

Proceso y República

Crítica a las tendencias actuales del Derecho Procesal [1] [2]

Adolfo Alvarado Velloso[3]

1. Las novedades procesales surgidas en América [arriba] -

En los últimos años han surgido -en la Argentina primero[4], luego en Colombia[5] y con inmediatas repercusiones en el resto de los países del continente luego[6]- las que se han catalogado por sus autores como tendencias procesales novedosas que tienden a establecer, particularmente en la Justicia Civil, un proceso eficiente y de posibilidades ilimitadas[7].

En breve inventario de dichas novedades, puedo citar acá:

- 1) la institucionalización de anticipos de sentencia sin audiencia previa de todos los interesados en el litigio, so pretexto de asignar carácter cautelar a un adelanto pretensional;
- 2) la eliminación del proceso mismo como método de debate, sustituyéndolo por la mera dedicación, empeño, buena voluntad y sagacidad del juzgador: se denomina proceso autosatisfactivo;
- 3) la imposición a los jueces del deber de probar de oficio y, como tal, sancionable en caso de incumplimiento: en casi toda la América se denomina medidas para menor proveer o resolver[8];
- 4) el otorgamiento jurisprudencial de la facultad a todos los jueces de apartarse a su simple voluntad de las reglas que rigen desde siempre la carga de la prueba a partir de la ley: se denomina cargas probatorias dinámicas;
- 5) la aceptación de la posibilidad de flexibilizar la regla de la congruencia procesal, autorizando a los jueces a fallar más allá de lo pretendido, resistido y regularmente probado por las partes;
- 6) la aceptación de la posibilidad de apartarse del efecto de cosa juzgada material: se denomina relativización de la cosa juzgada.

La índole de esta ponencia no admite un desarrollo siquiera mínimo de todas estas novedosas tendencias procesales. De ahí que, pretendiendo hacer algo que a la postre resulte útil al lector, criticaré aquí tan sólo los cuatro primeros temas aludidos, ya en práctica en el país.

Para comenzar dicha tarea, creo imprescindible presentar previa y escuetamente lo que es la concepción republicana de proceso para que luego pueda comprenderse cabalmente lo que aquí critico, y, llegado el caso, hacer propias el lector dichas críticas.

Partiendo de la base primaria de concebir al proceso como método[9] mencionado constitucionalmente como debido proceso[10], importa afirmar que sirve desde sus inicios para que dos personas naturalmente desiguales puedan discutir acerca de un bien de la vida en pie de perfecta igualdad jurídica asegurada al efecto de la discusión por un tercero neutral (juez) que debe actuar funcionalmente de modo

imparcial, imparcial e independiente de ellas.

Tal proceso existe en tanto se adecue plenamente al conocido por todos pero comprendido por pocos como principio[11] de imparcialidad del juzgador, único que asegura la vigencia del principio de igualdad jurídica ante la ley de los parciales que se encuentran en litigio.

Con estas ideas a la mano, comienzo ahora la explicación crítica de los temas que antes he prometido abordar.

2. El anticipo judicial de la prestación demandada: naturaleza [arriba] - [12]

Importa mucho destacar liminarmente que, 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 en la mayoría de los códigos vigentes. 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[13]. 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 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 a base de derechos contenidos en la ley de rango superior[14].

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, que defiende primordialmente la idea de república, 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 y que luego será objeto de especial consideración y crítica.

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, a las cuales me referiré luego y que pronto fueron legisladas dentro del capítulo

propio de las medidas precautorias. 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[15]. 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 del que debía sufrir su resultado[16] 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.

A tenor de las ideas expuestas, que creo ponen en su justo lugar al problema que aquí se estudiará, desarrollaré ahora el tema desde la óptica ya adelantada pues con él 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 en las leyes como poder cautelar genérico y que luego será objeto de especial consideración y crítica.

Pero la denominación de medidas precautorias o cautelares otorgada a estos anticipos de sentencia, hizo que se les aplicaran sin más, errónea y directamente, las condiciones propias del embargo preventivo (medida cautelar primaria y por excelencia)[17].

Y, así fue que, a raíz de esto, 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.

Adviértase la extrema gravedad de lo recién afirmado: para lograr los objetivos que el constituyente ha detallado con prolijidad en el Preámbulo (entre ellos, afianzar la justicia y lograr la unión nacional, con lo que ello implica de paz social), la norma cúspide del sistema consagra expresos derechos que ninguna ley inferior puede desconocer. Entre ellos, el de la inviolabilidad de la defensa en juicio[18]. Y precisamente para asegurar el cumplimiento de tales derechos, otorga a los particulares una expresa y extrema garantía: la del proceso judicial llevado en igualdad de condiciones[19] frente a un tercero imparcial[20].

Como es de total obviedad, el proceso exige bilateralidad previa a la sentencia[21] y, sin ella, lo que de esto resulte no es proceso.

A tenor de las ideas expuestas, que creo ponen en su justo lugar al problema que aquí se estudiará, desarrollaré ahora el tema desde la óptica que debe regir en la especie.

Parece claro que en la realidad de la vida y en el curso de las relaciones humanas existen situaciones de extrema gravedad o notable urgencia que deben ser solucionadas en forma inmediata pues, caso de no hacerlo así, pueden ocasionarse daños definitivos. Teniendo esto en mira, ha sido el propio legislador quien, desde

antaño, se ha preocupado por proveer tales soluciones. Y nunca ley alguna del pasado dejó en manos de los jueces realizar tal proveimiento[22].

Con mayor razón deben estar vigentes estas ideas a partir de la confusión doctrinaria de adjudicar al anticipo de solución judicial las exactas características de todas las cautelas procesales y, particularmente, la de la unilateralidad.

A base de tales circunstancias, cuando actualmente se adelanta el resultado de una pretensión procesal, se omite la audiencia previa de la parte a quien perjudicará lo que se resuelva al respecto, con lo que se genera otro mal mayor: el de evitar el proceso como medio de debate.

