantía de defensa del demandado, el C.P.C.C. de Corrientes en su art. 789 prevé un doble sistema impugnativo en favor del legitimado para contradecir la medida autosatisfactiva ordenada que funciona de un modo excluyente, es decir que elegida una vía no podrá optarse por la otra. Se establecen dos cauces alternativos: la interposición directa del recurso de apelación que será concedido en su caso, con efecto devolutivo, o un proceso declarativo general sumario de oposición cuya promoción no impedirá el cumplimiento de la decisión judicial impugnada. El C.P.C.C. del Chaco dispone una norma de igual tenor.

El proyecto de La Pampa, dispone asimismo, un sistema impugnativo complejo en favor del legitimado a oponerse a la medida quien, sin perjuicio de pedirse -bajo contracautela- la suspensión de los efectos de la medida, en caso de que pueda sufrir un perjuicio de imposible o difícil reparación, podrá: 1) interponer recurso de revocatoria, acompañando toda la prueba que lo fundamente que será resuelto sin más trámite o previa y breve sustanciación cuando ello fuere posible; o 2) interponer recurso de apelación directo o en subsidio al de revocatoria, que será concedido en efecto devolutivo, o 3) promover el proceso de conocimiento que corresponda, cuya iniciación no afectará por sí sola la vigencia de la medida, el que no podrá ser iniciado si ha sido interpuesto el recurso de apelación.

El actual proyecto de la provincia de Santa Fe dispone que la resolución que declare procedente una medida autosatisfactiva será apelable con efecto devolutivo, pero, a diferencia de los restantes ordenamientos, no prevé juicio declarativo posterior de oposición. También establece el carácter no suspensivo de la ejecución de lo ordenado, de los incidentes que pudieren formularse.

El proyecto de San Juan prevé un doble sistema impugnativo, optativo y excluyente (elegida una vía no podrá elegirse la otra) para el afectado, conformado por el recurso de apelación sin efecto suspensivo y por el juicio declarativo de oposición, que tramitará como proceso abreviado. También prevé la chance de entablar un juicio abreviado de daños y perjuicios sin necesidad de haber deducido oposición.

Mediante estos sistemas recursivos se provee al demandado la chance de profundizar sus posibilidades probatorias o argumentales. No obstante es dable señalar que en la práctica no suelen interponerse recursos de apelación viables y fundados contra las medidas autosatisfactivas despachadas favorablemente, todo lo cual abona la idea de que éstas vienen a restablecer en los hechos la vigencia del principio de igualdad de las partes en el proceso, evitando los cotidianos abusos con que el demandado suele trazar su estrategia defensiva, en detrimento de los accionantes.

5. *Ejecutabilidad inmediata*: la urgencia pura que motiva el dictado de la resolución autosatisfactiva da pábulo a inadmisión de incidente o recurso de virtualidad suspensiva de la efectivización del derecho material. De tal modo, el legitimado para contradecir una medida autosatisfactiva ordenada podrá optar por impugnarla entre la interposición directa del recurso de apelación que será concedido, en su caso, con efecto devolutivo, o iniciar un juicio 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 autosatisfactiva que lo afecta, en el supuesto de que acreditara *prima facie* la concurrencia del riesgo de sufrir un perjuicio de imposible o difícil reparación y prestara contracautela suficiente.

6. *Excepcionalidad de su despacho*: no se trata de una figura de derecho común, sino que su aplicación es excepcional pues reclama la previa verificación de la urgencia como factor intrínseco y no como capricho elusivo de las vías procesales comunes. Se trata de consagrar un derecho procesal de emergencia, de socorro, de urgencia.

7. *No caducidad del trámite*: a diferencia de las medidas cautelares patrimoniales, sometidas a una caducidad corta, si a su respecto no se iniciara el proceso principal al que tributan. Numerosas son las situaciones que demandan una solución expedita y sin necesidad de un proceso mayor que la módica sustanciación en cuyo contexto el juez se acerca con un grado de inmediatez poco usual, tal como lo he referido precedentemente al desarrollar ese aspecto de autonomía de la medida autosatisfactiva.

II. Los fundamentos de la tutela satisfactiva

II.1. Afianzar la justicia

Entendemos que la tutela satisfactiva supone un verdadero salto evolutivo del derecho procesal, no sólo porque contribuye a restablecer la igualdad de las partes en el proceso, desarrollando la virtualidad bifronte del derecho de audiencia, sino porque supone un ahondamiento de esta posibilidad de escucha de las circunstancias que rodean al *casus*, en aras de afianzar la justicia y consagrar la tutela del derecho material de un modo efectivo.

II.2. El derecho a la escucha

Afianzar la justicia nos conduce del terreno de la audiencia al terreno de la escucha.

La evolución del garantismo al activismo parece reflejar el pasaje de la importancia del derecho de las partes a ser oídos, al deber de los jueces de escuchar a las personas y a las circunstancias en las que se enclavan las pretensiones y las defensas.

Afianzar la justicia implica la conformación de un sistema procesal que pueda contemplar situaciones plagadas de matices y que pueda engendrar vías diferenciadas según la índole de la pretensión.

Afianzar la justicia supone autocrítica, supone evolución a partir de las conquistas logradas como el resguardo del derecho a ser oído. Redimensionado éste, se convierte en el derecho a ser oído con urgencia, con eficacia y no de cualquier modo.

Marcel Storme afirmaba que la garantía del debido proceso es de doble vía y que tiene por sentido el de proteger al demandante y a su legítima expectativa, y protegerlo en la real y cabal dimensión de su pedimento. Esto supone evitarle el recorrido de un proceso caro e innecesario, y también escuchar la circunstancia de urgencia.

La tutela satisfactiva tiene, pues, por mérito el haber despertado la conciencia del sentido bifronte del derecho de audiencia. Le ha aportado un contenido vivo de justicia al debido proceso, lo ha despojado de las formalidades innecesarias y ha colocado al derecho sustantivo en el blanco.

Supone una conquista en punto a la valoración de la urgencia como ingrediente real que llama a una escucha profunda del conjunto de las circunstancias en que el actor se encuentra reclamando. Quien acciona no hace cualquier pedimento, hace un pedido al juez porque se encuentra urgido y próximo a sufrir un daño y, en el peor y no menos habitual de los casos, se encuentra sufriendolo.

La incorporación de la tutela satisfactiva al elenco de soluciones procesales marca un hito de madurez en el derecho procesal, toda vez que asume que tanto partes como jueces han de propender a la búsqueda de una solución de justicia efectiva en el caso concreto.

El debido proceso, como afirma Tribe, tiene un valor intrínseco en la medida en que le otorga a los involucrados la chance y la satisfacción de participar en la decisión que vitalmente les

concierno. Esa oportunidad significa un reconocimiento de la dignidad de las personas que participan en dicho proceso. Posee un valor intrínseco, porque ese ser, pasible de coacción no es manipulado, sino que es partícipe de un diálogo en punto a la procedencia de ese acto de coacción.

La garantía del debido proceso intenta entonces evitar que el ejercicio del poder público a través de los jueces se torne agresivo, valorizando al debate procesal en tanto valor de interacción humana.

Hay supuestos excepcionales en los que concurre una “urgencia intrínseca” que coloca al justiciable en posición de debilidad tal que le impide asumir el tiempo y los costos del proceso en su tradicional versión. Una respuesta uniformada como lo ha sido el juicio ordinario tiene en estos casos, la virtualidad de desalentar posibles reclamos legítimos, cercenando el acceso a la jurisdicción. La urgencia intrínseca sitúa a las partes en una suerte de estado de necesidad y exige al poder jurisdiccional una respuesta rápida, eficaz y despojada de formalidades innecesarias.

El mandato constitucional de “afianzar la justicia” impera adaptar las formas a las necesidades concretas reduciendo a sus mínimos la sustanciación. Inclusive, en los supuestos en que para evitar la frustración del derecho o para salvaguardar el factor sorpresa se despachan *in audita pars*, el contradictorio se difiere, pudiendo el demandado interponer recurso de apelación o sustanciar la cuestión en el seno de un juicio de oposición posterior. Esto no supone abdicación del derecho a ser oído sino sólo su postergación. Es un cambio de oportunidad, pero no muta su estructura esencial. La inversión de los tiempos del debate, no equivale a la negación del debate.

Estadísticamente es dable constatar que en el 90 por ciento de los casos el actor tiene razón, que en el 90 por ciento de los litigios el demandado se defiende sin argumentos, que el Código Procesal resulta más aprovechable por el accionado que quiere dilatar, abusando así del proceso, que por el accionante para lograr su meta que es el dictado de una sentencia rápida y eficaz. En un sistema en que los juicios duran años y los demandados se encuentran gozando de derechos -que en un 90% no les corresponden- durante ese largo lapso; en los que se interponen muy escasos recursos de apelación contra medidas autosatisfactivas despachadas y cuyos agravios son meramente conjeturales, confirmándose en la mayoría de los casos la resolución de primera instancia, el redimensionamiento del concepto del derecho a ser oído es un imperativo de justicia y es un deber como ciudadanos.

Es cierto que la existencia de dos partes, o de dos posiciones es consustancial a la idea de proceso, y que la evidencia en tanto presupuesto ineludible de la sentencia, no puede lograr en el proceso moderno sino mediante la oposición de dos tesis contrapuestas, mediante el choque de la pretensión y de la resistencia.

Es cierto que ambas partes gozan del derecho a ser oídas por un juez imparcial e imparcial, sin embargo, por debajo de la proclamada idea de neutralidad se esconde una aquilatada sobreprotección de la figura del demandado. Y como toda sobreprotección esconde una subestimación, es claro que ha llegado la hora de descorrer velos y reconocer a la chicana procesal como regla casi sin cortapisas en la conducta del demandado. Ese demandado que en el 90% de los casos no tiene razón, y sin embargo goza del derecho durante los años que el juicio perdura, amparado por un sistema que contribuye a sostener ese tradicional lugar de comodidad.

La medida autosatisfactiva rebalanza estos espacios tradicionales que actor y demandado han encontrado en el clásico sistema del proceso, y acuden presurosas a proteger sin dilaciones al accionante urgido por un conjunto de circunstancias que procesalmente lo debilitan aún más, posibilitando la igualdad de las partes en el iter hacia la consagración de sus derechos sustantivos.

II.3. El contenido del derecho a una tutela judicial efectiva

El derecho a la tutela judicial efectiva y su elevación al rango constitucional ha gozado en la doctrina brasileña de un profundo desarrollo al punto de adjudicársele al derecho de acción un contenido renovado y resignificado por la relevancia del derecho material.

El derecho de acción se concibe, pues como el derecho a la viabilidad de la obtención de la tutela del derecho sustancial, que da al juez el poder-deber de encontrar la técnica procesal idónea para la protección del derecho material.

Afirma Marinoni¹⁵ en tal sentido que: “*Como el derecho fundamental de acción incide sobre el Estado y, por lo tanto, sobre el legislador y el juez, es evidente que la omisión del legislador no justifica la omisión del juez. Si tal derecho fundamental, para ser realizado, exige que el juez esté munido de poder suficiente para la tutela de los derechos, la ausencia de una regla procesal que instituya el instrumento procesal idóneo para ello constituye un evidente obstáculo a la actuación de la jurisdicción y al derecho fundamental de acción. Así pues, para que la jurisdicción pueda ejercer su misión -que es tutelar los derechos- y para que el ciudadano realmente pueda tener garantizado su derecho fundamental de acción, no hay otra alternativa que admitir que el juez puede suprimir la omisión inconstitucional o la insuficiencia de la protección normativa del derecho fundamental de acción*”.

