



JUAN MONTERO AROCA
Coordinador

Proceso civil e ideología

*Un prefacio, una sentencia, dos cartas
y quince ensayos
Moción de Valencia (2006)
Declaración de Azul (2008)*

2ª Edición

Autores:

ADOLFO ALVARADO VELLOSO	FEDERICO G. DOMÍNGUEZ
EUGENIA ARIANO DEHO	LUÍS CORREIA DE MENDONÇA
JOSÉ C. BARBOSA MOREIRA	GIROLAMO MONTELEONE
FRANCO CIPRIANI	JUAN MONTERO AROCA
IGNACIO Díez-PICAZO	JOAN PICÓ I JUNOY
GIOVANNI VERDE	

B0023621
38231
347.91/.95 (460)
P963
2. ed.

tirant lo blanch

Valencia, 2011

La imparcialidad judicial y el sistema inquisitivo de juzgamiento*

ADOLFO ALVARADO VELLOSO
Profesor de Teoría General del Proceso.
Rosario (Argentina)

SUMARIO: 1. Introducción: A) La justicia iberoamericana; B) El inicio de nuevos tiempos.- 2. El proceso: su causa y su razón de ser: método de debate: A) La causa del proceso: el conflicto; B) La posible solución del conflicto; C) La razón de ser del proceso; D) El concepto de proceso.- 3. Los principios que gobiernan y definen al *proceso como método*: A) El principio de igualdad de las partes; B) El principio de imparcialidad del juzgador.- 4. La irrupción del método inquisitorial.- 5. El retorno al método tradicional por su adopción en las constituciones de toda América.- 6. El divorcio de la ley y de la constitución en materia procesal.- 7. La imparcialidad judicial y la actividad probatoria del juez.- 8. Corolario.

1. INTRODUCCIÓN

Hasta el año de 1983, y consciente de que nadie en Latinoamérica estaba conforme con su Justicia, apoyé decididamente sucesivas modificaciones legislativas que, a la postre, resultaron ser siempre *más de lo mismo*: otorgar mayores poderes a los jueces e implicarlos espiritualmente en la solución de todos los asuntos en los cuales intervendrían, aumentar las tareas que debían cumplir en forma personal, restringir cada vez más la

* Texto base de la ponencia presentada al XXVI Congreso Nacional Colombiano de Derecho Procesal (Bogotá, septiembre de 2005).

defensas de los derechos de los particulares, reducir a términos insospechados los plazos procesales para las partes litigantes, hacer más angustiosa la labor abogadil, prohiar más y más creaciones procedimentales que terminaron por convertirse en verdaderas trampas para los litigantes, etcétera¹.

A partir de 1983 —ya retirado del Poder Judicial cuyas filas integré durante exactos treinta y cinco años— descubrí desde el ejercicio de la profesión de abogado que la verdadera razón de tanta recurrente ineficacia no se encontraba en los operadores del derecho, ni en el siempre escaso número de jueces, ni en los meandros procedimentales, sino en el *sistema mismo de enjuiciamiento*: el *inquisitivo* adoptado en todas partes aun a riesgo de incongruencia legislativa con el régimen constitucional. Desde entonces defendí soluciones diferentes y antagónicas con las que había sostenido poco tiempo antes² procurado la existencia de una relación lógica y coherente entre el texto de la Constitución y el de la ley.

En octubre de 2002 irrumpió con enorme fuerza similar pensamiento libertario: Juan Montero Aroca, desde España y accidentalmente en San José de Costa Rica³, propició valientemente el alejamiento definitivo del sistema inquisitorial mediante la adopción de un claro sistema acusatorio que asegurara la presencia de un juez imparcial que garantizara la igualdad jurídica de los litigantes en un proceso cualquiera.

Creo que a partir de ese día cambió el mundo del derecho procesal, y, luego, más importante, desde la instauración de la polémica que se ha desarrollado en Italia y en la que han intervenido sucesivamente los profesores Verde, Cipriani y Monteleone, con la posterior réplica de Montero.

También creo que ha llegado el momento de intervenir en esa discusión y de que lo haga, primero, aprovechando la ocasión del XXVI Congreso

¹ Todo esto puede ser visto en mi libro *El Juez: sus deberes y facultades* (Ed. Depalma, Buenos Aires, Argentina, 1982) que hoy veo como un simple pecado de equivocación juvenil.

² Así lo hice tímidamente y en completa soledad desde la cátedra y por medio de diversas publicaciones que pueden ser consultadas en las más variadas Revistas Jurídicas de la época.

³ En las *Jornadas* del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal celebradas en San José de Costa Rica a mediados del mes de octubre del año 2000.

Nacional Colombiano de Derecho Procesal y, después, generalizando el debate y refiriéndolo a los países Iberoamericanos, por creer que así mi participación puede adecuarse mejor a mis ideas actuales e intereses presentes.

A) *La justicia Iberoamericana*

Empezaré haciendo una afirmación: los habitantes de todos los países que integran la región no estén conformes con su sistema de justicia.

Más allá del descontento generalizado de la gente y de la recurrente sensación de perpetuo desamparo que el hombre común sufre desde antaño cuando piensa en sus jueces o ve el resultado final que se presenta como sumatoria de todo lo que ellos hacen, la prensa amarilla —y la de cualquier otro color— que tanto incide en la formación de la opinión pública se encarga de recordarlo diariamente con total prolijidad y de hacer que, con ello, se profundice la ya insostenible situación que se vive.

El legislador procesal de todos nuestros países no atina a encontrar solución alguna que ponga definitivo final al problema pues se concreta a hacer continuas modificaciones a los regímenes vigentes en América que, en esencia, nada cambian. Con lo cual no se alcanza siquiera respiro alguno que lleve tranquilidad al hombre común de la calle.

A mi juicio, esto ocurre pues no se ha logrado realizar hasta ahora un diagnóstico auténtico y serio del gravísimo problema que nos aqueja y, por ende, aún estamos buscando soluciones que creo nos hallamos lejos de encontrar.

Como forma de brindar algún paliativo eficiente a tanto descontento, muchos jueces en América han comenzado a apartarse de la ley —en rigor, del orden jurídico imperante— produciendo con ello una profunda grieta en la jurisprudencia (particularmente, el argentino) que muestra hoy la existencia de variadas decisiones asistémicas: aparecen por doquier numerosas sentencias cuyos mandatos contrarían el texto expreso de la ley y, muchas veces, se presentan como definitivas no obstante no haber dado el juez actuante una audiencia previa al interesado que debe sufrir sus efectos.

Todo ello se realiza en pos de una difusa meta justiciera que quiere lograrse al amparo de nuevas ideas filosóficas que pregonan la existencia de un *postmodernismo* judicial que aconseja superar a cualquier precio la endémica ineficiencia del proceso.