Si bien se mira, el problema debe tener solución única: entre el derecho que hipotéticamente puede perderse (el del alimento anticipado, por ejemplo) y el que de seguro se perderá (el de defensa en juicio), debe prevalecer éste, de claro rango superior en el orden constitucional[23].

Surge de todo esto que la legislación debe brindar una solución adecuada a las circunstancias. Es más, desde que la ley otorgó un poder genérico a los jueces para cautelar todo cuanto desearan, y cuando ya está definitivamente instalada en la sociedad que son los jueces quienes deben resolver la totalidad de problemas habidos y por haber, aun los que definitivamente son no justiciables, se tornará muy difícil -por no decir imposible- retornar a soluciones verdaderamente sistémicas, con lo cual se evitaría esta suerte de anticipo-cautelar.

De ahí entonces que aquí se postule que todo anticipo de sentencia debe gozar siempre de necesaria e imprescindible audiencia previa pues nada molesta al efecto y no se vulnera la garantía máxima representada por el irrestricto mantenimiento del método de debate entre sujetos igualados jurídicamente por la propia imparcialidad del juzgador. En buen romance, esto significa algo así como idear trámites harto breves o, más simplemente, ocurrir a la tradicional figura del amparo, comprensiva de todos los casos que actualmente se tratan por las vías autosatisfactivas.

2.1. La clasificación de los anticipos de tutela judicial

Según puede colegirse a partir de lo precedentemente expuesto, hay anticipos previstos en la ley (legales) y propios de la actividad de los jueces aunque no estén autorizados en la ley (judiciales).

2.1.1. Los anticipos legales

Dentro de este grupo enumero a la prestación de alimentos y de litis expensas, a la apertura de servidumbre de paso y a la clausura de la obra nueva que perjudica a un vecino. Todos ellos han sido antes mencionados con precisa cita de la norma legal aplicable. Al respectivo texto me remito ahora.

2.1.2. Los anticipos judiciales

Dentro de este grupo enumero a los poderes cautelares genéricos y, a consecuencia de ellos, a la orden de innovar en la situación jurídica actual y a la sentencia autosatisfactiva. Los vemos en particular.

2.1.2.1. Los poderes cautelares genéricos

Con carácter normativo relativamente reciente, algunas leyes han establecido que: “Fuera de los casos previstos en los artículos precedentes[24], quien tuviere fundado motivo para temer que durante el tiempo anterior al reconocimiento judicial de su derecho, éste pudiese sufrir un perjuicio inminente o irreparable, podrá solicitar las medidas urgentes que, según las circunstancias, fueren más aptas para asegurar provisionalmente el cumplimiento de la sentencia”[25].

Creo que el origen de ello está en el art. 700 del CPC italiano de 1940[26], respecto de cuyo contenido la crítica doctrinaria de entonces fue pacífica[27] en el sentido de que normaba -y norma- acerca de un poder supletorio respecto de las cautelas previstas en la ley[28]. Y ello es obvio desde que debe aceptarse razonablemente que el legislador no puede imaginar todos los posibles casos dignos de cautelar, no obstante que la solución hermenéutica[29] debe pasar siempre por la reconversión del caso para hacerlo encuadrar en alguna de las cautelas legisladas detalladamente en todas las leyes actuales[30]. Y con tales alcances, la norma puede resultar buena y eficaz.

No obstante, en la actualidad se ha desvirtuado su contenido merced a la incesante prédica del oficialismo procesal argentino que ha ido mucho más allá y le ha otorgado alcances que jamás tuvo. Ni siquiera en la legislación italiana del 40. Y así, sin reparar en la naturaleza obviamente diferente que muestran una verdadera cautela y lo que en los últimos años ha dado en llamarse solución jurisdiccional anticipada so pretexto de una tutela judicial efectiva, han fincado toda anticipación de sentencia en ese preciso poder cautelar genérico.

A consecuencia de ello, y con expresa invocación a la secular ineficiencia judicial, que muchos jueces-académicos tratan de superar a riesgo de evitar toda discusión procesal, se han inventado ciertas “medidas cautelares” que nada tienen de cautela y que muestran clara y definitiva ilegitimidad constitucional: refiero acá a la medida innovativa y a la medida autosatisfactiva, con las cuales se han cometido variados y numerosos excesos a espaldas siempre de la persona que debe sufrir los efectos de la orden respectiva.

En ese orden de ideas, y haciendo uso de supuestas conclusiones[31] de congresos científicos de la asignatura en los cuales unos pocos pontifican sobre temas que no admiten discutir, se ha instalado la idea de que todo ello es bueno y que mejora la función judicial. Y así, tal doctrina se ha enseñoreado en la actualidad argentina. Basta ver, por ejemplo, el texto del 177 del Código Contencioso administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires para darse cuenta de ello[32].

Con la aceptación generalizada de todo ello, lograda merced a su constante prédica, ya es normal aceptar como medidas cautelares las ya mencionadas medida innovativa y medida autosatisfactiva, de las cuales me ocuparé seguidamente.

2.1.2.2. La orden de innovar en la situación jurídica actual

Conocido es el significado de la palabra innovar: introducir novedades en alguna cosa, de donde resulta que el vocablo es comprensivo de sus varios sinónimos: variar, alterar, mudar, cambiar, renovar, modificar, transformar y reformar. Tal conceptualización parece lógica si se la vincula con una prohibición de efectuar cambios en la realidad social, tal cual lo legisla desde antaño casi toda la normativa procesal, pues su fundamento último se halla en la necesidad de

mantener la situación actual[33] de ciertas cosas o relaciones litigiosas, de hecho o de derecho, durante todo el tiempo que se discuta procesalmente sobre ellas.