El profesor Marinoni, en Brasil, entiende que si la acción es el derecho a la viabilidad de obtención de la tutela del derecho material, “*es incuestionable que el derecho de acción depende del procedimiento adecuado, o sea, de la preordenación de la técnica anticipatoria, de sentencias diferenciadas y de medios de ejecución diversos. Todo esto es imprescindible para que el actor pueda obtener la tutela jurisdiccional de su derecho. De modo que la acción sea, indudablemente, ejercida. Y, la acción se ejerce a través del procedimiento adecuado*”.

NOTAS

¹ Carlos Alvaro DE OLIVEIRA, “El proceso civil desde la perspectiva de los derechos fundamentales”, en prensa.

² Conf. Francisco CHAMORRO BERNAL, *La tutela judicial efectiva (derechos y garantías procesales derivados del artículo 24.1 de la Constitución)*, Barcelona, Bosch, 1994, pág. 329, con mención de diversos precedentes (ob. cit., págs. 329-330 y notas 72 a 77).

³ “Arestos” del 24/7/1968, en el caso “Lingüístico belga”, Serie A, N° 6, pág. 31, §§ 3 *in fine* e 4; “Golder vs. Reino Unido”, del 25/2/1975, Serie A, N° 18, pág. 18, § 35 *in fine*; “Luedicke, Belkacem e Koç”, del 28/11/1978, Serie A, N° 29, págs. 17-18, § 41; “Marckx”, del 13/6/1979, Serie A, N° 31, pág. 15, § 31, apud. Bertrand FRAVREAU, “Aux sources du procès équitable une certaine idée de la qualité de la Justice”, in *Le procès équitable et la protection juridictionnelle du citoyen*, Bruxelles, Bruylant, 2001, pág. 11 y nota 3.

⁴ Casos “Arestos Levages Prestations Services vs. França”, del 23/10/1996, *Recueil*, 1996-V, pág. 1996-V, pág. 1543, § 40; “Brualla Gómez de la Torre vs. Agne”, del 19/12/1997, § 33; “García Manibardo vs. Espanha”, del 15/2/2000, apud. Bertrand FRAVREAU, ob. cit., pág. 11 nota 8.

⁵ Sent. N° 57, del 8/5/1984, en la línea de otros precedentes, como lo resalta Francisco CHAMORRO BERNAL, *La tutela...* cit., pág. 315. Más adelante, ob. cit., pág. 317, refiere que el mismo tribunal entendió que había un exceso de formalismo en la inadmisión de un recurso porque le faltaban 360 pesetas monto de 327.846.

⁶ Es oportuna la recomendación de José Rogério CRUZ E TUCCI, *Tempo e processo*, São Paulo, RT, 1997, pág. 146, *passim*, en cuanto a la necesidad de que sean adoptados mecanismos endoprocesales de represión de la chicana, de aceleración del proceso y de control (jurisdiccional) externo de la lentitud.

⁷ Ada PELLEGRINI GRINOVER, “Procedimientos preliminares o sumarios: alcance e importancia”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal*, año III, N° 4, 2004, Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, Rubinzal-Culzoni, febrero 2004.

⁸ Ada PELLEGRINI GRINOVER, “Procedimientos...” cit., pág. 251.

⁹ *I. Código Procesal Civil y Comercial de la provincia de Corrientes*

“Capítulo I.

Art. 785.- Petición urgente. Ante solicitud fundada de parte, explicando con claridad en qué consisten sus derechos y su urgencia y aportando todos los elementos probatorios que fundamentan la petición y que es impostergable prestar tutela judicial inmediata, el juez o tribunal deberá excepcionalmente, ordenar medidas autosatisfactivas, según

fueren las circunstancias del caso, valoradas motivadamente y se podrá exigir la prestación de caución real o personal, determinando en estos casos la vigencia.

Art. 786.- Presupuestos. Para poder dictar resolución favorable se presuponen la concurrencia de los siguientes presupuestos:

a) Que fuera necesaria la cesación inmediata de conductas o vías de hecho producidas o inminentes, contrarias a derechos según la legislación procesal o de fondo.

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) Se podrán fijar límites temporales a las medidas autosatisfactivas que se despachen y disponer, a solicitud de parte, prórrogas de las mismas.

Art. 787.- Sustanciación. Los jueces deberán decretar directamente la medida autosatisfactiva postulada o excepcionalmente según fueran las circunstancias del caso y la materia de la medida, someterla a una previa reducida sustanciación, que no excederá de conceder a quien correspondiere la posibilidad de ser oído.

Art. 788.- Suspensión provisoria. Se podrá solicitar la suspensión provisoria de la medida autosatisfactiva que lo afectare, en el supuesto que acreditare *prima facie* la existencia de la posibilidad sufrir un perjuicio de difícil o imposible reparación, previo ofrecimiento y prestación de contracautela suficiente.

Art. 789.- Imputación. El legitimado para contradecir la 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.

Art. 790.- Principios de instrumentalidad. Caducidad. No rigen en la materia los principios de instrumentalidad y caducidad propios del proceso cautelar”.

2. Ley de violencia familiar 11.529 de la provincia de Santa Fe

Art. 5º.- “Medidas autosatisfactivas. El juez interviniente, al tomar conocimiento de los hechos denunciados, medie o no el informe a que refiere el artículo anterior, podrá adoptar de inmediato alguna de las siguientes medidas, a saber: a) ordenar la exclusión del agresor de la vivienda donde habita con el grupo familiar, disponiendo -en su caso- la residencia en lugares adecuados a los fines de su control; b) prohibir el acceso del agresor al lugar donde habita la persona agredida y/o desempeña su trabajo y/o en los establecimientos educativos donde concurre la misma o miembros de su grupo familiar; c) disponer el reintegro al domicilio a pedido de quien ha debido salir del mismo, por razones de seguridad personal...”.

3. Código Procesal Civil y Comercial de la provincia del Chaco

La ley 4559 de la provincia del Chaco incorporó al Código Procesal Civil y Comercial de esa provincia el art. 232 bis, que reza: “Los jueces a pedido fundado de parte, respaldado por prueba que demuestre una probabilidad cierta de que lo postulado resulta atendible y que es impostergable prestar tutela judicial inmediata, deberán excepcionalmente, ordenar medidas autosatisfactivas. Según fueren las circunstancias del caso, valoradas motivadamente por el juez, éste podrá exigir la prestación de cautela suficiente. Los despachos favorables de medidas autosatisfactivas presuponen la concurrencia de los siguientes recaudos y quedarán sujetas al régimen que a continuación se describe: 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 autosatisfactivas que despacharen y disponer, a solicitud de parte, prórrogas de las 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 juicio 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 autosatisfactiva 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”.

4. Código Procesal Civil y Comercial de la provincia de La Pampa

A su turno, la provincia de La Pampa consagró legislativamente a las medidas autosatisfactivas en su art. 305 del Código Procesal Civil y Comercial de este tenor: “Quien se encuentra en la situación prevista por los arts. 302 de este Código y 1º de la ley 703 (ALJA 1976-A-574), la que modifique o sustituya, y sostenga que la protección de su interés jurídico no requerirá de la ulterior promoción de un proceso de conocimiento, podrá solicitar al juez que adopte las medidas autosatisfactivas que sean necesarias, en caso de que la protección judicial no pueda ser lograda por otra vía legal eficaz. Por ello deberá explicar con claridad en qué consiste su derecho y su urgencia y aportar todos los elementos probatorios que fundamenten la petición. El juez se pronunciará con la urgencia que el caso requiera, concediendo o denegando la medida. Cuando sea posible, la sustanciará previa y brevemente con quien corresponda. Al decretar la medida, el juez podrá: 1) exigir al peticionante caución real o personal. En este caso, determinará cuál ha de ser su vigencia; 2) limitar la vigencia temporal de la medida, sin perjuicio de su ulterior prórroga. Podrá también modificarla, sustituirla o dejarla sin efecto, cuando las circunstancias posteriores lo justifiquen. A las medidas autosatisfactivas no les será aplicable el art. 201. El legitimado para oponerse a la medida, podrá: a) pedir la suspensión, en caso de que pueda sufrir un perjuicio de imposible o difícil reparación; para ello deberá ofrecer caución suficiente; b) interponer recurso de revocatoria. El mismo deberá ser acompañado de toda la prueba que lo fundamente. El juez lo resolverá sin más trámite o lo sustanciará en forma breve, cuando exista posibilidad de hacerlo; c) interponer recurso de apelación directo o en subsidio al de revocatoria, que será concedido en efecto devolutivo; d) promover el proceso de conocimiento que corresponda, cuya iniciación no afectará por sí sola la vigencia de la medida. Interpuesto el recurso de apelación se pierde la posibilidad de iniciar este proceso”.

5. Algunos proyectos legislativos provinciales

1. Proyecto de Código Procesal Civil y Comercial de la provincia de Santa Fe

El Proyecto del Código Procesal Civil y Comercial de la provincia de Santa Fe (plan estratégico provincial) prevé agregar al vigente art. 290 CPCCSF lo siguiente: “Los jueces podrán decretar, prudencial y excepcionalmente, medidas urgentes distintas de las reguladas expresamente por este código. Requiriéndose una solución urgente no cautelar, podrá solicitarse el despacho de una medida autosatisfactiva cuando existiere una palmaria verosimilitud del derecho alegado, previa prestación de contracautela que podrá dispensarse en mérito de las circunstancias del caso. El pedido, que deberá aportar elementos probatorios *prima facie* de lo argumentado, será sustanciado exclusivamente mediante un traslado o la celebración de una audiencia. El tribunal podrá, excepcionalmente, ordenarla sin previa audiencia del destinatario cuando se demuestre *prima facie* la absoluta impostergabilidad de la solución requerida. La resolución que declare procedente una medida autosatisfactiva será apelable con efecto devolutivo, y cualquier incidencia que promoviere su destinatario no impedirá la ejecución de lo ordenado. La medida autosatisfactiva podrá ser sujeta a límites temporales prorrogables a pedido de parte, y no se encuentra sometida a los principios de instrumentalidad y caducidad propios del proceso cautelar”.

2. Proyecto de Código Procesal Civil y Comercial de la provincia de San Juan

Recientemente, el Proyecto de Código Procesal Civil y Comercial de San Juan incorporó el capítulo de “Procesos urgentes”:

Art. 693.- “Procesos urgentes. En casos de extrema urgencia, si fuese necesario para salvaguardar derechos fundamentales de las personas, el juez podrá resolver la pretensión del peticionario acortando los plazos previstos para el proceso abreviado y tomando las medidas que juzgue necesarias para una tutela real y efectiva. Excepcionalmente podrá decidir sin sustanciación. Las normas que regulan las medidas cautelares serán de aplicación supletoria, en lo que fuese pertinente y compatible con la petición”.

Capítulo II

Satisfacción inmediata de pretensión

Art. 694.- “Satisfacción inmediata de pretensión. Trámite. Oposición y recursos. Los jueces, a pedido fundado de parte, respaldado por prueba que demuestre una probabilidad cierta de su atendibilidad y que es impostergable prestarle tutela judicial inmediata, podrá excepcionalmente otorgarla sin necesidad de un proceso autónomo.

Podrá exigir una garantía suficiente, valorando motivadamente las circunstancias del caso.

Los despachos favorables de esta protección presuponen la concurrencia simultánea de los siguientes recaudos:

- 1) La necesidad de satisfacer una obligación incondicionada impuesta por ley, o hacer cesar de inmediato conductas o vías de hecho, producidas o inminentes, contrarias a derecho según la legislación de fondo.
- 2) Que el postulante limite su interés a obtener una solución de urgencia no cautelar que no se extienda a la declaración judicial de derechos conexos o afines, y sostenga que la protección de su interés jurídico no requerirá de la ulterior promoción de un proceso de conocimiento.