De ahí que cierta doctrina actual propone con insistencia abandonar para siempre el método de debate conocido como *proceso* y suplantarlo con la mera sagacidad, sapiencia, dedicación y honestidad de la persona del juez, a quien cabe entregar toda la potestad de lograr autoritariamente esa justicia dentro de los márgenes de su pura y absoluta subjetividad. Cual el Cadí. Con esta base, muchos jueces pregonan la necesidad de resolver de inmediato toda suerte de litigio, con abandono de la previa y necesaria posibilidad de discusión.

A mi juicio, esta tesis —conocida en la sociología tribunicia como *decisionismo judicial*⁴— ha hecho retroceder a la civilidad varios siglos en las conquistas constitucionales.

Para evitar esa disvalía, creo que lo que corresponde hacer es un diagnóstico que remarque y apunte —otra vez— que *la raíz del problema se encuentra en el sistema mismo de enjuiciamiento* —el inquisitivo— aplicado por los jueces en su tarea de hacer justicia mediante el hallazgo de la verdad real en cada caso concreto. Y, además, proclamar la necesidad de alejarse rápidamente de él y, con ello, evitar sus miasmas y calamidades, que han azotado a América durante más de quinientos años. Esto es lo que está haciéndose —precisamente— en materia penal en importante número de países que han adoptado el *sistema acusatorio de enjuiciamiento*.

Para ello, lo primero será advertir que el *proceso sólo es medio pacífico de debate* y que la función primordial de los jueces es *procurar y asegurar la paz social*, lo que sólo puede conseguirse garantizando la efectividad de los derechos subjetivos de todas las personas.

La tarea no es sencilla. Hay que fijar nuevos paradigmas, cambiar el modo de pensar el derecho que exhiben jueces y abogados, privilegiar —y acatar— la Constitución por sobre la ley procesal, entender que todo lo atinente al valor *justicia* es de carácter relativo y que la búsqueda de la

⁴ Generadora, por ejemplo, de las cargas *dinámicas probatorias*, de las *medidas autosatisfactivas*, de la *tutela anticipada*, etc., etc.

verdad —que tanto preocupa hoy a nuestros jueces— no es problema primordial del Derecho⁵, cuya misión básica y elemental es lograr y mantener la paz de los hombres que conviven en un tiempo y lugar determinados.

Para dar un comienzo a tal propuesta es que presento esta *Ponencia* que, por cierto, no pretende afirmar una *Verdad* eterna e incontrovertible sino, muy modestamente, la *verdad* de quien esto escribe y, con ella, originar una discusión con todo quien esté interesado en hacerlo.

B) El inicio de nuevos tiempos

Después de muchos años de silencio de estas ideas en Colombia, el reciente acceso del Presidente del *Instituto Colombiano de Derecho Procesal* —Doctor Jairo Parra Quijano— a la Presidencia del *Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal*, ha posibilitado la inauguración del debate tanto tiempo demorado vaya uno a saber por cuáles hasta ahora ocultas razones...

Que esto ocurra precisamente en Colombia y en este Congreso, resulta grato y aleccionador. Lo primero, pues me permite recordar la complaciente y respetuosa actitud que con el disenso mantuvieron desde siempre los dos grandes Hernandos de Colombia: Devis Echandía y Morales Molina. Lo segundo, porque muestra al mundo que la discusión de las posiciones antagónicas es posible y, además, necesaria para lograr algún día la instauración definitiva de la *idea de República* en nuestro sufrido continente, secularmente enfermo de tanto y tanto autoritarismo castrador de libertades civiles.

Para Parra Quijano, mi agradecimiento, junto con el de los que han sido sometidos durante tantos largos años al injusto exilio del silencio.

⁵ Si la *verdad* fuere realmente un problema jurídico primordial y su búsqueda la exclusiva o principal determinante de toda y de cualquiera actuación de los jueces, ¿podrían coexistir con él los institutos del sobreseimiento, de la absolución por la duda, de cualquier tipo de caducidad (de la instancia, de la producción de la prueba, etc.), de las cargas probatorias, de la congruencia procesal como clara regla de juzgamiento, de la prescripción liberatoria, de la cosa juzgada, de la imposibilidad de deducir excepciones relacionadas con la causa obligacional en la ejecución de títulos cambiarios, etc., etc.? La respuesta negativa es de toda obviedad...

Ahora falta que el debate salte del Instituto Colombiano al Instituto Iberoamericano

2. EL PROCESO: SU CAUSA Y RAZÓN DE SER

La necesidad de dar coherencia lógica al discurso me imponen empezar casi desde cero, y por ello es preciso volver al proceso y a su razón de ser.

A) *La causa del proceso: el conflicto*

Toda explicación del tema debe pasar por una obligada referencia inicial a la *causa del proceso*: el *conflicto intersubjetivo de intereses*.

En esa tarea, creo que es fácil de imaginar que un hombre viviendo en absoluta soledad (Robinson Crusoe en su isla, por ejemplo) —no importa al efecto el tiempo en el cual esto ocurra— tiene al alcance de la mano y a su absoluta y discrecional disposición todo bien de la vida suficiente para satisfacer sus necesidades de existencia y sus apetitos de subsistencia. En tales condiciones es imposible que él pueda, siquiera, concebir la idea que actualmente se tiene del Derecho.

Fácil es también de colegir que este estado de cosas —si realmente existió— no puede presentarse permanentemente en el curso de la historia; cuando el hombre supera su estado de soledad y comienza a vivir en sociedad (en rigor, cuando deja simplemente de *vivir* para comenzar a *convivir*), aparece ante él la idea de *conflicto*: un mismo bien de la vida, que no puede o no quiere compartir, sirve para satisfacer el interés de otro u otros de los convivientes y, de tal modo, varios lo quieren contemporánea y excluyentemente para sí (comida, agua, techo, etcétera) con demérito de los apetitos o aspiraciones de alguno de ellos.

Surge de esto una noción primaria de obvia recurrencia en el plano de la realidad social: cuando un individuo (coasociado) quiere para sí y con exclusividad un bien determinado, intenta implícita o expresamente someter a su propia voluntad una o varias voluntades ajenas (de otro u otros coasociados): a esto le asigno el nombre de *pretensión*.

Si una pretensión es inicialmente satisfecha (porque frente al requerimiento “¡dame!” se recibe como respuesta “te doy”), el estado de convivencia armónica y pacífica que debe imperar en la sociedad permanece incólume. Y en este supuesto no se necesita el Derecho.

Pero si no se satisface (porque frente al requerimiento “¡dame!” la respuesta es “no te doy”) resulta que a la pretensión se le opone una *resistencia*, que puede consistir tanto en un *discutir* como en un *no acatar* o, luego en el tiempo, en un *no cumplir un mandato vigente*.

El fenómeno de *coexistencia de una pretensión y de una resistencia* acerca de un mismo bien en el plano de la realidad social, recibe la denominación de *conflicto intersubjetivo de intereses*.