Al especificar los requisitos de la prohibición de innovar, muchas leyes establecen - y esto es de la mayor importancia- que al momento de trabar la cautela, es menester que el cautelado no haya ya innovado en la situación de hecho vigente pues, de ser así, sería de imposible cumplimiento la orden respectiva. Por eso es que si tal cosa ocurre y se comprueba que la alteración de la situación litigiosa ha sido hecha después de ordenada la cautela pero antes de su notificación al cautelado (con conocimiento de éste de las actuaciones judiciales), procede una nueva orden: la de reponer las cosas en el estado en el cual se encontraban con anterioridad, por obvio resguardo del derecho oportunamente deducido por el peticionante y de la seriedad con la cual debe ser acatada la actuación judicial para resultar eficaz a la postre. Y ello entraña una verdadera innovación que ordenará el juez para destruir lo hecho a fin de volver al estado anterior de cosas. Pero atención: todo esto no es la llamada doctrinalmente medida innovativa que trataré seguidamente.

Aquí el supuesto precedente es totalmente diverso: el actor trata de alterar una situación fáctica sobre la cual no ha empezado aún la discusión procesal y que desea evitar obteniendo, anticipadamente y sin previa discusión, el resultado que debe ser el necesario contenido de la sentencia a dictar en un litigio después de transitar todas las fases de un proceso regularmente llevado, con previa y completa audiencia de ambos interesados. En otras palabras: el juez oye a una sola de las partes, con cuya versión unilateral estima que le asiste un derecho verosímil y le da la razón sin más, interfiriendo sorpresivamente en la esfera de libertad de quien ha de sufrir los efectos de la respectiva decisión. Para ello, algunas leyes[34] toleran la anticipación de la sentencia con la sola y unilateral presencia del pretendiente cuando:

1) existe verosimilitud del derecho en un grado mayor que en las medidas cautelares ordinarias[35]; 2) se advierte en el caso una urgencia impostergable tal[36] que si la medida anticipatoria no se adoptare en el momento, la suerte de los derechos se frustraría; 3) se efectivice la contracautela suficiente[37]; 4) la anticipación no produzca los efectos irreparables de la sentencia definitiva[38]. Y la misma norma que todo ello consagra y autoriza termina diciendo que “la decisión no configurará prejuzgamiento”[39].

Obtenido de tal guisa el resultado pretendido, lo que se hace habitualmente en el foro ducho que todo esto ha aprendido con rapidez y notable beneficio es dilatar lo más posible -algunas veces, sine die- la duración del pleito, pues con el resultado ya inicialmente asegurado no es cosa de posibilitar su pérdida con una eventual sentencia adversa. Y esto se muestra como una clara trampa que se realiza con la bendición judicial[40] y que genera más descrédito en el sistema de justicia.

Pongo especial énfasis en lo que acabo de decir: se obtiene tal resultado por vía cautelar y sin audiencia previa del interesado que sufrirá los efectos de la orden respectiva.

Como se colige de inmediato con meditar mínimamente sobre el tema, existe en tal supuesto una grosera violación del inviolable derecho de defensa en juicio. Y eso se ha hecho factible por la insistente prédica decisionista de muchos años, tímidamente primero y con mucha fuerza luego al amparo del poder cautelar genérico que referí supra.

Ello es una muestra más de anterior afirmación: todo lo cautelar está ideado y legislado a partir del embargo preventivo, que necesariamente es consecuencia de una instancia de petición y no de acción procesal, por las varias razones que ya he expuesto al tratar el tema. Y parece obvio sostener que la medida innovativa así concebida, nada tiene de cautelar sino que, antes bien, se muestra como clara anticipación de lo que debe ser resuelto en la sentencia que ponga fin al pleito. De donde surge su manifiesta ilegitimidad cuando se la estudia, legisla o considera como si fuere una cautela.

Por cierto, es posible imaginar casos de extrema urgencia obviados por el legislador, en los cuales la sentencia dictada luego de prolongado proceso podría ser inicua. Pero si en tales hipótesis es menester brindar inmediata respuesta judicial para evitar la consumación de mal mayor, lo que cabe es ordenar la sustanciación de un proceso con horas de audiencia previa y no soslayar ésta bajo la ilegítima apariencia de una pseudo cautela.

Si se revisa la normativa procesal de los países de América, esta figura cautelar no se encuentra legislada en parte alguna[41]. Con excepción, por cierto, del CPC del Perú[42] y, en la Argentina, a partir de la irrupción en el concierto nacional de algunos Proyectos de claro corte decisionista y que increíblemente son comprados por legisladores que ignoran el mal que causan con ello a la juridicidad argentina.

2.1.2.3. La sentencia autosatisfactiva

Ya he mencionado en el punto anterior que, a raíz de la falsa antinomia ineficiencia procesal versus constitucionalidad de las soluciones judiciales[43] 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 a 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[44] y de les lettres de cachet[45] 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, como se verá seguidamente en el texto. 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[46] académicamente enfrentados con quienes sostienen las bondades del decisionismo judicial[47] [48].

Es indudable que, al amparo de la doctrina oficial del procesalismo civil argentino, se imponen las tesis decisionistas, en tanto que ocurre exactamente lo contrario entre los procesalistas penales. Y tal situación revela la existencia de un extraño movimiento conceptual que muestra un exótico cruce filosófico doctrinal: en tanto se pretende penalizar cada vez más el proceso civil, se civiliza cada vez más el proceso penal.

Teniendo eso en cuenta, las llamadas medidas autosatisfactivas vendrían a ser una manifestación más de este propiciado autoritarismo judicial, tenaz persistencia del sistema inquisitivo en el proceso civil. Todo esto puede ser visto, por ejemplo, en los CPC de Corrientes, art. 785[49], Chaco, art. 232bis[50] y Formosa, 232bis[51].

Y es notable advertir en las normas mencionadas que, además de la idea central que se repite en ellas con leves variantes, todas tienen en común una redacción castizamente horrorosa, que hiere al idioma nacional y no permite una interpretación razonable de sus contenidos.