El juez, previo a despachar la decisión, deberá oír a la contraparte, en una breve sustanciación, aplicando en lo pertinente las normas sobre incidentes. Según las circunstancias del caso, podrá ordenar derechamente la medida,

posponiendo la sustanciación para cuando aquélla se hubiere cumplido. En todos los casos, la resolución deberá ser notificada al afectado personalmente o por cédula.

El legitimado que se hubiere opuesto o no hubiere sido citado podrá impugnarla mediante recurso de apelación sin efecto suspensivo o mediante juicio declarativo de oposición, y en su caso de daños y perjuicios el que tramitará como proceso abreviado. Este juicio también podrá ser deducido por quienes no hubieren deducido oposición.

Elegida una vía de oposición, no podrá ser ejercida otra”.

3. Anteproyecto del Código Procesal Civil y Comercial de la provincia de Neuquén

Alternativa uno

Art. 230.- Situaciones excepcionales. “En situaciones excepcionales y cuando se acreditara fehacientemente la existencia de grave riesgo para derechos constitucionales, el juez podrá decretar las medidas que entienda útiles para su protección, pudiendo, a su arbitrio, reducir los plazos, limitar provisoriamente o diferir el contradictorio, requiriendo, si así lo estimare conveniente las contracautelas del caso”.

Alternativa dos

“*Situaciones excepcionales Art. 230.- Tutela anticipada.* Luego de trabada la litis, a requerimiento de parte, el juez podrá anticipar, total o parcialmente, los efectos de la tutela pretendida en la demanda o reconvencción, siempre que: El derecho invocado resulte verosímil conforme los elementos de juicio obrantes en la causa.

Exista peligro de daño irreparable y grave al derecho del peticionante si la medida no se adoptase con urgencia impostergable.

Se efectivice caución suficiente, salvo que el peticionante se encontrase exento de darla de conformidad con lo dispuesto en el art. 200.

Procedimiento. Ulterioridades. Solicitada la tutela, el juez citará a las partes a audiencia urgente, donde las oír y recibirá en sumaria información las pruebas pertinentes; concluida la misma y sin otra sustanciación, resolverá.

La decisión no configurará prejuzgamiento y el proceso donde se anticipó la tutela continuará hasta su finalización.

Si cambiasen las condiciones que la determinaron, la tutela podrá ser dejada sin efecto durante la secuela del juicio o al dictarse sentencia definitiva.

El régimen de las eventuales modificaciones de sustancia y caución será el establecido para las medidas cautelares.

Medidas de efectividad inmediata. En aquellos supuestos excepcionales en que concurren en modo evidente los siguientes requisitos:

1. Se acredite la existencia de un interés tutelable cierto y manifiesto.
2. Su tutela inmediata sea imprescindible, produciéndose en caso contrario, su frustración.
3. No fuere necesaria la tramitación de un proceso de conocimiento autónomo.

Se podrán disponer las medidas que la índole de la protección adecuada indique, bajo la responsabilidad del peticionario. Si el juez lo entendiere necesario requerirá contracautela”.

¹⁰ Cit. por Sergio J. BARBERIO, *La medida autosatisfactiva*, Editorial Jurídica Panamericana, 2006, pág. 95.

¹¹ Fallo “Eliás”, resuelto por el Juzgado de Primera Instancia de Distrito Civil y Comercial de 5ª Nominación de Santa Fe, el 23/9/97.

¹² Fallo “Daehler”, resuelto por el Juzgado de Primera Instancia de Distrito de Villa Constitución, el 27/11/98.

¹³ Sergio J. BARBERIO, ob. cit., pág. 94.

¹⁴ Juzgado de 1ª Instancia en lo Civil y Comercial de Pergamino, 24/9/1998, “F. M.”, LLBA, 1998, pág. 1433.

¹⁵ Luiz Guilherme MARINONI, “El derecho fundamental de acción en la Constitución brasileña”, en Revista Jurisprudencia Santafesina, Editorial Panamericana, 2008.

PALABRAS DE CLAUSURA

EL GARANTISMO PROCESAL

por ADOLFO ALVARADO VELLOSO

Sumario: I. Introducción. II. La imparcialidad del juzgador. III. La actividad del juzgador en la etapa confirmatoria. III.1. La incumbencia de la confirmación (o de la prueba) (quién debe confirmar). IV. El derecho de audiencia y la desnaturalización del ámbito cautelar. IV.1. La sentencia autosatisfactiva. V. Conclusiones.

V. Introducción

El *garantismo procesal* es una posición doctrinal aferrada al mantenimiento de una irrestricta vigencia de la Constitución y, con ella, del orden legal vigente en el Estado en tanto tal orden se adecue en plenitud con las normas programáticas de esa misma Constitución. En otras palabras, los autores así enrolados no buscan un juez comprometido con persona o cosa distinta de la Constitución, sino a un juez que se empeñe en respetar a todo trance las garantías constitucionales.

La voz *garantista* o su sucedáneo *garantizador* proviene del subtítulo que Luigi Ferrajoli puso a su magnífica obra *Derecho y razón* y quiere significar que, por encima de la *ley* con minúscula está siempre la *Ley* con mayúscula (la Constitución). En otras palabras: guarda adecuado respeto a la gradación de la pirámide jurídica.

Esta posición se muestra antagónica con el *solidarismo procesal*. No se me escapa que las banderas que levanta el solidarismo (la Justicia, la Verdad, el compromiso del juez con su tiempo, con la sociedad, con el litigante mal defendido por su joven o ignaro novel abogado, etc.) ganan adeptos rápidamente, pues ¿quién no quiere la Justicia? ¿Quién no quiere la Verdad?

Pero no se trata de abandonar o de sustituir esas banderas para siempre sino -así de simple- de no colocarlas por encima de la Constitución. Recuerde el lector que la Inquisición española, por ejemplo, procurando la Verdad y con la confesada vocación de hacer Justicia a todo trance, institucionalizó la *tortura* como adecuado método para lograr los fines que se propusiera.

El *garantismo procesal* no tolera alzamiento alguno contra la norma fundamental; por lo contrario, se contenta modestamente con que los jueces -insisto que comprometidos *sólo con la ley*- declaren la *certeza de las relaciones jurídicas conflictivas* otorgando un adecuado derecho de defensa a todos los interesados y resguardando la igualdad procesal con una clara imparcialidad funcional para, así, hacer plenamente efectiva la tutela legal de todos los derechos.

Y ello, particularmente en el campo de lo penal, pues las garantías constitucionales son como el sol, que sale para todos. Muy especialmente, para quienes más las necesitan: los sometidos a juzgamiento.

Como se ve, el tema es reflejo actualizado del antiguo enfrentamiento de dos sistemas de enjuiciamiento que ya he mencionado antes: *inquisitivo* y *dispositivo*, que sigue vigente en forma inexplicable y con visos de no mejorar, al menos en el campo del derecho procesal civil.

En efecto: reitero acá que los procesalistas civiles sostienen cada día más denodadamente, la necesidad de dotar al juez de *mayores poderes instructorios*; a tal punto, que se ha llegado al glorioso extremo de sostener algún autor la irrelevancia del debate procesal cuando al juez actuante -sin escuchar previamente a aquél contra quien se dirige la pretensión (¿!) y que ha de sufrir de inmediato los efectos de la respectiva orden dirigida contra él- le parece que quien pretende tiene

directamente la razón (se habla de la existencia de *indicios vehementes*). Y por ello, aconsejan doctrinalmente otorgársela sin más (por ejemplo, en lo que denominan como *medidas autosatisfactivas*).

En cambio, los procesalistas penales -que trabajan con la vida, el honor y la libertad de las personas (y no sólo con sus patrimonios)- exigen cada día con más fuerza que se ¡retacee desde la ley toda posibilidad de actividad probatoria en el juez!

En fecha relativamente reciente -1998- ha comenzado la vigencia de un nuevo código procesal penal en la provincia de Buenos Aires que, enrolado en un claro sistema acusatorio, *prohíbe bajo pena de nulidad que el juez decreta oficiosamente medios de confirmación*. Extraño movimiento conceptual éste que muestra un exótico cruzamiento filosófico doctrinal: en tanto se pretende *penalizar cada vez más al proceso civil, se civiliza cada vez más el proceso penal*.

Volviendo al proceso civil, permítaseme analizar algunos de los aspectos en los que se reflejan las diferencias doctrinarias apuntadas.

II. La imparcialidad del juzgador

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

Esto que se presenta como obvio -y lo es- no lo es tanto a poco que el lector quiera estudiar el tema en las obras generales de la asignatura.

Verá en ellas que, al igual que lo que acaece con el concepto de *debido proceso*, la mayoría se maneja *por aproximación* y nadie lo define en términos positivos.

En realidad, creo que todos -particularmente los magistrados judiciales- sobreentienden tácitamente el concepto de imparcialidad pero -otra vez- nadie afirma en qué consiste con precisión y sin dudas.

Por eso es que se dice despreocupada y erróneamente que los jueces del sistema inquisitivo pueden ser y de hecho son imparciales en los procesos en los cuales actúan.

Pero hay algo más: la palabra *imparcialidad* significa varias cosas diferentes a la *falta de interés* que comúnmente se menciona en orden a definir la cotidiana labor de un juez.

Por ejemplo:

- ausencia de prejuicios de todo tipo (particularmente, raciales o religiosos);
- independencia de cualquier opinión y, consecuentemente, tener oídos sordos ante sugerencia o persuasión de parte interesada que pueda influir en su ánimo;
- no identificación con alguna ideología determinada;
- completa ajenidad frente a la posibilidad de dádiva o soborno; y a la influencia de la amistad, del odio, de un sentimiento caritativo, de la haraganería, de los deseos de lucimiento personal, de figuración periodística, etc..
- Y también es no involucrarse personal ni emocionalmente en el meollo del asunto litigioso;
- y evitar toda participación en la investigación de los hechos o en la formación de los elementos de convicción;
- así como de fallar según su propio conocimiento privado el asunto.
- Tampoco debe tener temor al qué dirán ni al apartamiento fundado de los precedentes judiciales, etc..

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

¿Cómo se vulnera el principio de *imparcialidad*? Veamos:

III. La actividad del juzgador en la etapa confirmatoria

El tema merece una aclaración previa: probablemente sea este tema el que mejor permite explicar cómo se ha llegado a una situación de crudo enfrentamiento doctrinal, toda vez que ahora cabe definir y ampliar o limitar la actividad de los jueces en cuanto a la tarea de confirmar procesalmente.

Durante casi toda la historia del derecho -en rigor, hasta la adopción irrestricta del *sistema inquisitivo* como perverso método de enjuiciamiento, admitido políticamente y justificado filosófica y jurídicamente durante casi ¡seiscientos años!- se aceptó en forma pacífica y en todo el universo entonces conocido que al juzgador -actuando dentro de un sistema *dispositivo*- sólo tocaba establecer en su sentencia la *fijación de los hechos* (entendiéndose por tal la definición de aquellos acerca de los cuales logró durante el proceso la *convicción de su existencia*, sin que preocupara en demasía a este sistema si los así aceptados coincidían *exactamente* con los acaecidos en el plano de la realidad social) y, luego, aplicar a tales hechos la norma jurídica correspondiente a la pretensión deducida.

La irrupción del sistema inquisitivo generó entre sus rápidamente numerosos partidarios una acerba crítica respecto de esta *posibilidad de no coincidencia* entre los hechos aceptados como tales en el proceso y los cumplidos en la realidad de la vida social.

Y esta fue la causa de que la doctrina comenzara a elaborar larga distinción entre lo que los autores llamaron la *verdad formal* (la que surge de la sentencia por la simple fijación de hechos efectuada por el juez a base de su propia convicción) (específica del *sistema dispositivo*) y la *verdad real* (la que establece la plena y perfecta coincidencia entre lo sentenciado y lo ocurrido en el plano de la realidad) (propia del *sistema inquisitivo*).