Hasta aquí he contemplado la idea de un pequeño e incipiente grupo social, en el cual los problemas de convivencia parecen ser acotados. Pero cuando el grupo se agranda, cuando la sociedad se convierte en nación, también se amplía —y notablemente— el campo conflictual, por razones que escapan a esta aplicación.

Si se continúa con la hipótesis anterior, ya no se tratará de imaginar en este terreno la simple exigencia de un “dame” con la respuesta “no te doy” sino, por ejemplo, de determinar si existe una desinteligencia contractual y de saber, tal vez, si hay incumplimiento de una parte, si ello ha sido producto de la mala fe, si es dañoso y, en su caso, cómo debe medirse el perjuicio, etcétera. El concepto sirve también para el campo delictual: ya se verá oportunamente por qué.

Como es obvio, el estado de conflicto genera variados y graves problemas de convivencia que es imprescindible superar para resguardar la subsistencia misma del grupo.

De ahí que se haya procurado desde siempre buscar sus posibles soluciones.

B) *Las posibles soluciones del conflicto*

Planteada elementalmente la noción de conflicto como la de un fenómeno inherente a la convivencia, parece razonable imaginar que en los primeros tiempos se terminaba sólo por el *uso de la fuerza*: el más fuerte, el que ostentaba armas, el más veloz, hacía prevalecer su voluntad sobre el

débil, el indefenso, el lento. Naturalmente esta solución se presenta como claramente disvaliosa pues el uso indiscriminado de la fuerza no asistida por la razón genera destrucción.

Por eso parece obvio que la fuerza debe ser erradicada de modo imprescindible para lograr la sobrevivencia de la sociedad misma como tal, pues descarto que el bíblico triunfo de David en su desigual lucha contra Goliath es una mera anécdota muy difícil de repetir en la historia: la regla es siempre igual: el pez grande se come al chico.

No creo que haya posibilidad histórica cierta de saber cómo hizo el débil para convencer al fuerte en el sentido de eliminar el uso de la fuerza y suplantarla por un medio no violento: el uso de la razón.

En otras palabras: cómo hizo para lograr que la *fuerza de la razón* sustituyera a la *razón de la fuerza*, reemplazando el brazo armado por la palabra, que ostenta claramente —como medio de discusión— la innegable ventaja de igualar a los contendientes.

Pero es indudable que ello ocurrió en algún momento de los tiempos. Y al aceptar todos los coasociados la posibilidad de *dialogar*, surgió como natural consecuencia la probabilidad de autocomponer sus conflictos pacíficamente, sin uso de armas o de fuerza.

Sin embargo, no pudo prescindirse definitivamente del uso de la fuerza, siendo menester aceptarla cuando su equivalente —el proceso— llegaría tarde para evitar la consumación de un mal cuya existencia no se desea.

El diálogo posibilitó la *autocomposición* y, con ella, las variadas formas imaginables para terminar un conflicto:

- a) se *disuelve* por los propios interesados, directa o indirectamente o
- b) se *resuelve* por acto de autoridad, legal (juez) o convencional (árbitro).

Y no hay otra posibilidad, como luego se advertirá.

En todo caso de *resolución* se configura la *heterocomposición*, que puede ser *privada* (arbitraje o arbitramento) o *pública* (pura o no conciliativa)

Este último caso es un medio unilateral cuya iniciación depende sólo de la voluntad del pretendiente: ante la falta de satisfacción de su pretensión por parte del resistente, el pretendiente ocurre ante el órgano de justicia

pública requiriendo de él la sustanciación de un proceso susceptible de terminar en sentencia que acoja su pretensión.

C) *La razón de ser del proceso*

Si la *idea de proceso* se vincula histórica y lógicamente con la necesidad de organizar un método de debate dialogal y se recuerda por qué fue menester ello, surge claro que *la razón de ser del proceso no puede ser otra que la erradicación de la fuerza en el grupo social*, para asegurar el mantenimiento de la paz y el respeto de las normas que al regular la convivencia atribuyen derechos a las personas, derechos que el Estado-juez debe garantizar a todos sus titulares^{6/7}.

Así concebido, debo remarcar que el *proceso no es meta a cumplir o lograr* sino, en cambio, *método para llegar a una meta*. De tal forma, se presenta

⁶ Parece claro que la misión de un *juez pacificador*, dador de paz social, es mucho más importante que la de un *juez investigador de la verdad* (en rigor, *de su verdad* y no de la Verdad, imposible de alcanzar por cualquier hombre). Por eso es que no comparto lo que frecuentemente se dice de su objeto o razón de ser.

⁷ Empero —y esto es obvio— la idea de fuerza no puede ser eliminada del todo en un tiempo y espacio determinado, ya que hay casos en los que el Derecho, su sustituto racional, llegaría tarde para evitar la consumación de un mal cuya existencia no se desea: se permitiría así el avasallamiento del atacado y el triunfo de la pura y simple voluntad sin lógica.

Tal circunstancia hace posible que, en algunos casos, la ley permita a los particulares utilizar cierto grado de fuerza que, aunque ilegítima en el fondo, se halla *legitimada* por el propio derecho. Por ejemplo, si alguien intenta despojar a otro de su posesión, puede éste oponer —para rechazar el despojo— una fuerza igual o proporcional a la que utiliza el agresor.

Al mismo tiempo, y esto es importante de comprender, el Estado (entendido en esta explicación como el todo de la congregación social ya jurídicamente organizada) también se halla habilitado —por consenso de sus coasociados— para ejercer actos de fuerza, pues sin ella no podría cumplir su finalidad de mantener la paz.

Piénsese, por ejemplo, en la necesidad de *ejecutar compulsivamente una sentencia*: ¿qué otra cosa sino *uso de la fuerza* es el acto material del desahucio, del desapoderamiento de la cosa, de la detención de la persona, etcétera?

Realmente, esto se presenta como una rara paradoja: para obviar el uso de la fuerza en la solución de un conflicto, se la sustituye por un debate dialogal que termina en una decisión final que —a su turno— originará un acto de fuerza al tiempo de ser impuesta al perdedor en caso de que éste no la acate y cumpla espontáneamente.

lógicamente como un *instrumento neutro* para la consecución de su objeto: la sentencia.

Por eso es que el mejor intento de hacer justicia en un caso concreto no puede vulnerar el método mismo de la discusión. De así hacerlo y, a raíz de ello, un juzgador privilegiare la obtención de la meta por sobre la legitimidad del método, estaría dando razón postrera a Maquiavelo: *el fin justifica los medios*. En el proceso no todo vale.

D) El concepto de proceso

El método precedentemente señalado consiste en una secuencia o serie invariable de actos que se desenvuelven progresivamente y están dirigidos a obtener la resolución de un litigio mediante un acto de autoridad. Lo más importante de recalcar acerca de la serie es que, con ella, el juez puede *igualar jurídicamente*⁸ a quienes son *naturalmente desiguales*.