También se encuentran legisladas y -justo es decirlo, con redacción que se comprende y posibilita adecuada interpretación- en el CPC de La Pampa, art. 305[52].

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 puede calificar de idóneas a las medidas autosatisfactivas? ¿No será peor el remedio que la enfermedad? Afirmando 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)[53].

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[54]. Así se desprende claramente de la norma transcrita y se expresa terminantemente en la gloriosa redacción del art. 232bis de los CPC 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 algunas 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 el pleno ejercicio de su derecho de defensa 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.

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 anticipativas”.

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 lo 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 ése, 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 obnubilarnos tanto como para no 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[55] y sus diversas variantes, habeas corpus y habeas data[56].

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[57], 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.

Surge claro de lo hasta ahora expuesto que no comparto el poder cautelar genérico como regla, que no acepto la existencia de las medidas innovativas ni de las autosatisfactivas, en razón de no ser cautelas sino ilegítimas sentencias dictadas todas en los arrabales de la Constitución y con olímpico desprecio por su texto expreso[58].

Reflexionando finalmente acerca de todos los temas criticados hasta acá, cabe concluir en que la prestación del servicio de justicia en la Argentina -al igual que en el resto de América- está en crisis. Lo que 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.

El derecho de fondo lleva tres mil años de vigencia. El derecho procesal, de forma, es un hijo nacido en la madurez del derecho de fondo.

El derecho procesal en un Estado de Derecho garantiza, desde sus raíces, un debido proceso constitucional. Y ese derecho procesal "garantista" es tributario apenas de los últimos dos siglos de evolución jurídica de la humanidad. Y huelga decir que esta preciosa conquista se ha logrado sobre la sangre y el sufrimiento de los pueblos.

Las ideas de proceso regularmente llevado, las de imparcialidad e imparcialidad del juzgador, las de audiencia y prueba, son garantías que hoy se ven amenazadas por distintos costados. En rigor, no debe extrañar que la evolución de un pensamiento que sólo mira la cuestión desde el poder, termine por proponer que un bien de la vida pueda ser otorgado sin escuchar a aquél a quien ha de arrebatarlo y con pruebas ordenadas y producidas por el propio juzgador, encargado último de asegurar la vigencia de las garantías de la Constitución.

Estamos retrocediendo a lo más oscuro de la historia jurídica[59] so pretexto de brindar una supuesta justicia rápida y eficiente

Por eso es que aquí se exige denodadamente la plena vigencia del derecho de audiencia, consagrado en la Constitución Nacional y en los tratados internacionales a ella incorporados con la denominación de derecho inviolable de defensa en juicios mediante el uso de una dialéctica del proceso supone que la audiencia implica igualdad de las armas que esgriman las partes: si el actor afirma y prueba, el demandado debe poder contradecir y confirmar su defensa.

El oponente del demandado es el actor, no el juez; si, en cambio, la audiencia viene después de la sentencia, lo que se rebate son los términos de una decisión judicial, no los dichos del actor.

3. La actividad del juez en la etapa probatoria del proceso [arriba] -

Tal vez la más importante contradicción sistémica que presentaba este tema en cuanto a la ideación del proceso como método constitucional y republicano de debate, era la normativa legal que autorizaba al juez -como facultad que podía realizar o no a voluntad- a probar de oficio algún hecho que las propias partes interesadas en el resultado del litigio habían dejado huérfano de elementos de convicción suficientes como para que el juez les otorgara la razón en la solución del pleito.

En la actualidad las cosas se han complicado: antes, podía probar. Ahora debe probar. Aunque no quiera, pues corre el riesgo de ser sancionado por el incumplimiento del deber.

Analizando la actividad que debe cumplir el juzgador en la etapa probatoria, la doctrina y las diferentes leyes han establecido parámetros muy disímiles en orden a la filosofía que inspira al legislador de una normativa dada. En otras palabras: son distintas las respuestas que pueden darse en cuanto a la tarea que debe cumplir el juzgador en la etapa confirmatoria, debatiéndose acerca de si le toca verificar los hechos, o bien si debe comprobarlos, o acreditarlos, o buscar la certeza de su existencia o la verdad real de lo acontecido en el plano de la realidad o, más simplemente, contentarse con lograr una mera convicción acerca de los hechos controvertidos en el litigio (advierta el lector la correspondencia existente entre estas posibles actividades y las referencias efectuadas en cuanto al concepto de prueba en el número anterior).

Por cierto, entre cada una de tantas inocentes palabras -que se presentan como equipolentes en el lenguaje diario- existe diferencia sustancial. En rigor, un mundo de distancia que separa inconciliablemente a quienes practican el autoritarismo[60] procesal (clara muestra de totalitarismo político) -que los hay, y muchos- de quienes sostienen que el proceso es garantía de libertad en un plano constitucional y no medio de control social[61] o de opresión política[62]. Esta separación conceptual no es novedosa, ya que tiene profundas raigambres en la historia, tanto antigua como reciente.

En la actualidad, los bandos antagónicos se hallan claramente configurados en el mundo académico y en el judicial a partir de la existencia de una decidida vocación popular (claro producto de la inseguridad reinante en nuestros países) -sostenida por numerosos medios de información[63]- que pregona la necesidad actuar de inmediato y de matar al homicida, cortar la mano del ladrón, castrar al violador, aumentar las penas de los delitos de moda, vedar toda excarcelación, etcétera.

Esta posición filosófica se conoce en el derecho penal con la denominación de solidaria, generadora del solidarismo penal[64] y éste, a su turno, del solidarismo o decisionismo[65] procesal, y se caracteriza por la tendencia doctrinal que procura denodadamente que los jueces sean cada más activos, más viriles (en el decir de algún estudioso), más comprometidos con la gente y con su tiempo, con la Verdad y con la Justicia.