Por supuesto, la función del juzgador cambia radicalmente en uno y otro sistema:

a) en tanto en el primero, el juez sólo debe buscar -con clara imparcialidad en su actuación- el otorgamiento de *certeza* a las relaciones jurídicas a partir de las posiciones encontradas de los litigantes (aceptando sin más lo que ellos mismos aceptan acerca de cuáles son los hechos discutidos), con lo que se logra aquietar en lo posible los ánimos encontrados para recuperar la paz social perdida;

b) en el segundo, el juez actúa -comprometiendo su imparcialidad- como un verdadero *investigador* en orden a procurar la *Verdad* para lograr con ella hacer *Justicia* conforme con lo que él mismo entiende que es ese valor, convirtiéndose así en una rara mezcla del justiciero Robin Hood, del detective Sherlock Holmes y del buen juez Magnaud...

El tema no sólo es fascinante. Es preocupante. Gravemente preocupante.

Quienes aconsejan adoptar legislativamente la figura del *juez investigador* lo hacen partiendo de la base de que la Verdad y la Justicia son *valores absolutos*.

El asunto no es novedoso: el pensamiento griego se ocupó largamente de él al plantear los problemas axiológicos, entre los cuales cabe recordar uno de los de mayor importancia: ¿puede decirse que los valores de la vida *valen por sí mismos*, esencialmente, o, por lo contrario, que valen tan sólo porque *alguien los valora*...?

En otras palabras: los valores, como tales, ¿son *absolutos* o *relativos*? (Una puesta de sol o la *Gioconda*, por ejemplo, ¿son absoluta y esencialmente bellas o son bellas relativamente para mí, que las encuentro bellas, en tanto que pueden no serlo para otro?)

Traído el problema al terreno judicial parece fácil de resolver. En efecto: piénsese en un juzgador justiciero que, con rectitud y honestidad de espíritu, hace todo lo que está a su alcance para llegar a la *verdad real* de los hechos sometidos a su juzgamiento.

Y, después de ardua búsqueda, cree haber logrado esa verdad -en rigor, *la Verdad*, única y con mayúsculas- y, en base de ella, emite su fallo, por ejemplo, *absolviendo* al demandado o reo.

Adviértase que esta óptica muestra a la Verdad como un valor absoluto. De tal modo, *la Verdad es una e idéntica en todo tiempo y lugar y para todas las personas por igual*.

Piénsese también en que ese fallo es impugnado por el demandante o acusador perdidoso y, así, elevado el asunto a un tribunal superior donde también hay juzgadores justicieros, con igual o mayor rectitud y honestidad de espíritu que el juez inferior. Imagine ahora el lector que tales juzgadores, después de ardua búsqueda, creen haber llegado por ellos mismos a la *Verdad* -otra vez con mayúscula- que, lamentablemente, no coincide con la que había pregonado el inferior... Y, de tal manera, revocan su sentencia y, en su lugar, *condenan* al demandado o reo.

Y parece obvio destacar que la *segunda Verdad* debe privar por sobre la *primera Verdad*, por simple adecuación lógica del caso a la verticalidad propia de los estamentos que integran el Poder Judicial, en el cual *la Verdad* será sólo la que declare el último juzgador previsto como tal en el sistema de que se trate...

Lo primero que se le ocurrirá al lector -de seguro- es que lógicamente no pueden coexistir *dos Verdades antagónicas* acerca de un mismo tema, a menos que, en lugar de ser *la Verdad*, ambas sean la simple *verdad* de cada uno de los juzgadores (en rigor, *sus verdades*, que pueden o no coincidir con la *Verdad*).

Adviértase que, desde esta óptica, la verdad es un *valor relativo*. De tal modo, lo que es justo para uno puede no serlo para otro o lo que fue justo en el pasado o aquí puede no serlo en el presente o allá.

En otras palabras, hay *tantas verdades como personas pretenden definir las* (recuérdese, por ejemplo, que Aristóteles justificó la esclavitud... ¿Quién piensa lo mismo hoy?).

El problema ejemplificado excede el marco de una explicación lineal del tema. Pero sirve para comprender cabalmente que la *simple posibilidad de que el juzgador superior revoque la decisión del juzgador inferior* muestra que *la verdad* (así, con minúscula) es un *valor relativo*.

Si esto es correcto -y creo firmemente en que lo es- ¿cómo puede implementarse un sistema judicial en el cual se imponga al juez actuante *el deber de buscar la verdad real*...? ¿Cuál es la lógica de tan imprudente imposición?

Sin embargo, exactamente eso ha ocurrido en casi todas las legislaciones procesales (civiles y penales) del continente con el auspicio de importantes nombres de autores de prestigio que, increíblemente, continúan pontificando acerca de la necesidad de brindar más y mayores potestades a los jueces para buscar esa Verdad, a todas luces inalcanzable.

Dicho esto, recordamos que la serie procesal comprende cuatro pasos: *afirmación, negación, confirmación y alegación* (o evaluación o conclusión).

El desarrollo de tal serie sigue un orden estricto y puramente lógico, por lo que resulta *invariable* (no puede comenzar con la etapa de *negación* o con la de *confirmación*, por ejemplo) e *inmodificable* (en orden a mantener los principios que hacen a la existencia del *debido proceso*, no puede eliminarse alguna de dichas etapas, lo que desgraciadamente ocurre en la Argentina, donde se sacrifica la *seguridad jurídica* para lograr -ilusoriamente- mayor celeridad procesal).

En razón de que el objeto del proceso es la *sentencia*, en la cual el juzgador debe *normar específicamente* (aplicando siempre la ley preexistente o creándola al efecto en caso de inexistencia)

el caso justiciable presentado a su decisión, parece obvio señalar que debe contar para ello con un adecuado conocimiento del litigio a efectos de poder cumplir con su deber de resolverlo.

Por cierto, todo litigio parte siempre -y no puede ser de otra manera- de la afirmación de un *hecho* como acaecido en el plano de la realidad social (por ejemplo: le vendí a Juan una cosa, la entregué y no me fue pagada; Pedro me hurtó algo), hecho al cual el actor (o el acusador penal) encuadra en una norma legal (... quien compra una cosa debe abonar su precio; el que hurtare...). Y, a base de tal encuadramiento, pretende (recuérdese que -lógicamente- no puede haber demanda civil ni acusación penal sin pretensión) el dictado de una sentencia favorable a su propio interés: que el juzgador condene al comprador a pagar el precio de la cosa vendida o a cumplir una pena.

Insisto particular y vivamente en esto: no hay litigio (civil o penal) sin *hechos afirmados* que le sirvan de sustento.

De tal forma, el juzgador debe actuar en forma idéntica a lo que hace un historiador cualquiera para cumplir su actividad: colocado *en el presente* debe analizar hechos que se dicen cumplidos *en el pasado*.

Pero de aquí en más, las tareas de juzgador e historiador se diferencian radicalmente: en tanto éste puede darse por contento con los hechos de cuya existencia se ha convencido -y, por ello, los muestra y glosa- el juzgador debe *encuadrarlos necesariamente en una norma jurídica* (creada o a crear) y, en base de tal encuadramiento, ha de normar de modo imperativo para *lo futuro*, declarando un derecho y, en su caso, condenado a alguien al cumplimiento de una cierta conducta.

En otras palabras y para hacer más sencilla la frase: el juzgador analiza en el *presente* los hechos acaecidos en el *pasado* y, una vez convencido de ellos, dicta una norma jurídica individualizada que regirá en el *futuro* para todas las partes en litigio, sus sucesores y sustitutos procesales.

III.1. La incumbencia de la confirmación (o de la prueba) (quién debe confirmar)

Si al momento de sentenciar, el juez ignora a quién debe dar la razón cuando se encuentra con versiones antagónicas entre sí y que han sido esgrimidas acerca de un mismo hecho por ambas partes en litigio, es menester proporcionarle legalmente reglas claras a las cuales deba sujetarse en el supuesto de no lograr convicción acerca de la primacía de una de las versiones por sobre la otra.

Pues bien: el problema de determinar a quién le incumbe aportar al proceso la confirmación de los hechos afirmados por una de las partes y negados por la otra (itero que esos son los *hechos controvertidos*) es tan antiguo como el derecho mismo y ha preocupado por igual a la doctrina y a la jurisprudencia de todos los tiempos.

Parece ser que en los juzgamientos efectuados en los primeros períodos del desenvolvimiento del derecho romano, el pretor o el magistrado -luego de conocer cuáles eran los hechos susceptibles de ser confirmados- convocaba a las partes litigantes a una audiencia para establecer allí a quién le incumbía hacerlo sobre la exclusiva base de *la mejor posibilidad de confirmar* cada uno de los hechos controvertidos.

De aquí en más pesaba en el propio interés particular de cada litigante el confirmar el hecho atribuido por el magistrado, so pena de tenerlo por inexistente al momento de sentenciar.

Llegada la oportunidad de resolver el litigio, si el magistrado encontraba que carecía de hechos (en rigor de verdad, de confirmación -o prueba- acerca de esos hechos) o de norma que pudiera aplicar clara y directamente al caso, pronunciaba una frase que terminaba el proceso dejando subsistente el conflicto que lo había originado.

A este efecto, decía *non liquet* -no lo veo claro- y, por ello, se abstenía de emitir sentencia (si bien se piensa ese *no juzgamiento* es lo que se conoce doctrinalmente con el nombre de *sobreseimiento*).

Pero en algún momento de la historia fue menester cambiar la pauta relativa a la *mejor posibilidad o facilidad de confirmar* pues ella estaba -está- conformada por criterios de *pura subjetividad* y, por ende, de *total relatividad*: adviértase que lo que puede resultar fácticamente sencillo de hacer para uno puede ser imposible para otro.

Cuando el pretor dejó de establecer en cada caso concreto a quién incumbía la tarea de confirmar en base de la facilidad que tenía para hacerlo y se generó una regla de carácter general, la cosa cambió: ahora, la incumbencia de “probar” (confirmar) comenzó a pesar exclusiva y objetivamente en cabeza del propio actor o pretendiente (en rigor, quien había *afirmado el hecho litigioso* y no del que lo había negado, por sencillo que le resultara “probar” lo contrario). Y ello quedó plasmado en el brocárdico *el que afirma, prueba*, de uso judicial todavía en la actualidad.

A mediados del siglo XIX, el codificador argentino advirtió el grave problema que entraña la posibilidad de emitir un pronunciamiento *non liquet* y decidió terminar con ella. Y así, estableció en el art. 15 del Código Civil que “Los jueces no pueden dejar de juzgar bajo el pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de las leyes”. Otro tanto ha ocurrido en casi todos los países de América latina.

No obstante tal disposición, el problema se mantuvo idéntico hasta hoy, pues la norma transcrita resolvió qué hacer en caso de *carencia de norma* pero dejó irresuelto el supuesto de *carencia de hechos* o, mejor aún, de *carencia de prueba acerca de esos hechos*.

Y ello porque la regla que establece que el que afirma, prueba resultó incompleta por su excesiva latitud. Otro tanto ocurre respecto del llamado *hecho negativo*.

Ya que, según se ve, el problema no fue resuelto por el codificador, la doctrina procesalista ha debido encarar el tema y buscar su solución en base de pautas concretas y de pura objetividad.

Para ello se han sustentado diversas teorías, defendidas y criticadas con ahínco por los estudiosos que se han ocupado del tema.