Y para ello, cualquier normación del método debe estar orientada por dos principios cardinales de irrestricta vigencia: *la igualdad de las partes* y *la imparcialidad del juzgador*.

Si ellos no se respetan en cualquiera y en todo caso, se estará frente a un proceso aparente y no ante uno verdadero que, en su esencia, exige la concurrencia de ciertos principios que describiré seguidamente.

3. LOS PRINCIPIOS QUE GOBIERNAN Y DEFINEN AL PROCESO COMO MÉTODO

Para comprender el tema, lo primero que cabe hacer es aclarar qué se entiende por *principio*: se trata simplemente de un punto de partida. Así como nadie puede caminar *hacia ninguna parte* (siempre que lo haga tomará una dirección: hacia adelante, hacia atrás, etcétera), ese punto de

⁸ Atención: es la única igualdad que puede lograrse y se efectiviza mediante la bilateralidad de la audiencia: todo lo que una de las partes afirme o intente probar respecto de la otra, debe ser puesto en conocimiento de ella para que haga o diga lo que quiera al respecto.

partida debe ser visto en función de lo que se pretende hallar o lograr al llegar (en el derecho privado esto se llama *causa eficiente* y *causa fin*).

Si lo que se desea es regular un medio pacífico de debate dialéctico entre dos antagonistas en pie de igualdad ante un tercero que heterocompondrá el litigio, formular los *principios* necesarios para lograrlo implica tanto como trazar las líneas directivas fundamentales que deben ser *imprescindiblemente* respetadas para lograr el mínimo de coherencia que supone todo sistema.

Así concebidos, los *principios procesales* —propiamente dichos, sin importar ahora las denominaciones erróneas que se consignan habitualmente en la doctrina— son sólo cinco⁹. A los fines de este trabajo me ocuparé de los dos que hacen a la *esencia misma del proceso*: la igualdad de los parciales y la imparcialidad del juzgador.

A) El principio de igualdad de las partes

Esencialmente, todo proceso supone la presencia de dos sujetos (carácter *dual* del concepto de parte) que mantienen posiciones antagónicas respecto de una misma cuestión (pretensión y resistencia).

Parece claro que, como ya se dijo, si ello no ocurre se está ante un simple procedimiento y no ante un proceso pues si la razón de ser del proceso es erradicar la fuerza ilegítima de una sociedad dada y, con ello, igualar jurídicamente las diferencias naturales que irremediablemente separan a los hombres, es consustancial a la idea lógica de proceso el que el debate¹⁰ se efectúe en *pie de perfecta igualdad*¹¹.

⁹ La doctrina contemporánea acepta que son: 1) la *igualdad* de las partes litigantes; 2) la *imparcialidad* del juzgador; 3) la *transitoriedad* del proceso; 4) la *eficacia* de la serie procedimental y 5) la *moralidad* en el debate.

¹⁰ Insisto recurrentemente en que el debate procesal es *lucha*, no un paseo alegre y despreocupado de las partes tomadas de la mano y caminando por el parque. Por tanto, los contendientes —protagonista y antagonista— no están interesados en la *búsqueda de la verdad* (que, generalmente, conocen bien) ¡sino en *ganar* en lo pretendido o en lo resistido!

¹¹ Si no se acepta la imprescindible necesidad que tienen ambas partes de discutir en situación de exacta igualdad jurídica y, por tanto, se mantiene en el proceso la natural desigualdad humana, ¿para qué hemos adoptado el proceso como método de

Tan importante es esto que todas las constituciones del mundo consagran de modo expreso el *derecho de igualdad ante la ley*, prohibiendo contemporáneamente algunas situaciones que implican clara desigualdad: prerrogativas de sangre y de nacimiento, títulos de nobleza, fueros personales, etcétera, y admitiendo otras que permiten paliar la desigualdad: el libre acceso a los tribunales de quienes carecen de los medios económicos suficientes para ello, la defensa de oficio, etcétera¹².

En el campo del proceso, *igualdad* significa *paridad de oportunidades y de audiencia*; de tal modo, las normas que regulan la actividad de una de las partes antagónicas no pueden constituir, respecto de la otra, una situación de ventaja o de privilegio, ni el juez puede dejar de dar un tratamiento *similar* a ambos contendientes.

La consecuencia natural de este principio es la regla de la *bilateralidad* o *contradicción*: cada parte tiene el irrestricto derecho de ser oída respecto de lo afirmado y confirmado por la otra. En otras palabras: igualdad de ocasiones de instancias de las partes.

B) El principio de imparcialidad del juzgador

De tanta importancia como el anterior es éste, que 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*)¹³ ya que nadie puede ser actor o acusador

debate? ¿No es ello una simple hipocresía? ¿No es más fácil y honesto continuar la antigua tradición del uso de la fuerza?

¹² Eso es, precisamente, lo que ocurre cuando no se trata de privilegiar la riqueza o la nobleza de sangre sino la pobreza, la minoridad, la indianidad, etc. Esto, que ocurre habitualmente en el sistema *inquisitivo* de enjuiciamiento, no existe ni puede existir en un sistema *acusatorio* puro, porque lo que interesa es que no se rompa jamás el fiel de la balanza. ¡Ni para un lado ni para el otro!

¹³ Adelanto algo sobre lo cual insistiré luego. 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...

y juez al mismo tiempo¹⁴; 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 actúan¹⁵.

¹⁴ Por eso es, precisamente, que en el sistema inquisitivo no se puede hablar con propiedad de una *imparcialidad judicial* en razón de que el juez es, al mismo tiempo, el acusador... Es decir: *juez y parte*. Idéntica reflexión cabe hacer respecto del juez de lo civil dentro del sistema que le permite subrogar a la parte procesal en la tarea de probar.

¹⁵ Los jueces de América en general no han sido preparados para actuar con imparcialidad. En rigor, una gran mayoría ignora en qué consiste esa cualidad, así como cuál es su verdadera esencia o las variadas situaciones en las cuales el concepto queda vulnerado y, con él, la garantía del *debido proceso*.

Antes bien, la cultura paternalista que han instaurado en América los jueces que se sienten *autoridad* y no meros *hacedores de la paz social por la garantía de los derechos de los ciudadanos*, nos ha impuesto los parámetros autoritarios que rigen desde siempre en este sufrido sur del continente. Y ello hace que los jueces en general —por cierto que con la mejor buena fe— vean como correctas las actitudes propias que cumplen a diario para tratar de *igualar la desigualdad natural* de las partes procesales en homenaje —otra vez— a una difusa meta de Justicia que bien pueden llegar a lograr. Pero ilegítimamente.

El problema surge, a no dudar, del doble papel protagónico de *juez y parte* que el sistema inquisitivo acuerda al juzgador.

Así ocurre hasta hoy en la mayor parte de América con los jueces laborales y los jueces de menores, encargados desde siempre de obviar la desigualdad del trabajador frente al patrón y la del menor en situación de abandono, cuyo interés superior deben privilegiar a todo trance.