En contra de esta posición existe otra línea doctrinal aferrada al mantenimiento de una irrestricta vigencia de la Constitución y, con ella, a la del orden legal existente en el Estado de Derecho, en tanto ese orden se adecue en plenitud con las normas programáticas de esa misma Constitución. En otras palabras: los autores así enrolados no buscan a un juez comprometido con persona o cosa distinta de la Constitución, sino a un juez que se empeñe en respetar y hacer respetar a todo trance las garantías constitucionales[66].

A esta posición filosófica que se muestra antagónica con el solidarismo procesal (no quiere ni admite castrar ni matar ni cortar la mano de nadie sin el previo y debido proceso legal) se le da el nombre de republicana, garantista[67] o libertaria (por oposición a la antagónica, claramente totalitaria).

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, etcétera) ganan adeptos rápidamente, pues ¿quién no quiere la Justicia?, ¿quién no quiere la Verdad?

Pero no se trata de abandonar o sustituir esas banderas para siempre sino -así de simple- de no colocarlas por encima de la Constitución (ruego recordar que los códigos procesales nazi, fascista y comunista soviético pretenden un juez altamente comprometido con la filosofía política imperante en el gobierno del Estado. Y ruego también recordar en qué y cómo terminaron los países que todo ello proclamaban...!). 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 (que, en el caso, prohíbe la tortura en cualquiera de sus manifestaciones); 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 lograr a la postre el mantenimiento de la paz social. 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...

3.1. El deber de probar de oficio

El tema merece una aclaración previa: en el pensamiento garantista, el tópico que aquí desarrollo es el que mejor permite explicar cómo se ha llegado a una situación de crudo enfrentamiento doctrinal entre los procesalistas americanos, toda vez que ahora cabe definir y ampliar o limitar la actividad de los jueces en cuanto a la tarea de confirmar procesalmente[68]. Para que se entienda cabalmente el tema, es menester recordar muy brevemente la historia de los

sistemas de enjuiciamiento que ya explicado en otra oportunidad y que abrevio en nota a pie de página[69].

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 (que instrumenta un verdadero método de debate)- sólo tocaba establecer en su sentencia la fijación de los hechos (entendiéndose por tal la definición de aquéllos 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 (que instrumenta un verdadero método de investigación: eso mismo significa inquisición) 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 pues, a la postre, antaño se sabía que la verdad era fuente de poder y eficiente instrumento de dominación)[70].

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

a) en tanto en el primero el juez sólo debe procurar -con clara imparcialidad[71] 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 admiten 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...[72]

Sentadas estas ideas básicas para la plena comprensión del tema, sigo adelante con su explicación.

Es dato conocido por todos que la serie procesal comprende cuatro pasos: afirmación[73], negación[74], confirmación[75] y alegación[76] (o evaluación o conclusión). Se sabe también que el desarrollo de tal serie sigue un orden estricta 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[77], 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[78] 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 (recuerde el lector 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, a 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.

Para saber cómo debe funcionar la incumbencia probatoria, debe tenerse presente que, 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[79]— 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 a 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 brocardico 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[80]. Otro tanto ocurre respecto del llamado hecho negativo[81].

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[82]. 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 en el punto f) de la nota 81, 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 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[83], o extintivo[84], o invalidativo[85], o convalidativo[86] o impeditivo[87], no importando al efecto que sea el actor o el demandado quienes lo hayan invocado.

* * *

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, un buen peritaje que responde adecuadamente 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 (!!)[88]. 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[89], 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, como se verá en el número siguiente.

4. Las cargas dinámicas probatorias [arriba] -

Hace pocos años 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.

Por mi parte, creo que, 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. 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 probatoria 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 ingenua e ilegalmente 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[90]!

Para finalizar: he hecho referencia hasta acá a varias cuestiones referidas a la actividad probatoria en general, con la confesada intención de advertir al lector que nada de ello le incumbe al juez, tanto en lo penal (donde rige el constitucional estado de inocencia que enseña que nada puede exigirse al imputado en materia de prueba de descargo[91]) como en lo civil (donde imperan en toda su extensión las reglas que gobiernan la carga de la prueba).

De todo lo expuesto en este tópico cabe concluir en que:

1) Si se acepta inicialmente que el debido proceso pensado y asegurado por el constituyente no es ni puede ser otra cosa que el proceso lógicamente concebido que, como tal, respeta sus propios principios[92], debe admitirse que es un método de debate pacífico, dialogal y argumentativo que sirve para que dos sujetos naturalmente desiguales que se encuentran en situación de antagonismo respecto de un bien cualquiera de la vida, puedan discutir en términos de absoluta igualdad ante la ley[93] asegurada por un juzgador gracias a sus calidades de imparcialidad[94], imparcialidad[95] e independencia[96].

2) Si el debate procesal no concluye por autocomposición y exige el dictado de una resolución judicial que heterocomponga el litigio, el juzgador deberá analizar los hechos litigiosos a la luz de la norma jurídica que resulte aplicable al caso en función de las pruebas de esos hechos traídas al proceso en forma regular[97] por las propias partes. Si el juzgador se limita a buscar su propia convicción en esto, excluye de la tarea decisoria a su propio conocimiento personal de los hechos litigiosos y, además, a toda prueba oficiosa que supla la inactividad de la parte a quien le incumbía producirla o que mejore la producida.

3) La aceptación de las dos conclusiones previas, trae como inevitable consecuencia la del que el juzgador debe abstenerse de procurar una verdad[98] diferente de la que surge de los propios autos[99] y, de tal modo, aplicar la solución legal[100] con el criterio de justicia del legislador.

4) Y todo ello pues es de total obviedad que el Derecho no privilegia a la Verdad como un valor jurídico de máxima importancia. Es más y aunque suene extremadamente duro: la verdad no es un valor jurídico[101].