Y entre ellas, comenzando por reiterar algunas de las ya mencionadas al presentar el problema, se ha dicho que incumbe la carga confirmatoria:

a) al *actor* en todos los casos, pero le otorga esta calidad al *demandado* en cuanto a sus excepciones;

b) a *quien afirma un hecho* y no al que simplemente lo niega;

c) al *actor* respecto de los hechos en que se basan sus pretensiones, y al *demandado* en cuanto los que justifican sus excepciones;

d) a *quien alega un hecho anormal* respecto del estado habitual de las cosas, ya que la normalidad se presume lógicamente;

e) a *quien pretende innovar* en una relación cualquiera, entendiéndose con ello que lo que se modifica es la normalidad;

f) a *cada una de las partes respecto de los presupuestos de hecho de la norma jurídica que le es favorable* (esta tesis ha sido recibida y es norma expresa en la mayoría de las legislaciones contemporáneas). En rigor de verdad, si se comprende sistémicamente su significado y no se la deforma para forzar su aplicación, la norma que consagra esta teoría es más que suficiente para que todo el mundo sepa a qué atenerse;

g) a quien busca lograr un cierto efecto jurídico;

h) a quien tiene interés en que un hecho afirmado sea considerado como verdadero;

i) a *quien afirma un cierto tipo de hecho*, que luego explicaré con detenimiento.

En general, nada de ello ha servido para hacer sencilla la regla de juzgamiento implícita en la determinación de la incumbencia de la carga de confirmar. Antes bien, todas las tesis reseñadas han

sido desinterpretadas por la jurisprudencia, generando así, algunas veces, un caos evidente que resulta imposible de soportar.

A mi juicio, la mejor forma de explicar el tema se ha logrado a partir de la aplicación de la pauta citada precedentemente en el punto f), generadora de reglas que cubren todos los supuestos fácticos susceptibles de ser esgrimidos en un proceso, dejando con ello definitivamente erradicada la posibilidad de emitir un pronunciamiento *non liquet*.

Tales reglas indican que debe tenerse en cuenta el tipo de *hecho* que se afirma como sustento del encuadre o implicación jurídica que esgrime el pretendiente en su demanda o quien se defiende en oportunidad de deducir excepciones.

Debe quedar en claro ahora que se entiende por *hecho* la *acción y efecto de hacer algo* o, mejor aún, *todo acontecimiento o suceso susceptible de producir alguna adquisición, modificación, transferencia o extinción de un derecho u obligación*.

Así concebido, un hecho puede ser producido por la *naturaleza* (granizo, inundación) o por el *hombre* (contrato, daño).

Reiterando: a los efectos de esta explicación, el *hecho* puede ser:

a) *generador del derecho o de la responsabilidad* que se afirma en la demanda como fundante de una pretensión cualquiera, y

b) *eximente de responsabilidad o demostrativo de la inexistencia del derecho* pretendido, que se afirma como fundamento fáctico de una excepción cualquiera.

Y, ahora sí, ya se puede explicar que debe confirmar quien alega la existencia de un *hecho constitutivo*, de un *hecho extintivo*, de un *hecho invalidativo*, de un *hecho convalidativo* o de un *hecho impeditivo*, no importando al efecto que sea el actor o el demandado quienes lo hayan invocado. Veamos qué es cada uno de ellos.

a) *Hecho constitutivo*:

Es el que sostiene todo pretendiente al imputar responsabilidad o demandar la declaración de un derecho con basamento en ese específico hecho, del que afirma que emerge el efecto pretendido.

Por ejemplo, se sostiene en la demanda la existencia de un préstamo de dinero que no ha sido devuelto, o la comisión de un ilícito civil generador de responsabilidad aquiliana o, en términos similares, que ha transcurrido el plazo necesario para que la posesión pueda derivar en derecho de propiedad o para declarar la prescripción liberatoria, etc..

Caso de *ser negado* el hecho constitutivo, debe ser confirmado por el propio pretendiente y nada debe hacer al respecto el demandado que simplemente lo ha negado.

Si la confirmación es convincente para el juez, ganará el pleito el actor. Caso contrario, lo perderá sin que el demandado haya realizado tarea alguna al respecto;

b) *Hecho extintivo*:

Es el que afirma todo resistente para liberarse de la responsabilidad imputada o evitar la declaración del derecho pretendido en base del hecho constitutivo, pues implica por sí mismo la inexistencia de tal responsabilidad o derecho.

Por ejemplo, el demandado sostiene al oponer excepciones en la etapa de negación que ha pagado la obligación cuyo cumplimiento le reclama el actor o que la posesión alegada fue interrumpida, etc..

En caso de *ser alegado* este tipo de hecho, debe ser acreditado exclusivamente por el propio excepcionante, con lo cual se releva de toda carga confirmatoria al actor respecto del hecho constitutivo alegado por él.

En otras palabras: si el excepcionante afirma haber pagado el mutuo alegado por el actor, debe confirmar dicho pago. Y, nótese bien, en este caso nada debe confirmar el actor en cuanto al hecho constitutivo por él alegado, toda vez que no se justifica lógicamente la afirmación de un pago sin reconocer implícitamente la existencia del préstamo que tal pago extinguió.

Así, toda la tarea confirmatoria pesará en el caso sobre el excepcionante, quien ganará el pleito en el supuesto de lograr la respectiva confirmación y lo perderá en el caso contrario (y, así, ganará el actor aunque nada haya hecho en el campo confirmatorio).

Como se ve y se ratificará luego, en el juego de posibles confirmaciones se trabaja siempre sólo sobre el último hecho afirmado en la cadena de *constitución, extinción, invalidación y convalidación* antes referida;

c) Hecho *invalidativo*:

Es el que afirma todo aquél contra quien se ha opuesto un hecho constitutivo o un hecho extintivo del hecho constitutivo alegado para fundar la respectiva pretensión.

Por ejemplo: si Pedro sostiene que contrató un mutuo con Juan, afirmando que éste recibió el dinero y que no lo devolvió oportunamente (*hecho constitutivo*) y, a su turno, Juan afirma que pagó a Pedro tal dinero (*hecho extintivo*), el mismo Pedro puede alegar ahora que el pago se hizo indebidamente a un tercero (*hecho invalidativo*) y que, por ende, no lo recibió; por tanto, como quien paga mal debe pagar dos veces, espera ahora la condigna condena a su favor.

Este tipo de hecho debe ser confirmado por quien lo alega. En caso de no hacerlo (y sólo este hecho, ya que el constitutivo se encuentra exento de confirmación -pues es lógico presumir que quien pagó es porque debía- y que el hecho extintivo también está exento de confirmación -ya que si se afirma que el pago es inválido es porque se reconoce el hecho de haber sido realizado-) ganará el pleito el que alegó el último hecho implícitamente aceptado: el del pago, al que se tendrá como existente).

d) Hecho *convalidativo*:

Es el que afirma todo aquél contra quien se ha opuesto un hecho invalidativo de un hecho extintivo de un hecho constitutivo.

Por ejemplo, si en el caso recién relatado, Juan reconoce haber pagado a un tercero y afirma que, a la postre, éste entregó el dinero al propio Pedro -con lo cual recibió finalmente su acreencia- parece claro que la invalidez del pago ha quedado convalidada.

De modo similar al expresado antes, aquí Juan habrá de confirmar sólo el hecho convalidativo, quedando todos los demás fuera de la tarea confirmatoria. Y resultará con ello que ganará el pleito si logra hacerlo y lo perderá en caso contrario.

(Sé que a esta altura de la explicación ella se asemeja grandemente a una suerte de extraño trabalenguas. Pero insisto con la buscada repetición de palabras pues creo que de tal forma ayudo a que el lector fije definitivamente el concepto);

e) Hecho *impeditivo*:

Es el que afirma una parte sosteniendo la ausencia en el hecho constitutivo o en el hecho extintivo de alguno de los requisitos generales que son comunes a todas las relaciones jurídicas (por ejemplo, la capacidad de las partes, la libertad con la cual fue expresado el consentimiento -cuando éste es necesario, la existencia de vicios del consentimiento, la ilicitud de la causa obligacional, etc.).

Similarmente, es el que se refiere a la ineficacia del *proceso como medio* para debatir en él la pretensión (por ejemplo, se afirma que el juez actuante es incompetente, que el actor carece de personalidad, que la demanda es oscura, etc.).

La carga de confirmar este tipo de hecho pesa exclusivamente sobre la parte que lo invocó.

Con toda esta compleja elaboración para determinar con precisión a quién incumbe la carga de confirmar en el proceso, se ha llegado a establecer desde la propia ley un claro criterio objetivo que indica al juez qué hacer cuando no hay elementos suficientes confirmatorios productores de convicción.

En efecto: si al momento de sentenciar, un juez se encuentra con un caso en el que hay varias declaraciones testimoniales acordes entre sí, una buena pericia que responde al interrogatorio formulado al efecto y varios documentos que acreditan los hechos litigiosos, el juez falla según la interpretación que haga de la suma de tales medios y, por supuesto, no se pregunta a quién le incumbía la carga de confirmar. No le hace falta hacer esa indagación.

En cambio, si el juez carece de elementos confirmatorios suficientes para que pueda formar su convicción en uno u otro sentido, como no puede ordenar por sí mismo la producción de medio alguno de confirmación y como tampoco puede hacer valer su conocimiento personal del asunto a fallar, recién ahí se interroga acerca de quién debía confirmar determinado hecho y no lo hizo.

Y la respuesta a ese interrogante sella definitivamente la suerte del litigio: *quien debió confirmar su afirmación y no lo hizo*, pierde el pleito aunque su contraparte no haya hecho nada al respecto. Así de fácil.

Comprenderá ahora el lector, la enorme importancia del tema en estudio: se trata, simplemente, de facilitar la labor del juez al momento de fallar, otorgándole herramientas que le **imposibiliten** tanto el pronunciamiento *non liquet* como su propia actuación confirmatoria, involucrándose con ello personalmente en el resultado del juicio.

Sostuve antes que las reglas de la *carga de la prueba* constituyen, en verdad, directivas para el juzgador, pues no tratan de fijar quién debe asumir la tarea de confirmar sino *de quién asume el riesgo de que falte al momento de resolver el litigio*.

Sin embargo, este fatigoso y largo esfuerzo para lograr parámetros de pura objetividad a fin de permitir un rápido y seguro juzgamiento de cualquier litigio por un juez que se concreta a mantener la paz social dando certeza a las relaciones de las partes encontradas y asegurando el efectivo cumplimiento de las promesas y garantías brindadas por el constituyente y por el legislador, está siendo dejado de lado en los últimos años.

Al comienzo, y sin entender bien el concepto de *carga*, alguna jurisprudencia la hizo pesar *sobre ambas partes por igual* (¡!).

Por ejemplo, durante la década de los 60 rigió en la Argentina una ley que congelaba todas las locaciones de inmuebles urbanos e impedía actualizar el monto del alquiler a menos que el inquilino *tuviera suficientes medios de fortuna (u otras propiedades) como para poder pagar un canon liberado*. Este precepto -que en la jerga tribunalicia se denominó como de *inquilino pudiente*- generó una ola de pleitos en los cuales el actor debía lograr del juez la plena convicción de la *pudiencia* del inquilino, cosa que no era fácil de hacer. Como en rigor de verdad se trataba de una "*prueba*" *diabólica* por el carácter local de los diversos registros de propiedades con que todavía cuenta el país, algunos jueces comenzaron a imponer una suerte de extraña inversión o complementación de la carga confirmatoria, sosteniendo que la *pudiencia* era un hecho que debía ser acreditado *por ambas partes por igual*.

Por cierto, el argumento reñía con la técnica procesal y, sobre todo, con la lógica.

Con posterioridad, conocida doctrina americana comenzó a insistir en la necesidad de lograr la vigencia en el proceso de una adecuada y justa *ética de la solidaridad* entre ambos contendientes, exigiendo para ello, la plena y total *colaboración de una parte con la otra* en todo lo que fuere menester para lograr la producción eficiente de un medio cualquiera de confirmación.