Estoy convencido de que esa notable *desigualdad real* debe ser paliada. Pero no por el juez, encargado final de asegurar la *igualdad jurídica* de las partes procesales. Antes bien, podrá ser cuidada por defensores *ad hoc*, por asesores en el litigio que procedan

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, exige una definitiva:

promiscuamente con los representantes de los menores y de los trabajadores, por muchos y variados funcionarios —acepto a todos los que imagine el lector— quienes se dediquen con exclusividad a ello. Pero insisto: nunca por el juez pues, al desnivelar la igualdad jurídica para lograr una supuesta y nunca alcanzable igualdad real, logra sólo desequilibrar el fiel de la balanza de la Justicia y hacer ilegítima su sentencia. Por justa que sea en los hechos... y para el sentir del propio juzgador.

Tal vez toda esta execrable actitud paternalista provenga de mal copiar sin meditarlo la función de los jueces penales que procesan y juzgan en el sistema inquisitivo, en el cual tienen el deber de aplicar siempre la ley más benigna y de introducir oficiosamente el conocimiento de hechos que configuran excepciones cuando el reo no las ha opuesto (por ejemplo, lo sobreseen por amnistía no obstante que el amnistiado no haya hecho valer la respectiva defensa en el juicio).

Como cruel corolario final de toda esta exposición, recuerdo que habitualmente soy interrogado por algunos jueces que, aceptando mis parámetros interpretativos y académicos, afirman no compartirlos en el campo de la Justicia, pues ese criterio aséptico de la imparcialidad que pregonan no sirve para prevenir la desigualdad de la parte más débil que no pudo contratar al abogado de renombre que asiste a su contrario y, por eso, deben ayudar para que el joven y poco preparado letrado efectúe una defensa correcta y, llegado el caso, suplirlo (con lo cual la ayuda ya no es para la parte débil sino para el abogado ignorante).

Estas actitudes duelen al Derecho y, a poco que se las analice, repugnan a la legitimidad procesal.

Para empezar, de nada vale ser buen abogado para estos jueces justicieros que, en lo que creen su augusta misión, igualan hacia abajo.

Por esto mismo es que el joven abogado no se prepara adecuadamente: no sólo no le sirve —pues así es como logra la ayuda del juez— sino que, tragicómicamente, el estudio conspira contra sus propios intereses: cuando sea un letrado reconocido y capaz de abogar como Dios manda, el juez tomará partido seguro por el adversario joven e inexperto, ignorante y chapucero...

¿Se advierte cómo y cuánto se iguala hacia abajo y, a la postre, se perjudica a todo el sistema de Justicia?

Lo que habría que hacer cuando una parte está mal defendida es ordenar el cambio de abogado —claro que esto es fuerte, aunque se use habitualmente en los países que pertenecen al *common law*— o, más livianamente, *ordenar una asistencia letrada al letrado que la necesita*. En este sentido hay norma expresa en muchas legislaciones (por ejemplo, ver la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Provincia de Santa Fe, Argentina).

- ausencia de prejuicios de todo tipo (particularmente raciales o religiosos) respecto de las partes litigantes y del objeto litigioso,
- 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, de odio, de un sentimiento caritativo, de la haraganería, de los deseos de lucimiento personal, de figuración periodística, etcétera.
- 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, etcétera.

Si bien se miran estas cualidades definitorias del vocablo, la tarea de ser *imparcial* es asaz difícil pues exige absoluta y aséptica¹⁶ neutralidad¹⁷, que debe ser practicada en todo supuesto justiciable con todas las calidades que el vocablo involucra¹⁸.

¹⁶ Si bien la voz *asepsia* significa *ausencia de materia productora de descomposición o de gérmenes que pueden producir infecciones o enfermedades*, por extensión se dice que *aseptico* es quien *no muestra ninguna emoción ni expresa sentimientos*.

¹⁷ Es la actitud o comportamiento del que no se inclina por ninguna de las dos partes que intervienen en un enfrentamiento ni las beneficia ayudando a forzar la solución pretendida por una de ellas.

¹⁸ Insisto vehementemente en esto por cuanto los jueces del sistema inquisitivo sostienen siempre —y creo que con absoluta buena fe— que actúan con una *imparcialidad funcional* que nada tiene que ver con la *imparcialidad personal* o *espiritual* que, de existir, no empañaría a aquélla. Frase similar se lee en *Los miserables*, dicha por el Inspector Javert para justificar su tenaz persecución al desgraciado Jean Valjean: cuando el policía descubre que no es así, se suicida.

4. LA IRRUPCIÓN DEL MÉTODO INQUISITORIAL EN EL CAMPO JURÍDICO

El diseño triangular del proceso que imaginó la civilidad auténtica para lograr la paz de los pueblos y que rigió desde que la *razón de la fuerza* fue trocada por la *fuerza de la razón*, con un juez que aseguraba la igualdad de los parciales con su propia imparcialidad, cambió por contingentes razones políticas que no han sido superadas hasta hoy¹⁹.

Sabido es que, a raíz de lo actuado en el Concilio de Letrán (1215), se inauguró una organización que se dedicó a la búsqueda de pecadores (la llamada *Inquisición episcopal*) y que luego se impuso la meta de descubrir delitos eclesiales (la llamada *Inquisición papal* o *Inquisición medieval*) para terminar investigando delitos seculares (mediante la conocida como *Inquisición española*).

Y con ello se generó un nuevo método de enjuiciamiento —por supuesto, penal— muy alejado en su estructura de aquél que la pacificación de los pueblos supo conquistar y que ya presenté con una *figura triangular* que siguió practicándose para todo lo que no fuera delito²⁰.

Porque ese método era practicado por una organización conocida como *Inquisición*, pasó a la historia con el nombre de *método inquisitorio* (opuesto

¹⁹ Y lo peor es que no lo sabemos, pues nos ha sido ocultado durante siglos. Hoy, después del valiente reconocimiento hecho por S.S., Juan Pablo II, en la Bula *In-carnationis misterium*, donde refiere a la necesidad de *purificar la memoria*, ya es hora de que quienes somos católicos asumamos los horrores del pasado y mostremos a las generaciones venideras de dónde viene el perverso método de enjuiciamiento que rige actualmente en casi todos los países de América latina.

²⁰ La idea triangular ya aparece en la Ley X, Título IV, Partida III de Alfonso el Sabio, donde textualmente se lee: "Cómo el juzgador se debe guardar de no oír su pleito mismo, ni otro de que él hubiese sido abogado o personero pues Juez, e demandador, e demandado, son tres personas que conviene que sean en todo pleito que se demande por juicio. Y por eso decimos que ningún juzgador no puede, ni debe oír ni librar pleito sobre cosa suya, o que a él pertenezca, porque no debe un hombre tener lugar de dos, así como de juez y demandador". Si bien se mira esta afirmación, parece claro que de ella sale la idea de que no se puede ser juez y parte al mismo tiempo pues, si así es y el acusador es el propio juez, sólo Dios puede actuar como defensor para evitar una obvia condena!

a *acusatorio*) o *inquisitivo* (opuesto a *dispositivo*). Y así se lo conoce hasta hoy como sistema de enjuiciamiento. Veamos ahora en qué consistía.