Para aceptar esta aseveración -que puede parecer temeraria- basta con mirar detenidamente a la Ley para advertir que los valores trascendentes son la paz social, con el consiguiente respeto a las reglas de convivencia, y la certeza de las relaciones individuales lograda con el simple acatamiento de la normativa vigente en un lugar y tiempo dados.

Si la Verdad fuere un auténtico valor y el más importante para el Derecho, cual lo sostiene el activismo judicial y lo más granado de la doctrina argentina, todas las instituciones legales tendrían que ordenarse lógicamente con ella para mantener un sistema coherente y comprensible. No puede ni podría ser de otra manera.

Pero la simple revista de las instituciones normadas por ley procesal -en rigor, por todas las leyes procesales- muestra sin más que no es así, ya que no hay compatibilidad lógica alguna entre la denodada búsqueda de la verdad real y la absolción por la duda; y el sobreseimiento, tanto definitivo como provisional; y la caducidad de la instancia; y la prescripción liberatoria; y la carga probatoria; y la caducidad de la prueba por negligencia del oferente en su producción; y la congruencia procesal del juzgador en su sentencia en función de lo pretendido, resistido y regularmente probado; y la cosa juzgada material; y la prohibición legal de discutir la causa obligacional en juicio ejecutivo, donde sólo se acepta la excepción de inhabilidad de título pero referida exclusivamente a sus aspectos externos (y nunca a su causa); etc., etc.

Pero además, también es de toda obviedad que los jueces no pueden hacer lo que quieren a puro voluntarismo en cualquiera y en todo caso, pues siempre están sujetos a la aplicación de la Constitución y de la Ley; y de caducidades; y de prescripciones cuando han sido alegadas; y de preclusiones; y de requisitos de oponibilidad, de admisibilidad y de fundabilidad, que muchas veces deben ser aplicados de oficio; y de instancias de parte legitimada e interesada; y de cosa juzgada; y de litispendencia; etc., etc.

¿Cree el lector que, de verdad, la Verdad importa tanto en el proceso como para ser erigida en el valor fundamental a tener en cuenta por los jueces para resolver un litigio?

5. Conclusiones [arriba] -

Sabido es por todos que al hombre en soledad -que se concreta a vivir- no le interesa para nada el derecho[102]. Diferente es el caso del hombre en sociedad -que debe convivir- pues ello posibilita la existencia de los más variados conflictos intersubjetivos de intereses[103].

A los fines que interesan al Derecho, adviértase bien ahora que un conflicto de contenido jurídico sólo puede darse entre dos personas, nunca respecto de una con ella misma[104] ni de ella con una cosa[105], pues todo el derecho -insisto en esto- es producto ideal originado por la necesidad de regular de alguna manera la convivencia.

De tal modo, advierta el lector que todo el derecho opera siempre de a dos. La relación obligacional se da siempre entre dos[106]. El vínculo familiar siempre se forma en tre dos[107]. La actividad delictual alcanza siempre a dos[108].

Sólo se excepciona de esta regla el proceso[109], para cuya existencia se exige la

presencia contemporánea de tres personas[110]: quien pretende[111], aquel respecto de quien se pretende[112] y el juez encargado de dirigir el debate y, eventualmente, de heterocomponerlo[113].

Y ello permite ver a un fenómeno jurídico que se muestra como único, inconfundible e irrepitable en el mundo del Derecho. No hay otro fenómeno jurídico que exija para su operatoria la presencia de tres sujetos: sólo la instancia conocida con el nombre de acción procesal, cuyo objeto[114] es, precisamente, el proceso.

Si se pretende que el proceso sea verdaderamente republicano, y ya que no es comparable con cosa alguna dentro del orden jurídico, sólo cabe ver si su concepto coincide con la idea política de república: tres poderes independientes que se intercontrolan entre sí: ejecutivo, legislativo y judicial. Cada uno controlando absolutamente a los otros (mediante veto, declaración de inconstitucionalidad y juicio político).

Traslademos la idea al proceso. Es obvio que el juez controla a las partes y que ellas se controlan recíprocamente. Ello hace a la esencia misma del litigio. La pregunta, entonces, es: ¿controlan las partes al juez? La respuesta negativa es obvia[115].

Para que la respuesta sea positiva es imprescindible que el juez actúe con una clara imparcialidad funcional, más allá de la habitualmente aceptada imparcialidad personal.

Aplicando estos conceptos a los temas antes tratados, termino esta ponencia haciendo votos para que todo jurista vea siempre al proceso como correlato de la idea de república y que, a raíz de ello, se acepte sin más la necesidad de:

1) mantener a toda costa la vigencia de la idea de proceso como medio insustituible de asegurar una perpetua paz social, asumiendo los jueces la augusta tarea de sostener ese estado declarando la certeza de los derechos desconocidos en el plano de la realidad social; como consecuencia de ello, deben abstenerse de

2) cambiar las reglas de juego procedimental impuestas por el legislador; además,

3) evitar la solución de los litigios en pura sede cautelar, sin la audiencia previa de los interesados que habrán de sufrir las consecuencias de una resolución judicial tomada a sus espaldas;

4) aceptar que en un proceso verdaderamente republicano, los jueces sean controlables por las partes y adopten permanentemente una calidad de absoluta neutralidad; y congruente con ello, que se abstengan de efectuar toda tarea probatoria de oficio.