A mi juicio, esta doctrina es exótica y divorciada de la realidad de la vida tribunalicia, por lo que merece ser sepultada en el olvido.

Sin embargo, actualmente tal doctrina ha ido mucho más lejos respecto de la vigencia de la carga de confirmar. Y es que, so pretexto de que la justicia debe merecer un tratamiento más ágil y eficiente en esta época que ha dado en llamarse *posmodernista*, algunos jueces con alma de pretores desean volver raudamente a las incertidumbres del pasado.

En esta tesitura, sin sentirse vinculados a un orden jurídico previo, creen que pueden cambiar las reglas procedimentales según sus propias opiniones -haciéndose eco de otros sistemas jurídicos no vigentes en nuestros países- y con olvido del claro mandato constitucional que establece la inviolabilidad de la defensa en juicio. Y así, han decidido dejar de lado, las reglas normativas de la incumbencia confirmatoria recién explicadas, variándolas en cada caso concreto por la mera aplicación caprichosa de las antiguas reglas subjetivas de la *facilidad* o de la mejor *posibilidad de "probar"*.

Con estos alcances es que se habla hoy de las *cargas dinámicas probatorias* que, más allá de las buenas intenciones que animan a sus sostenedores, no puedo compartir en tanto repugnan al texto expreso de la ley y, con ello, se acercan peligrosamente al prevaricato.

Para que se entienda adecuadamente la seriedad de la crítica, debo recordar que hay códigos en América latina que nada establecen en cuanto al tema en trato. En los lugares donde ello ocurre (por ejemplo, en la provincia de Santa Fe, Argentina) es la sola doctrina la que se encarga de explicitar a quién incumbe la tarea de efectuar la confirmación procesal.

Por tanto, si un juez sostiene algo diferente, no viola el texto expreso de la ley y puede imponer la incumbencia confirmatoria que se le ocurra.

Y así, con indudable actitud justiciera, alguna jurisprudencia comenzó a sostener, *en el momento mismo de sentenciar un recurso de apelación* -es decir, después de que el proceso terminó- que *si bien no fue adecuadamente confirmado por el actor el hecho constitutivo de la imputada responsabilidad aquiliana, ello carecía de importancia en la especie pues la respectiva carga* (cabría preguntar ¿de qué?) *correspondía a la contraparte y, por tanto, al nada haber acreditado ésta, debía acogerse sin más la pretensión demandada* (!!).

En otras palabras: quien así sentenció el pleito *varió a su voluntad las reglas del juego a las cuales se ajustaron los contrincantes durante todo el proceso. ¡Sólo que lo hizo después de que el juego terminó!* Y esto parece de ilegitimidad manifiesta por más que pueda ser justa la solución dada al caso.

Pero hay lugares donde ocurre exactamente lo contrario a lo hasta aquí relatado.

Por ejemplo, en el C.P.C.C. de la Nación argentina, en cuyo art. 377 se establece con absoluta claridad que: "Incumbirá la carga de la prueba a la parte que afirme la existencia de un hecho controvertido o de un precepto jurídico que el juez o el tribunal no tenga el deber de conocer. Cada una de las partes deberá probar el presupuesto de hecho de la norma o normas que indicare como fundamento de su pretensión, defensa o excepción...".

Resulta ya claro que la tesis que acepta sin más la vigencia de las *cargas dinámicas "probatorias"* no puede coexistir con la norma pretranscrita, por cuya razón creo que no es menester insistir abundando en el tema.

En definitiva: la ley -y sólo la ley, nunca la jurisprudencia- es la que regula todo lo referente a la incumbencia confirmatoria a fin de dar total y objetiva seguridad a la actividad que los jueces cumplen al sentenciar, evitando así que ellos puedan alterar las reglas del *onus probandi* a discreción y una vez que el pleito ha finalizado.

En otras palabras y recurrentemente: *cambiar las reglas del juego después de que el juego terminó*, convirtiendo en ganador al claro perdedor según las normas tenidas en cuenta por los jugadores durante todo el desarrollo del certamen, no sólo es actitud tramposa sino que, en el

proceso, viola la garantía de la defensa en juicio. ¡Por mucho empeño justiciero que ostente el juez actuante!

Reitero conceptos para fijarlos en el lector: como se ha visto hasta aquí, el tema en tratamiento relativo a la *incumbencia confirmatoria* -que habitualmente se estudia con el nombre de *carga de la prueba*- no es en sí mismo un tema propio de la confirmación procesal sino que es, en esencia, una *clara regla de juzgamiento* dirigida al juez para que sepa a qué atenerse cuando carece de elementos de confirmación acerca de los hechos litigiosos sobre los cuales debe fallar. Y como es obvio, tal regla no sólo debe ser precisa sino de cumplimiento objetivo y acatamiento irrestricto.

Finalmente: se sostiene en doctrina que las reglas de la carga confirmatoria no pueden ser alteradas por las partes, so pretexto del orden público que domina la legislación procedimental.

No coincido con tal afirmación. Antes bien, he sostenido antes de ahora que *no hay orden público procesal en materia transigible* y, que el principal creador de normas procesales debe ser el propio litigante. Por lo demás, no creo que nada pueda evitarlo en un régimen constitucional en el que está permitido todo lo no expresamente prohibido por la ley.

Hasta aquí me he ocupado del tema desde una óptica propia de la pretensión civil. Veamos ahora si los conceptos ya expuestos pueden o no aplicarse al campo de lo penal.

Afirma la doctrina generalizada -computo aquí a la mayoría de los autores que imponen actualmente opinión jurisprudencial en los diferentes países de nuestro continente- que el concepto de *carga "probatoria"* (confirmatoria) ha fracasado al ser transportado al proceso penal, donde -antes que de *cargas*- cabe hablar de *deberes funcionales administrativos* del Ministerio Fiscal (pues no cabe afirmar jurídicamente que el fiscal sea titular de un interés interno en antagonismo con el del imputado. Por ello es que nunca puede decirse que el órgano de la acusación resulta vencido cuando no prueba la imputación pues el interés de la sociedad está en el castigo del culpable y en la represión del delito en tanto exista, precisamente, un culpable) y de *deberes jurisdiccionales* del juez en los sistemas inquisitivos consagrados legalmente en casi toda América latina.

En esta tónica, tales autores se manejan exclusivamente con el sintagma *in dubio pro reo* y exigen ingenuamente la colaboración del propio imputado, ¡a quien sí hacen soportar una especie de *minicarga probatoria* que le permita *ayudarse* a salir con bien del proceso!

El tema entraña notable gravedad.

En la relación (*exposición de motivos*) del Proyecto de Código para Italia de 1930 se dijo: "Sagrado e inviolable es, sin duda, el derecho de defensa. Ciertamente indiscutible el principio de que al imputado no se le puede considerar culpable antes de la sentencia irrevocable de condena. Pero que se lo haya de conceputar *inocente* mientras se procede contra él por serle imputado el delito, es una tal enormidad, una tan patente inversión del sentido común, lógico y jurídico, que no se puede admitir ni aun como forma retórica. Mientras hay un proceso en curso, no hay ni culpable ni inocente sino únicamente imputado. Sólo en el momento en que recaiga sentencia se sabrá si es culpable o inocente".

Como es fácil de comprender, estas posturas se explican sólo si forman la glosa de un sistema inquisitivo. Pero resultan por completo inexplicables en un proceso de corte acusatorio puro.

De ahí que crea que nada empece a aplicar literalmente los principios que regulan la carga confirmatoria en proceso penal donde el fiscal -parte acusadora- actúa como representante de la sociedad toda, con obvio interés jurídico en erradicar la actividad delictiva y, así, mantiene una actitud procesal antagónica con la del imputado.

Por supuesto, descarto totalmente que el juez pueda llevar adelante por sí mismo la pretensión punitiva de la sociedad y que esté facultado para producir personalmente medios de confirmación que hacen al cargo imputado.

Finalmente: el *principio* o *estado de inocencia* que se encuentra ínsito en la cláusula *in dubio pro reo*, no juega cuando existe carencia de medios de confirmación (a la que se aplican las reglas del *onus probandi*) sino -todo lo contrario- cuando hay suficientes elementos de confirmación que, no obstante, no logran forjar la convicción de culpabilidad en la mente del juez. Ello es lo que genera la *duda* y tal duda es la que lleva a la *absolución*.

IV. El derecho de audiencia y la desnaturalización del ámbito cautelar

Habitualmente, toda la doctrina que se ocupa de este tema en América lo estudia bajo la denominación de *medidas cautelares* o *precautorias*, de muy antigua raigambre legislativa.

También se las conoce como *acciones cautelares*, y como *acciones asegurativas*, y como *acciones garantizadoras*, y como *procesos cautelares* y como *providencias cautelares*. Como luego se verá, nada de todo eso es.

A pesar de que varios autores argentinos elogian y defienden la designación de *medidas cautelares*, creo que con ella se peca, nuevamente, de grave defecto terminológico que lleva a seria confusión al legislador y, a consecuencia de ello, a los magistrados judiciales.

En efecto: castizamente, la voz *medida* ostenta inusual amplitud de significados y ninguno encierra cabalmente lo que con ello se menciona en el derecho procesal. Ya se comprenderá el porqué.

Igual ocurre con la palabra *precautoria*, que tampoco describe integralmente el fenómeno que se analiza.

Por mi parte, prefiero utilizar el sintagma *petición cautelar*, por las razones que se verán en el punto siguiente.

Con los imprecisos alcances ya vistos, la tutela judicial *cautelar* (o *precautoria*) se ocupó primariamente y desde antaño en proteger el crédito del acreedor que, para poder percibir su acreencia, precisaba cursar todo un largo y costoso proceso durante el cual el deudor podía llegar a insolventarse para evadir el pago de su deuda. Y para ello, se le aseguraba, en la medida de lo posible, que pudiera recibir la prestación reclamada en el litigio luego de que ganara el pleito y debiera ejecutar la sentencia favorable a su interés.

Con este objeto en la mira, el legislador instauró la figura del *embargo preventivo*, mediante el cual -y hasta el día de hoy- se afecta un bien del deudor a su eventual remate a fin de lograr con ello el dinero necesario para que el acreedor pueda cobrar su acreencia.

Como es de toda lógica, la orden de embargo debe ser emitida siempre *sin previa audiencia del deudor* (pues, en caso de saber él que dejará de disponer libremente del bien que se le embargue, es altamente posible que lo esconda o lo transfiera, burlando así los eventuales derechos del acreedor). Y así se hace sin excepción en todas las legislaciones procesales vigentes en América latina (de ahí es que me parece apropiado denominar *petición* -y no *acción procesal*- a este tipo de pretensión).

En razón de que el *embargo preventivo* es la figura cautelar más antigua en la legislación procesal y, además, la mejor, más extensa y detalladamente tratada, el resto de las cautelas imaginables aparecidas con posterioridad han remitido a aquella figura la normación de sus propias condiciones de actuación.

Y, hasta hoy, cuando la ley autoriza otra forma de protección cautelar diferente a la del embargo (por ejemplo, la prohibición de innovar) hace una remisión de sus propias condiciones a las del embargo preventivo, con lo cual éstas han pasado a convertirse de hecho en las *condiciones generales de todas las formas de protección cautelar*. Esto se puede ver en casi todas las legislaciones de América, salvo en las pocas que ya han insertado un capítulo cautelar genérico referido a todos los supuestos legislados.