El propio pretendiente, convertido ahora en *acusador* de alguien (a quien seguiré llamando *resistente* para mantener la sinonimia de los vocablos utilizados) le imputaba la comisión de un delito. Y esa imputación —he aquí la perversa novedad del sistema— *la hacía ante él mismo* (atención: no ante un *tercero*) como encargado de juzgarla oportunamente.

Por cierto, si el acusador era quien *afirmaba* (comenzando así con el desarrollo de la serie) resultaba elemental que sería el encargado de *probarla*. Sólo que —otra vez— por sí y ante sí, para poder juzgar luego la imputación después de haberse convencido de la verdad de la propia imputación.

Por obvias razones, este método de enjuiciamiento no podía hacerse en público. De allí que las características propias del método eran:

- el juicio se hacía por escrito y en absoluto secreto;
- el juez era la misma persona que el acusador y, por tanto, el que iniciaba los procedimientos, bien porque: a él mismo se le ocurría (así su actividad comenzó a ser *oficiosa* o *propia de su oficio*) o porque admitía una denuncia nominada o anónima (ello quedó escondido en la idea del *accionar oficioso*);
- como el mismo acusador debía juzgar su propia acusación, a fin de no tener cargos de conciencia (que, a su turno, también debía confesar para no vivir en pecado) buscó denodadamente la prueba de sus afirmaciones, tratando por todos los medios que el resultado coincidiera estrictamente con lo acaecido en el plano de la realidad social;
- para ello, comenzó entonces la búsqueda de la *verdad real*;
- y se creyó que sólo era factible encontrarla por medio de la *confesión*; de ahí que ella se convirtió en la reina de las pruebas (la *probatio probatissima*);
- y para ayudar a lograrla, se instrumentó y reguló minuciosamente la tortura.

Como se ve, método radicalmente diferente al que imperó en la historia de la sociedad civilizada.

Pues bien: con este sistema de procesamiento feroz, se asentaron tribunales inquisitoriales (*Santo Oficio*) principalmente en Francia, Italia y España (desde donde luego llegaron a América)²¹. Y sus enseñanzas y prácticas fueron adoptadas por el mayor absolutismo europeo de finales del siglo XVIII²², a lo largo del XIX y por los grandes movimientos autoritarios que generaron dictaduras que no deben ser olvidadas²³.

La legislación española —por su lado— partió de los antecedentes inquisitoriales que se entronizaron en la península Ibérica desde el siglo XIII y llega hasta la ley actual (Ley 1 del año 2000).

Con las mismas exactas características pasó a toda América latina, donde sobrevive en lo penal²⁴ y en lo civil.

5. EL RETORNO AL MÉTODO TRADICIONAL DE DEBATE POR SU ADOPCIÓN EN LAS CONSTITUCIONES DE TODA AMÉRICA: EL ACUSATORIO

Paralelamente a lo recién narrado, y a raíz de la notable influencia que tuvo en el mundo la Carta Magna de 1215 y, luego, la Revolución Francesa de 1789, el vasto y notable movimiento constitucionalista que se afincó en el mundo generó el concepto aún no debidamente elaborado de *debido*

²¹ Note el lector que la Inquisición jamás logró entrar como institución a la Gran Bretaña, lo que explica ejemplarmente su propio y disímil método de procesamiento por todos conocido.

²² Me refiero al *Reglamento Josefino* de 1781 dictado por José II (Emperador germano y co-Regente de los Estados de los Habsburgos).

²³ Hablo de las de Francisco José I, Emperador austrohúngaro con el *Código* que le hizo su Guardasellos Franz Klein en 1895 para que fuera utilizado como medio de *control social* de las minorías revoltosas húngaras; y de Adolfo Hitler (Leyes de 1933 y de 1941), de Benito Mussolini (*Código di Procedura Civile* italiano de 1940) y de José Stalin (*Código de la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas* de 1979), que lo utilizaron como claro medio de opresión.

²⁴ Salvo varios países que ya han adoptado el único método constitucional de juzgamiento: el *acusatorio* (por ejemplo, Nicaragua, Chile, Provincia de Buenos Aires en Argentina, etc.).

proceso como un claro derecho constitucional de todo particular y como un deber de irrestricto cumplimiento por la autoridad.

El sintagma lució novedoso en su época pues, no obstante que la estructura interna del proceso —que ya he mostrado como una serie consecutiva— aparece natural y lógicamente en el curso de la historia con antelación a toda idea de *Constitución*, las cartas políticas del continente no incluyen «en su mayoría» la adjetivación *debido*, concretándose en cada caso a asegurar la *inviolabilidad de la defensa en juicio* o un *procedimiento racional y justo*.

Más acá de la Carta Magna, el origen generalmente aceptado de la palabra *debido* se halla en la Quinta Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos de América, al establecer los derechos de todo ciudadano en las causas penales²⁵.

Este mandato figura nuevamente en el texto de la Decimocuarta Enmienda (*ahora como restricción al poder de los Estados*) donde se utilizan palabras similares²⁶.

Al igual que las de otros países, la Constitución argentina no menciona la adjetivación *debido*. Tal vez por esa razón o por la imprecisión terminológica que sistemáticamente emplean los autores que estudian el tema, la doctrina en general se ha abstenido de definir en forma *positiva* al *debido proceso*, haciéndolo *siempre negativamente*: y así, se dice que *no es debido proceso legal* aquel por el que —por ejemplo— se ha restringido el derecho de defensa o por tal o cual otra cosa. Esto se ve a menudo en la doctrina que surge de la jurisprudencia de nuestros máximos tribunales.

Veamos ahora la descripción del *sistema acusatorio*: es un método bilateral en el cual dos sujetos naturalmente desiguales discuten pacíficamente en igualdad jurídica asegurada por un tercero imparcial que actúa al efecto

²⁵ Dice en su parte pertinente que no podrá “someterse a una persona dos veces, por el mismo delito, al peligro de perder la vida o sufrir daños corporales; tampoco podrá obligársele a testificar contra sí mismo en una causa penal, no se le privará de la vida, la libertad o la propiedad *sin el debido proceso judicial*.”

²⁶ “...ningún Estado podrá tampoco privar a persona alguna de la vida, la libertad o la propiedad, *sin el debido procedimiento jurídico*”.

en carácter de autoridad, dirigiendo y regulando el debate para, llegado el caso, sentenciar la pretensión discutida.