[1] Trabajo presentado originariamente al VII Congreso Internacional de Derecho Procesal: Reformas procesales en Colombia y el mundo, organizado por la Universidad de Medellín, Colombia. y realizado durante los días 28, 29 y 30 de

agosto de 2014 en el Centro de Convenciones de Cartagena, Colombia. Las ideas que acá se exponen han sido ya publicadas en mi Sistema Procesal: Garantía de la Libertad (edición Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, Argentina, 2008, 2 tomos de 1300 páginas). También han sido publicadas con el nombre de Lecciones de Derecho Procesal Civil adaptadas a la legislación de Santa Fe por Andrea A. Meroi (1 Tomo de 900 págs., ed. Juris, 2009); a los Códigos Procesales de la Nación y de la Provincia de Buenos Aires por Gustavo Calvino (1 Tomo de 830 págs., ed. La Ley, 2010); a la del Paraguay por Sebastián Irún Croskey (1 Tomo de 890 págs., ed. La Ley Paraguaya, 2010); a la de Neuquén por Jorge Pascuarelli (1 Tomo de 890 págs., ed. Induvio, Bahía Blanca, 2010); a la del Uruguay por Gabriel Valentín (1 Tomo de 960 págs., ed. La Ley Uruguaya, 2010); a la de Costa Rica por Carlos Picado Vargas (1 Tomo de 920 págs., ed. Investigaciones Jurídicas S.A., San José, 2010); a la de Córdoba por Manuel A. González Castro (1 Tomo de 950 págs., ed. Nuevo Enfoque Jurídico, Córdoba, 2011); a la de Mendoza por Eduardo de Oro (1 Tomo de 950 págs., ed. Nuevo Enfoque Jurídico, Córdoba, 2011); a la de Colombia por William E. Grisales Cardona (1 Tomo de 1000 págs., ed. Librería Jurídica Dikaia, Medellín, 2011); a la de Chile por Hugo Botto Oakley (1 Tomo de 980 págs., ed. Thomson Reuters Chile, Santiago, 2011); a la del Perú por Guido Aguila Grados (1 Tomo de 980 págs., ed. Egacal, Lima, 2011); a la de Panamá por Heriberto Arauz Sánchez (1 Tomo de 890 págs., ed. Universal Books, Panamá, 2011); a la de Misiones por Juan Marinoni (1 Tomo de 1050 págs., ed. Fundación para el Desarrollo de las Ciencias Jurídicas, Rosario, 2012); a la de Santiago del Estero por Fernando Drube y Víctor Manuel Rotondo (1 Tomo de 980 págs., ed. Fundación para el Desarrollo de las Ciencias Jurídicas, Rosario, 2012); a la de Río Negro por Richar Fernando Gallego (1 Tomo de 920 págs., ed. Sello Editorial Patagónico, Bariloche, 2012); a la de San Luis por Ramón Cerato (1 Tomo de 970 págs., ed. Fundación para el Desarrollo de las Ciencias Jurídicas, Rosario, 2012); a la de Salta por Juan Casabella Dávalos (1 Tomo de 920 págs., ed. Fundación para el Desarrollo de las Ciencias Jurídicas, Rosario, 2012); a la de Tucumán por René Padilla (1 Tomo de 920 págs., ed. Fundación para el Desarrollo de las Ciencias Jurídicas, Rosario, 2013); a la de Entre Ríos por Elena Ballhorst y Gualberto Domé (1 Tomo de 920 págs., ed. Fundación para el Desarrollo de las Ciencias Jurídicas, Rosario, 2013); a la de Guatemala por Mauro Roderico Chacón Corado (1 Tomo de 920 págs., ed. Fundación para el Desarrollo de las Ciencias Jurídicas, Rosario, 2013) y a la de México por Mauricio Cárdenas Guzmán (1 Tomo de 890 págs., ed. Porrúa Hnos. México, 2013).

Y publicadas con el nombre de Lecciones de Derecho Procesal adaptadas a la legislación de Catamarca por Ramón Porfirio Acuña (1 Tomo de 950 págs., ed. Nuevo Enfoque Jurídico, Córdoba, 2011); a la de Neuquén por Jorge Pascuarelli y Andrés Repetto (1 Tomo de 1020 págs., ed. Fundación para el Desarrollo de las Ciencias Jurídicas, Rosario, 2012) y a la de Tierra del Fuego por Anibal Gerardo Acosta (1 Tomo de 1040 págs., ed. Fundación para el Desarrollo de las Ciencias Jurídicas, Rosario, 2012)

[2] El tema que aquí se desarrolla se vincula más con la Política que con el Derecho y, tal vez por ello, su comprensión resulta habitualmente ajena a los ámbitos académicos que enseñan y norman el proceso en toda América latina, como intentaré demostrarlo en este trabajo. Pero a poco que se mire con detenimiento la Constitución Nacional -en rigor, todas las Constituciones del continente- son indudables las hondas implicaciones recíprocas que tienen ambos conceptos en sus diferentes tratamientos filosóficos, ideológicos y políticos.

Para la cabal comprensión de lo que aquí se dirá, es imprescindible exponer, captar y comprender previamente todos los problemas específicos que genera la asunción del concepto proceso desde la pura óptica de la Constitución -cosa que hasta ahora se han abstenido de hacer los especialistas en la rama denominada

Derecho Procesal Constitucional. Sin este necesario conocimiento, las conclusiones de este trabajo podrían ser incomprensibles para el lector, quien seguramente creerá a la postre que todo es capricho del autor. Y ya se verá que no es así. Valga esta explicación liminar para entender el desarrollo de esta ponencia.

[3] Profesor de Teoría General de Derecho Procesal. Director de la Carrera de posgrado de Maestría en Derecho Procesal de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario; de las Carreras de posgrado de Especialización en Derecho Procesal que se dicta en las Universidades Católica de Santiago del Estero y Nacional de Lomas de Zamora, ambas de Argentina; y Director de la Carrera de posgrado de Especialización en Magistratura y Gestión Judicial que se dicta en la Universidad Católica de Santiago del Estero, Argentina. Ex Presidente del Instituto Panamericano de Derecho Procesal. Presidente del Instituto Argentino de Derecho Procesal Republicano. Su currículum completo, con detalle de documentación respaldatoria, puede ser visto en: www.adolfoalvarado.com.ar
Contacto: aav@alvarado-abogados.com

[4] A partir de las obras publicadas por destacados juristas de las ciudades de Rosario y La Plata, de inmediata y vasta difusión en Colombia merced a la intervención de sus autores en diversos Congresos Colombianos de Derecho Procesal.