Por otro lado, y sin ostentar jamás la condición de *protección cautelar*, el legislador previó desde antaño la necesidad de anticipar el resultado de una sentencia judicial cuando graves razones lo exigían: por ejemplo, frente al cierre de una servidumbre de paso no quedaba más remedio a la ley que permitir que el juez ordenara su inmediata apertura y tolerar el tránsito por el respectivo camino mientras se discutía, precisamente, acerca del derecho a cerrarlo. La obviedad del ejemplo me exime de todo otro comentario al respecto.

De la misma forma, cuando una mujer que ha demandado su divorcio pretende percibir alimentos mientras dura la tramitación del juicio, es claro que debe recibirlos de inmediato pues en caso de no ser así es posible que no alcance a ver jamás el final del pleito.

Los casos recién señalados a modo de ejemplo se encuentran invariablemente normados en la ley de fondo, *nunca en la procesal*, que sólo establece la forma de tramitar pretensiones en base de derechos contenidos en la ley de rango superior.

A partir de la década de los años '50, cuando el legislador traspasó parte de sus facultades a los jueces, los dotó de poderes extraordinarios que, hasta entonces, rara vez habían tenido, tolerando de ahí en más lo que para el garantismo procesal ha pasado a ser a todas luces una inadmisibles y peligrosísima discrecionalidad judicial.

Y con ello advino la todavía recurrente insistencia de la doctrina académica que postula aumentar cada día más los poderes judiciales, llegándose a lo que hoy se denomina como *poder cautelar genérico*.

En esta tesitura y dentro de tal marco, aparecieron nuevas "cautelares": por ejemplo, la *medida innovativa* y, hoy, la cada día más común *tutela anticipada*.

Cuando esto se hizo, el legislador no advirtió que *nada cautelaba* sino que, bien por lo contrario, *anticipaba el contenido de una sentencia* declarativa o de condena que, además, en algunos casos no llega a dictarse jamás.

Pero la denominación de *medidas precautorias* o *cautelares* otorgada a estos anticipos de sentencia, hizo que se les aplicaran sin más y directamente, las condiciones propias del embargo preventivo (medida cautelar primaria y por excelencia).

Y, así fue que, a raíz de ello, *se obvió toda audiencia previa* de quien habría de sufrir los efectos de la declaración o de la condena del caso, mostrando a consecuencia de ella un claro perjuicio jurídico en su persona o en sus bienes y, por supuesto, a su constitucional derecho de defensa en juicio.

A tal punto se ha llegado en este notable desfase que, contrariando a toda la lógica y a los más elementales principios que regulan el *debido proceso republicano*, se han instalado hoy en muchas legislaciones las denominadas *medidas autosatisfactivas*, muestra palmaria de lo que aquí se sostiene.

IV.1. La sentencia autosatisfactiva

Ya he mencionado antes que, a raíz de la falsa antinomia *ineficiencia procesal versus constitucionalidad de las soluciones judiciales* que se ha instalado como tema central de discusión en la doctrina argentina, muchos procesalistas han aceptado pacífica y, despreocupadamente, la eliminación del proceso mismo, como *método de discusión*, y su reemplazo con la exclusiva y solitaria decisión de un juez tomada en base de su mera sagacidad, sapiencia, dedicación y honestidad. En tal tesitura, postulan entregar a ese juez -en rigor, a todos los jueces- la potestad necesaria para lograr autoritariamente lo que estiman es *la justicia del caso* dentro de los márgenes de su pura, absoluta y exclusiva subjetividad.

Y para ello, se ha buceado en el remoto pasado y, a partir del *indicio vehemente* y de *les lettres de cachet* que se expedían en el siglo XV, ha instalado -primero en la doctrina y luego en algunas normativas vigentes- las llamadas *medidas o sentencias autosatisfactivas*, que consisten en el otorgamiento inmediato por un juez del derecho pretendido por un actor civil, a su solo pedido y sobre la exclusiva base de la aceptación unilateral y sin más que la autoridad hace respecto de la existencia de ese derecho.

Claro está que, a raíz de ello, se condena a alguien a hacer o no hacer alguna cosa, invadiendo así su esfera de libertad pero sin darle la más mínima audiencia previa pues se actúa en sede puramente cautelar.

Justo es reconocer que los autores que pontifican acerca de la bondad de estas *medidas* han advertido los dislates que se producen a raíz de la inaudiencia y, ahora, aceptan bilateralizar, algunas veces, el instar. Y, aunque en algo se ha mejorado la cuestión, el fondo del problema queda intocado pues esa audiencia se otorga a voluntad del juez y no como mandato legal de irrestricto cumplimiento.

Esta solución extrema para paliar la morosidad judicial reinante no es pacífica, por cierto y está seriamente cuestionada por los defensores del *garantismo procesal*, académicamente enfrentados con quienes sostienen las bondades del decisionismo judicial.

Todo esto puede ser visto, por ejemplo, en los C.P.C. de Corrientes, art. 785; Chaco, art. 232 bis y Formosa, art. 232 bis.

También se encuentran legisladas y -justo es decirlo, con redacción que se comprende y posibilita adecuada interpretación- en el C.P.C. de La Pampa, art. 305, que transcribo para la mejor ilustración del lector:

“*Medidas autosatisfactivas.* Quien se encuentre en la situación prevista en el art. 302 de este Código, la que la modifique y sustituya y sostenga que la protección de su interés jurídico no requerirá de la ulterior promoción de un proceso de conocimiento, podrá solicitarle al juez que adopte las medidas autosatisfactivas que sean necesarias, en caso de que la protección jurisdiccional no pueda ser lograda por otra vía judicial eficaz.

“Para ello deberá explicar con claridad en qué consiste su derecho y su urgencia y aportar todos los elementos probatorios que fundamenten la petición.

“El juez se pronunciará con la urgencia que el caso requiera, concediendo o denegando la medida.

“Cuando sea posible, ordenará la sustanciación previa y brevemente con quien corresponda.

“Al decretar la medida el juez podrá:

“a) exigir al peticionante caución real. En este caso, determinar cuál ha de ser su vigencia;

“b) limitar la vigencia temporal de la medida, sin perjuicio de su ulterior prórroga. Podrá también modificarla, sustituirla o dejarla sin efecto, cuando las circunstancias ulteriores lo justifiquen.

“A las medidas autosatisfactivas no le será aplicable el art. 201.

“El legitimado para oponerse a la medida podrá:

“a) pedir suspensión en caso de que pueda sufrir un perjuicio de imposible o difícil reparación; para ello deberá ofrecer caución suficiente;

“b) interponer recurso de revocatoria. El mismo debe ser acompañado de toda la prueba que lo fundamente. El juez lo resolverá sin más trámite o lo sustanciará en forma breve, cuando exista la posibilidad de hacerlo;

“c) interponer recurso de apelación, directo o en subsidio al de revocatoria, que será concedido en efecto devolutivo;

“d) promover el proceso de conocimiento que corresponda, cuya iniciación no afectará por sí sola la vigencia de la medida. Interpuesto el recurso de apelación se pierde la posibilidad de iniciar este proceso”.

Como se ve, tales medidas autosatisfactivas aparecen entonces como una *especie* de un *género* que de ordinario se denomina *tutela urgente* o *tutela anticipada* que, según sus predicadores, tienen su razón de ser y justificación en la necesidad de brindar al litigante (en rigor, exclusivamente *al actor*) una herramienta novedosa, útil y rápida que, en teoría, pondría coto a la notoria ineficacia que ha demostrado el servicio de justicia.

Se atendería así, pronto y expeditivamente, a las pretensiones litigiosas que son llevadas ante los estrados de la jurisdicción estatal por quienes afirman el desconocimiento -por vías de hecho o de derecho- de lo que jurídicamente les corresponde.

Que la prestación del servicio de justicia en la Argentina está en crisis es, más que una obviedad, un hecho notorio exento de prueba. Que la gente, el pueblo, los justiciables, descreen no sólo de la judicatura sino de todo el deficitario andamiaje del sistema legal, penosamente elaborado por los operadores del derecho, es un dato tan cierto como patético. Que algo debe hacerse a fin de no recibir la justificada condena de la sociedad hacia todos y cada uno los operadores del sistema, luce como una materia impostergable para jueces, legisladores, abogados y auxiliares.

Pero describir este ominoso cuadro es tarea bien sencilla. Lo realmente difícil es proponer las respuestas *idóneas* a esa crisis terminal que afecta y contamina a todo el servicio.

¿Se pueden calificar de *idóneas* a las *medidas autosatisfactivas*? ¿No será peor el remedio que la enfermedad?

Afirmo decididamente que no son *idóneas*, por más que en algún caso de excepcional excepción puedan resultar intrínsecamente justas (con lo cual se privilegia otra vez la meta por sobre el método).

Se postula desde antaño por los jusprivatistas que el proceso es de naturaleza instrumental y que, como tal, exige el transcurso de cierto tiempo para lograr su cabal desarrollo.

Si bien se mira, la cautela que posibilita el cumplimiento de la eventual sentencia que se dicte a su término, es otro instrumento. En rigor, el *instrumento del instrumento*.

Adviértase, entonces, que toda protección cautelar accede siempre a un proceso (principal) del cual es su instrumento. Y en él justifica su existencia, validez, extensión y duración.

Pero la novedad de este particular y exótico tipo de “cautela” estriba en que no exige la existencia y subsistencia de un proceso principal al cual acceder sino que, prescindiendo de él, agota el tema con el dictado de la sentencia “cautelar” que soluciona definitivamente la pretensión de la actora y coloca al perjudicado por ella en la carga de impugnar dicha “sentencia”, como si fuere igual contestar una demanda que expresar agravios.

En otras palabras: no precisa de otro proceso principal, contemporáneo o posterior incoado por el mismo actor. Así se desprende claramente de la norma transcrita y se expresa terminantemente, por ejemplo, en la redacción del art. 232 bis de los C.P.C. del Chaco y de Formosa, cuando ambos expresan que “no rigen en la materia los principios de instrumentalidad...”.

La grosera violación del orden constitucional que surge diáfana de las normas mencionadas precedentemente y, en lo particular, de las vigentes en las provincias del nordeste, donde tan inexplicablemente ha calado esto en profundidad a pesar de la reconocida calidad de sus juristas, hace que me detenga unos instantes en remarcar los puntos más importantes de ella:

a) Se descarta siempre la bilateralidad de la audiencia previa a la decisión judicial, esencia misma del diálogo procesal, al aceptar la norma como suficiente y válida la unilateral afirmación del actor en el sentido de que tiene un derecho litigioso cuya solución es de tal urgencia que merece no oír a su contraparte. Con esto se violenta el art. 18 de la Constitución Nacional pues se emitirá condena sin dar audiencia previa a quien sufrirá sus efectos.

b) De la misma forma, se practica unilateralmente toda la prueba necesaria para lograr en el juez la convicción de la razón expuesta por el actor. Eso es lo que genera la *sospecha* o el *indicio vehemente* que autorizará el despacho sin más de la medida impetrada. Y con esto también se violenta el art. 18 de la Constitución Nacional, en cuanto se impide el control de la prueba de cargo y se elimina la posibilidad de presentar la de descargo.

c) Se rompe el principio de igualdad ante la ley, al tolerarse la admisión unilateral de una pretensión principal presentada bajo la forma de una suerte de cautela. Y, para colmo de males, se autoriza al juez actuante a no exigir la contracautela de rigor para su admisión por los daños y perjuicios que el pedido indebido pueda generar al afectado. Y con esto también se violenta el art. 18 de la Constitución Nacional.

d) Se vulnera por segunda vez el derecho de defensa del perjudicado, al sustituir su pleno ejercicio por limitadas posibilidades impugnativas que, por sí mismas, no generan adecuada contradicción. En efecto: adviértase que sólo se le permite:

d.1) pedir suspensión de la orden judicial pero, eso sí, efectivizando la prestación de una contracautela que no se le impuso al actor. Y con esto se violenta otra vez el art. 18 de la Constitución Nacional, en cuanto sujeta el diálogo procesal a desiguales exigencias legales a las partes en litigio;

d.2) apelar la decisión recaída en la pretensión autosatisfactiva, con lo cual vuelve a violentarse el derecho de defensa consagrado en el art. 18 de la Constitución Nacional.