Es valor entendido por la doctrina mayoritaria que un proceso se enrola en el sistema dispositivo cuando las partes son dueñas absolutas del impulso procesal (por tanto, ellas son quienes deciden cuándo activar o paralizar la marcha del proceso), y son las *que fijan* los términos exactos del litigio a resolver afirmando y reconociendo o negando los hechos presentados a juzgamiento, las que aportan el material necesario para confirmar las afirmaciones, las que pueden ponerle fin al pleito en la oportunidad y por los medios que deseen.

Tal cual se ve, priva en la especie una filosofía absolutamente liberal que tiene al propio *particular* como centro y destinatario del sistema.

Como natural consecuencia de ello, el juez actuante en el litigio carece de todo poder impulsorio, debe aceptar como ciertos los hechos admitidos por las partes así como conformarse con los medios probatorios que ellas aportan y debe resolver ajustándose estrictamente a lo que es materia de controversia en función de lo que fue afirmado y negado en las etapas respectivas²⁷.

Este antiguo sistema de procesamiento es el único que se adecua cabalmente con la idea lógica de *proceso*, como fenómeno jurídico irrepetible que une a tres sujetos en una relación dinámica.

Pero no sólo al litigio puramente civil se aplicó este sistema en el pasado remoto: existen noticias que muestran a este fenómeno respecto de la materia penal en las antiguas repúblicas de Grecia y en la misma Roma, en la época de los Comicios.

Y es que la primitiva concepción del juicio penal exigía que fuera iniciado por un *acusador* (ya que prevalecía el interés particular del ofendido y sus parientes) quien actuaba contra el reo ante la persona que oficiaba como juzgador.

²⁷ Por tanto: si las partes aceptan de consumo un hecho y, así, tal hecho está fuera del litigio, el juez debe aceptarlo aunque no le guste y le conste que no coincide con lo verdaderamente acaecido en el plano de la realidad social.

Tanto es así que lo que hoy podría llamarse *proceso penal común* fue *acusatorio* desde antes del Siglo XII en numerosos países de Europa.

Para la mejor comprensión del tema en estudio, cabe recordar que el sistema *dispositivo* (en lo civil) o *acusatorio* (en lo penal), se presenta históricamente con los siguientes rasgos caracterizadores:

- el proceso sólo puede ser iniciado por el particular interesado. *Nunca por el juez*;
- el impulso procesal sólo es dado por las partes. *Nunca por el juez*;
- el juicio es *público* salvo casos excepcionales;
- existe paridad absoluta de derechos e igualdad de instancias entre actor (o acusador) y demandado (o reo)
- y el juez es un tercero que, como tal, es *imparcial* (no parte), *imparcial* (no interesado personalmente en el resultado del litigio) e *independiente* (no recibe órdenes) de cada uno de los contradictores. Por tanto, el juez es persona *distinta* de la del acusador;
- no preocupa ni interesa al juez la búsqueda denodada y a todo trance de la *verdad real* sino que, mucho más modesta pero realistamente, procura lograr el mantenimiento de la paz social fijando hechos litigiosos para adecuar a ellos una norma jurídica, tutelando así el cumplimiento del mandato de la ley. Por tanto, no se ocupa de probar hechos litigiosos;
- nadie intenta lograr la *confesión* del demandado o imputado, pues su declaración es un *medio de defensa y no de prueba*, por lo que se prohíbe su provocación (absolución de posiciones o declaración indagatoria);
- correlativamente exige que, cuando la parte desea declarar espontáneamente, lo haga sin mentir. Por tanto, castiga la falacia²⁸;

²⁸ No como ocurre en los países de América, en los que la declaración ante el juez muestra una suerte de divertido deporte de las partes procesales, en absurda posición de descarada mentira. Claro está, esto se hace por indebida interpretación de la garantía constitucional que establece que nadie está obligado a declarar en contra de sí mismo.

- se prohíbe la tortura;
- el imputado sabe siempre de qué se lo acusa
- y quién lo acusa
- y quiénes son los testigos de cargo;
- etcétera.

A mi juicio, todo ello muestra en su máximo grado la garantía de la plena libertad civil para el demandado (o reo).

6. EL DIVORCIO DE LA LEY Y DE LA CONSTITUCIÓN EN MATERIA PROCESAL

Como se ha visto en los epígrafes anteriores, la figura central del sistema inquisitivo es el propio Estado (el juez), lo que revela por sí solo su carácter *totalitario*. En cambio, el eje central del sistema *dispositivo* es el *hombre* actuando en calidad de litigante.

¿Hace falta que insista en la afirmación que he hecho *supra* acerca del irreconciliable divorcio que existe entre la Constitución y la ley? Tanto es así que, para terminar, debo recordar que *todos* los gobiernos autoritarios que hubo en la Argentina desde el año de 1930 hasta el de 1983²⁹, *derogaron la Constitución nacional o la subordinaron a Reglamentos y Estatutos Revolucionarios*. Paradójicamente, en cambio, *todos ellos mantuvieron vigentes las leyes procedimentales que toleraban sus actuaciones autoritarias*.

No se piensa, acaso, que el *secreto del sumario*, la *declaración indagatoria*, la recurrente *actuación oficiosa*, etcétera, concurren en alguna medida al genocidio de miles de argentinos...? ¿Hubiera sido todo ello posible en

²⁹ Me refiero a los encabezados por el General Uriburu (1930), por el General Ramírez (1943), por el General Farrell (1944), por el General Aramburu (1955), por el Dr. Guido (tras de quien se escondían varios Generales) (1962), por el General Onganía (1966) y por el General Videla (1976).

un régimen procesal apegado al texto de la Constitución³⁰? Ruego al lector dar honesta respuesta intelectual y moral a estos interrogantes.

Y si se me contesta —tan sólo— que *pudo ser posible* que el método perverso coadyuvara a tan atroz resultado, me daré por satisfecho con la demorada exposición hasta aquí realizada y me convenceré aún más de que debe legislarse para la *generalidad de los posibles juzgadores* y no sólo para *los buenos que hoy se cuentan por montones*.

La aceptación que se haga respecto de la existencia de ese divorcio entre ley y Constitución llevará de la mano a un corolario elemental forzoso: si la primera consagra un método de juzgamiento y la segunda —ley superior— otro, la ley procesal es francamente inconstitucional.

De ahí que haya que efectuar notable replanteo de los conceptos que actualmente manejamos acerca del sintagma *imparcialidad judicial* y, particularmente, cuando lo aplicamos a la actividad probatoria.