Ya señalé que es evidente que, procesalmente hablando, no es lo mismo contestar una demanda que expresar agravios contra una sentencia, en razón de los disímiles caracteres de las funciones judiciales que pueden realizar los jueces de primero y de segundo grado de conocimiento. En tanto que el primero es soberano para decidir acerca de los hechos controvertidos y fundantes de la respectiva pretensión así como de la determinación de la norma general, abstracta y preexistente que se les aplicará y de la elección de las consecuencias de implicar tales hechos en las normas elegidas (con lo cual su competencia funcional es amplísima), el de segundo grado está limitado por las reglas *tantum apelatum, tantum devolutum* y *no reformatio in peius*, de donde surge que no puede tratar el litigio con la misma extensión que pudo utilizar su inferior, sino por los agravios vertidos por el perdedor acerca del *iter* del pensamiento del juez, demostrativo de las razones que tuvo en cuenta para fallar como lo hizo (de donde se colige que la competencia funcional del *controlador* es sensiblemente menor que la del *controlado*);

d.3) deducir revocatoria contra la decisión recaída en la pretensión autosatisfactiva. Si bien técnicamente esto es lo correcto, toda vez que la impugnación se dirige contra resolución dictada sin sustanciación previa, también violenta el derecho de defensa pues el exiguo plazo previsto en la ley para la deducción del recurso hace que la sentencia unilateral pueda alcanzar la calidad de caso ya juzgado por consentimiento del afectado. Y otra vez todo al margen del art. 18 de la Constitución Nacional;

d.4) promover un proceso de conocimiento para impugnar la decisión recaída en la pretensión autosatisfactiva, sin que ello afecte para nada la vigencia de la medida. Si bien se mira, se le da al caso similar tratamiento que el que algunas leyes otorgan a la sentencia emitida en procedimiento monitorio, sólo que éste se utiliza para ejecutar derechos ya declarados o derechos por declarar pero de muy escaso valor económico, cosa que no se ha previsto en las legislaciones que aquí critico.

Lo notable de este absurdo pero rigurosísimo sistema impugnativo es que la interposición del recurso de apelación hace perder la posibilidad de iniciar este proceso y viceversa. De donde se colige nueva violación del art. 18 de la Constitución Nacional.

Conforme a lo que llevo dicho, parece que ya deviene inútil abundar en la manifiesta y obvia ilegitimidad constitucional que muestran con desparpajo estas “medidas autosatisfactivas”.

Sin embargo, justo es recordar que los conflictos con relevancia jurídica deparan a los justiciables un largo camino de frustraciones. Cuando se trata de pleitos *de conocimiento* (en los que es necesaria una *declaración* del derecho que asiste al pretendiente), debe transitarse la vía del proceso ordinario, sumario, sumarísimo, oral o alguno de los especiales; sólo en casos excepcionales, de flagrante y arbitraria violación de una garantía constitucionalmente protegida, procede el *amparo*.

Es claro que este sistema procesal con el que contamos es pesado y lento. Mas sucede que -a cambio de la moneda *tiempo* (“oro”, como expresaba Couture)- estamos *garantizando la audiencia*, el debido proceso y el derecho de propiedad. De modo que la eventual condena aparece sólo como el fruto final del pleno ejercicio del derecho de defensa en juicio.

Esa es la razón por la cual la aceptación legislativa de las denominadas medidas autosatisfactivas, nos aleja de la estructura de ese sistema procesal que, no obstante todos los males que le achacamos, tiene su anclaje en el *debido proceso constitucional*, preciosa e insuprimible garantía para todos los justiciables, definitivamente incorporada a todas las cartas políticas del orbe dictadas luego de la Revolución Francesa.

Aunque reiterativamente, cabe insistir hasta el hartazgo que nuestro sistema procesal constitucional reposa en el estricto apego al *derecho de audiencia* prometido a *ambos litigantes*, no sólo en el inicio sino a lo largo de toda la serie procedimental.

Por esa misma causa, aquél supone que el dictado de una sentencia de condena jamás sea dictado *inaudita et altera pars*.

Por el contrario, la decisión judicial debe ser la *síntesis* entre una *tesis* y una *antítesis* sostenidas por las partes durante el debate, el que -a fin de ser un verdadero proceso y no una parodia de tal- debe ostentar imprescindiblemente la siguiente estructura: 1) afirmación de la existencia de un conflicto de relevancia jurídica; 2) posibilidad cierta de contradecir; 3) confirmación de las afirmaciones contradichas; 4) valoración del material probatorio; 5) sentencia; 6) posibilidad de impugnación y crítica de lo resuelto.

Es indiscutible que constitucionalmente nadie puede ser privado de su propiedad, en sentido lato, sin un previo proceso legal en el que hubiera gozado de plena oportunidad de audiencia y prueba.

En este orden de ideas, resta recordar que, para los partidarios de estas “medidas”, lo primero - y lo único- a tener en cuenta es la *necesidad de brindar tutela efectiva a determinadas situaciones urgentes* y las *autosatisfactivas* están llamadas a cubrir lagunas de nuestro ordenamiento para dar satisfacción a situaciones de una urgencia tal que no admiten la tramitación de todo un proceso de conocimiento sin riesgo de pérdida del derecho invocado.

La pregunta que se impone ante tal argumento es obvia: ¿no es ese, acaso, el fundamento mismo del dictado de una medida *cautelar*? ¿No sirve a tales fines el abundante desarrollo doctrinario y jurisprudencial del *proceso de amparo*? ¿Puede hablarse de *juicio ordinario* en el amparo, con traslados por pocas horas y facultades judiciales para reducirlas aún más?

La novedad y la moda no pueden obnubilar tanto como para no permitir ver lo evidente: frente a casos *verdaderamente excepcionales*, con *verdadero riesgo de frustración de un derecho*, los jueces no hesitarán en utilizar los mecanismos con los que ya cuentan: las medidas cautelares, con cumplimiento de los requisitos de la que se trate, así como las otras garantías que, con igual rango que la del proceso, consagra la Constitución como medio similar: *amparo* y sus diversas variantes, *habeas corpus* y *habeas data*.

Si se quiere historiar lo acontecido en la Argentina respecto de todas estas garantías, se constatará que los jueces siempre fueron hipersensibles ante la deducción de una cualquiera de las mencionadas y remisos a hacer respetar los derechos constitucionales que cada una de ellas defiende, de donde no se advierte la razón que justifica la pronta adhesión de esos mismos jueces a esta pseudo tutela que vino a reemplazar a todas ellas, sólo que sin la audiencia previa del afectado

que todas exigen. De donde se colige que lo que hubo de hacerse era repotenciar la figura del amparo y no instalar por los jueces el injerto que aquí se critica.

V. Conclusiones

Después de todo lo dicho, espero haber mostrado al lector lo que constituye una verdadera elección personal que, desde ya, afirmo que se mantendrá incólume aun en la hipótesis de no contar eventualmente y algún día con una Constitución libertaria.

Y es que en el trance de tener que elegir un método de juzgamiento -no como autoridad, en calidad de juzgador (y conste que lo he sido durante casi toda mi vida), sino de simple particular que anda de a pie por los caminos de la vida- me enfrento con una alternativa inexorable que ya presenté *supra*:

- a) o elijo un proceso que sirva como *medio de control social* o, más aún, de *opresión*, u
- b) opto por un método que se presente en sí mismo como *último bastión de la libertad*.

De ahí que, tomando partido por *la Constitución* y no por *la ley* en esta lucha ideológica que hoy enfrenta absurdamente a los procesalistas de América, elijo proclamar:

- la libertad;
- la garantía del debido proceso
- y el goce irrestricto del día de audiencia previa en la Corte de Justicia;
- donde todo ciudadano tiene derecho a ser juzgado imparcialmente por un juez
- y colocado por él en pie de perfecta igualdad frente a su contradictor;
- con absoluta bilateralidad de la audiencia
- y sin la asunción por el juez de actitudes paternalistas con las partes o de tareas que no le incumben conforme con lo normado por la Constitución.

Esto es -a la postre y reiterativamente- lo que hoy se conoce en la sociología judicial con la denominación de *garantismo procesal*.

La trascendencia de la elección garantista es obvia en nuestro mundo y, particularmente, en la asignatura procesal: hay temas estudiados en ella que son eminentemente técnicos (preclusión procesal, por ejemplo) en tanto que hay otros que son decididamente políticos (si los jueces *pueden o no*, por ejemplo). Y todo lo político tiene que ver con el ejercicio del *poder*, condicionado desde siempre por un cúmulo de factores conocidos: la economía, la sociología, el derecho, la Iglesia, las Fuerzas Armadas, los sindicatos, los medios de comunicación, etc., etc..

Todos ellos son medianamente controlables, cual se ha comprobado en la Argentina en las últimas décadas.

Pero aceptar sin más un nuevo factor desconocido hasta hace poco -el solidarismo judicial- parece realmente peligroso para la vigencia de la República pues, sosteniéndose al socaire de la interpretación de la ley, es materialmente imposible de controlar por inexistencia de órganos con competencia fijada al efecto.

Ya sufriendo en nuestros países el fenómeno devastador que ha dado en conocerse como *globalización*, nos encontramos inmersos en un nuevo estatismo imperialista diferente a los conocidos hasta ahora: *el del dinero*, notablemente más importante que el del puro abuso de la fuerza sin lógica.

Y la tranquilidad ciudadana, al amparo de las garantías prometidas desde la Constitución, no puede aceptar despreocupadamente la existencia de un factor incontrolable que puede llegar a poner en juego nada menos que el valor *libertad*.

INDICE

| | |
|--|-----|
| A modo de presentación <i>por Ariel Alvarez Gardiol</i> | 7 |
| <i>PALABRAS DE APERTURA</i> | |
| Sobre el activismo judicial <i>por Jorge W. Peyrano</i> | 11 |
| <i>IMPARCIALIDAD JUDICIAL</i> | |
| La imparcialidad judicial <i>por Sergio José Barberio</i> | 21 |
| La imparcialidad judicial <i>por Andrea A. Meroi</i> | 41 |
| <i>LAS PRUEBAS DE OFICIO</i> | |
| Las incumbencias probatorias del juez y las partes en los sistemas de procesamiento latinoamericanos <i>por Omar A. Benabentos</i> | 57 |
| Medidas para mejor proveer (¿verdad real o verdad formal?) <i>por Hernán Gonzalo Carrillo</i> | 69 |
| <i>CARGAS PROBATORIAS DINÁMICAS</i> | |
| Cargas probatorias dinámicas. Sus perfiles actuales y algunas respuestas para sus críticos <i>por Abraham Vargas</i> | 79 |
| Cargas probatorias dinámicas <i>por Eduardo Terrasa</i> | 95 |
| <i>LAS MEDIDAS AUTOSATISFACTIVAS</i> | |
| Crítica a las medidas autosatisfactivas <i>por Tristán García Montaña</i> | 111 |
| Las medidas autosatisfactivas: el gran salto evolutivo | |

| | |
|---|-----|
| del derecho procesal contemporáneo <i>por Carolina Eguren</i> | 121 |
|---|-----|

PALABRAS DE CLAUSURA

| | |
|---|-----|
| El garantismo procesal <i>por Adolfo Alvarado Velloso</i> | 145 |
|---|-----|

Se terminó de imprimir en
Editorial Advocatus, Obispo Trejo 181,
en el mes de febrero de 2009