7. LA IMPARCIALIDAD JUDICIAL Y LA ACTIVIDAD PROBATORIA DEL JUEZ

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. Y ello en razón de que, para respetar su calidad de imparcial —y de la misma forma que le está prohibido fallar a base del conocimiento personal que tiene de los hechos a juzgar— él no puede

³⁰ En rigor de verdad, ello no ha sido posible en la Argentina desde 1930 en adelante y, particularmente, desde 1943. Cabe recordar aquí que las legislaciones de todos los totalitarismos europeos fueron desmanteladas con la pérdida de las respectivas guerras que sufrieron en diferentes épocas (por ejemplo, después de Nürenberg, no quedó una sola ley nazi en Alemania). El totalitarismo argentino no sufrió la pérdida de una guerra de conquista o de venganza, en las cuales los vencedores se preocupan por desarticular el sistema legal del vencido. Cual acaba de pasar en Irak.

asumir la incumbencia probatoria que le corresponde sólo a las partes procesales conforme el sistema acusatorio al cual refiere la Constitución.

Debo recordar aquí que el problema de determinar quién debe aportar al proceso la prueba 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 probados— 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 probar* 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 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 claro³¹— 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 probar* 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 a base de la facilidad que tenía para hacerlo y se generó una regla de carácter general, la cosa cambió: ahora, la incum-

³¹ *Nihil habere quod liqueat*: no sacar nada en claro.

bencia de probar 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 brocardo *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 latitud³². Otro tanto ocurre respecto del llamado *hecho negativo*³³.

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 a 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 de las cuales no puedo ocuparme en este trabajo.

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.

³² Y es que —como ya se ha visto en el texto— hay hechos que no pueden ser confirmados: cuando yo afirmo en un proceso; por ejemplo, que *soy soltero* y ello es negado por la contraparte, no hay forma de acreditarlo. Por lo contrario, podrá hacerse respecto de los otros estados civiles (casado, viudo, divorciado, separado) con la mera exhibición de la partida respectiva, pero nunca de la soltería.

³³ Ver la nota 10.

A mi juicio, la mejor forma de explicar el tema se ha logrado a partir de la aplicación de la regla que carga la tarea 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;

A este fin, desde antaño se distribuye dicha carga respecto de la afirmación de los siguientes hechos: *constitutivo, extintivo, invalidativo, convalidativo e impeditivo*, no importando al efecto que sea el actor o el demandado quienes lo hayan invocado. Veamos qué es cada uno de ellos.

Pero lo que interesa destacar primordialmente de ello es que, en rigor de verdad, lo referente a la *carga de la prueba* constituye, esencialmente, una regla dirigida al juez para que pueda juzgar un caso cualquiera cuando no existe prueba suficiente que le resulte convincente. De tal forma, y llegado el caso, habrá de preguntarse frente a un hecho determinado: ¿quién debía probarlo y no lo hizo? Y ese perderá el pleito³⁴.

Y así, con una compleja elaboración para determinar con precisión a quién incumbe la carga de confirmar en el proceso, se ha llegado a esta-

³⁴ Véase un ejemplo respecto de un *hecho impeditivo*, que es el que afirma todo resistente para liberarse de la responsabilidad imputada o evitar la declaración del derecho pretendido a base del hecho constitutivo, pues implica por sí mismo la inexistencia de tal responsabilidad o derecho. Por caso, 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, etcétera. Cuando es 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 probar dicho pago. Y, nótese bien, en este caso nada debe probar 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 probatoria pesará en el caso sobre el excepcionante que lo afirmó, quien ganará el pleito en el supuesto de lograr la respectiva convicción en el juez y lo perderá en el caso contrario (y, así, ganará el actor aunque nada haya hecho en el campo probatorio).

blecer 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 y reiterando la idea: si al momento de sentenciar, un juez se encuentra con un caso en el que hay varias declaraciones testimoniales acordes entre sí, una buen 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 probar. No le hace falta hacer esa indagación.

En cambio, si el juez carece de elementos probatorios 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 prueba (para no perder su calidad de *impartial*) 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 probar 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 indebida y personalmente en el resultado del juicio.

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* 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 imputado³⁵.

³⁵ Por supuesto, descarto —en homenaje a la seriedad con la cual deben emitirse los argumentos jurídicos— que el fiscal es una *parte procesal* y, como tal, *parcial*. Durante varias décadas, los argentinos hemos repetido como clara obviedad y hasta el cansancio las enseñanzas de ilustre maestro: *el fiscal es la parte imparcial del proceso penal*... sin advertir que ello no es más que una *contradictio in terminis*. En efecto: sostener que *hay una parte imparcial* es negar por el adjetivo la esencia del sustantivo. Es como decir *lo bueno malo* o *lo bello feo*.

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 insito 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*.

8. COROLARIO

Este trabajo es una *Ponencia* presentada a un Congreso de Derecho Procesal, de donde se colige que cabe hacer afirmaciones coherentes con todo lo expuesto precedentemente:

- 1) Jurídicamente, el proceso es sólo un método de debate que, para su eficaz desarrollo con miras a obtener resultados constitucionalmente legítimos, debe sujetarse durante todo su curso a la presencia de dos principios de vigencia irrestricta: a) la *igualdad de los parciales* y b) la *imparcialidad del juzgador*.
- 2) El único método de enjuiciamiento que responde a estos parámetros es el conocido como *acusatorio* o *dispositivo*, en el cual cada uno de los sujetos procesales cumple la tarea asignada por la ley sin poder subrogar de modo alguno la que corresponde a los otros.

Quien actúa como fiscal puede ser *objetivo* y no tener *interés personal* en lograr una condena (en otros términos: ganarle a su contrario: el acusado) pero debe ostentar siempre *interés funcional* (base elemental de la acusación).

Claro está que todos estos dislates se dan exclusivamente en el sistema inquisitorio. En el acusatorio puro, y con un sistema de *oportunidad* y no de estricta *legalidad* para decidir si se hace o no la acusación, por lo contrario, no se justifica en modo alguno el *carácter de imparcial que debe ostentar la parte procesal*.

Simplemente, no acusa si cree que no debe hacerlo pues perderá el litigio!

- 3) La *imparcialidad del juzgador* es lo que asegura la igualdad de los *parciales*; por ende, la idea expresada debe ser entendida como la sumatoria de tres cualidades esenciales: *imparcialidad* (no ser parte procesal), *imparcialidad* (no estar interesado en el resultado del litigio) e *independencia* (de toda obediencia debida a las partes y de todo prejuicio respecto de ellas o del objeto litigioso).
- 4) La vigencia de la calidad referida a la *imparcialidad del juzgador* hace que él deba abstenerse de realizar de cualquier forma las tareas propias de las partes litigantes: *pretender, afirmar hechos litigiosos, introducir nuevas cuestiones luego de trabada la litis y probar oficiosamente* los hechos alegados por ellas, cuya existencia improbada no puede ser suplida por el conocimiento personal que el juez tenga del asunto a fallar.
- 5) A consecuencia de ello —y en caso de carencia de prueba convictiva— el juez debe fallar conforme lo indican *las reglas de la carga probatoria*, de aplicación objetiva, y sin necesidad de involucrarse en el problema por justa que le parezca la solución a darle.

Capítulo Segundo

EL INCIDENTE ARGENTINO