[5] A partir de la doctrina recurrentemente sostenida por el Instituto Colombiano de Derecho Procesal mediante su importante y eficiente labor de difusión de las ideas que mantienen sus miembros. Que son contrarias a las que se explican en este trabajo.

[6] Por ejemplo, en Chile, donde se ha instalado un nuevo Código Procesal Civil, con fuerte influencia inquisitorial alejada de los postulados constitucionales y a contrapelo de la reforma penal, que ha adoptado con singular éxito el sistema acusatorio de enjuiciamiento.

[7] Ese es el nombre que, precisamente, le ha otorgado el Profesor Jorge W. Peyrano al resultado de aplicar en la práctica el cúmulo de conceptos expuestos en el texto.

[8] En muchos de los códigos actuales ha perdido la calidad de facultad para convertirse en verdadero deber judicial, sancionable en caso de incumplimiento.

[9] En la tarea de explicar la esencia misma de todas las figuras y fenómenos del Derecho, los juristas se preocupan desde siempre por estudiar y analizar si un determinado instituto encuadra en una categoría mayor general con el objeto de que, si así es, resulten aplicables las normas reguladoras de ésta en caso de carencia legislativa (laguna de la ley). Y para ello tratan de determinar su naturaleza jurídica. De tal modo, por ejemplo, si se afirma que el proceso es esencialmente un contrato -cosa que no es exacta, como luego se verá- se tiene en miras el aplicar supletoriamente al fenómeno proceso las disposiciones legales propias del género contrato. En el campo del derecho procesal, no ha sido posible escapar a esa regla constante de la doctrina, que ha elaborado las más variadas teorías para intentar definir cuál es la esencia del proceso.

No es tarea sencilla el hacer una clasificación de todas ellas, habida cuenta de que responden a patrones disímiles y, en algunos casos, insólitos. Un primer criterio clasificatorio de algunos autores tiene su origen en la búsqueda de la categoría general en el derecho civil (privatistas), en tanto que algunos más lo hacen fuera de éste (publicistas); otro criterio clasifica entre doctrinas empíricas, teorizantes y atípicas, etcétera. No creo necesario efectuar un inventario detallado de todas las corrientes interpretativas que han generado las doctrinas recién mencionadas. A sólo título informativo -ya que el tema no merece hoy la atención que se le brindó en el pasado- diré aquí que al explicar la naturaleza jurídica del proceso se ha sostenido que es: un contrato de litiscontestatio; un cuasicontrato de litiscontestatio; una relación jurídica pública y continua; una situación jurídica;

una pluralidad de relaciones jurídicas; un estado de ligamen; un estado de dependencia; un servicio público; una reproducción jurídica de una interferencia real; una entidad jurídica compleja; una institución; un medio para obtener satisfacción jurídica; una empresa; etcétera, etcétera. Y para mayor complicación -y desesperación- del estudioso, dentro de cada una de algunas de las corrientes apuntadas se han establecido nuevas diferencias que, por supuesto, llevan a los autores a polemizar circularmente y sin resultado final y positivo.

He afirmado en párrafo anterior que toda esta búsqueda ha perdido interés académico pues, a partir de que se ha concebido a la acción procesal como una instancia necesariamente bilateral, el proceso (objeto de aquélla) adquirió una categoría propia que no puede ser subsumida en otra categoría general. De tal modo, el proceso es proceso. Y punto. Lo que lleva a sostener que no es un contrato, que no es un cuasicontrato, que no es una relación, etcétera.

En otras palabras: para explicar la esencia de la serie lógica y consecucional de instancias bilaterales conectadas entre sí por la autoridad, que se utiliza como medio pacífico de debate dialogal y argumentativo entre dos partes antagónicas ante un tercero que es imparcial, imparcial e independiente, no es preciso buscar su encuadramiento en otra figura del Derecho en razón de que es un fenómeno único en el mundo jurídico y, por ende, inconfundible por irrepetible.

La más prestigiosa doctrina española contemporánea ya ha advertido esta circunstancia, al sostener que -así de simple- el proceso carece de naturaleza jurídica a los fines de este tema.

[10] Desde el siglo pasado la doctrina publicista califica insistentemente al proceso como el debido proceso, a partir de concebirlo como un claro derecho constitucional de todo particular y como un deber de irrestricto cumplimiento por la autoridad, sin advertir que luego propicia soluciones legales que se contraponen con el concepto. De ahí que es interesante señalar que el sintagma debido proceso lució novedoso en su época pues, no obstante que la estructura interna del proceso -que todo el mundo acepta que es una serie consecucional- 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, cual lo hace la Constitución de Chile. El origen generalmente aceptado de la palabra debido se halla en la Quinta Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos de América que, al establecer los derechos de todo ciudadano en las causas penales 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”. Este mandato figura nuevamente en el texto de la Decimocuarta Enmienda (ahora como restricción al poder de los Estados confederados) donde se utilizan palabras similares: “...ningún Estado podrá tampoco privar a persona alguna de la vida, la libertad o la propiedad, sin el debido procedimiento jurídico”.

La Constitución argentina no define el concepto de debido proceso. 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 aquél 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. No obstante todo ello, si se pasa a afirmativa las concepciones negativas y se hace un mínimo inventario de las frases hechas acuñadas por la jurisprudencia americana, por ejemplo, podría decirse que el debido proceso supone el derecho a la jurisdicción,

que es imprescriptible, irrenunciable y no afectable por las causas extintivas de las obligaciones ni por sentencia; que implica el libre acceso al tribunal y la posibilidad plena de audiencia (lo cual lleva aneja una efectiva citación que permita total conocimiento de la acusación o demanda cursada); la determinación previa del lugar del juicio y el derecho del reo de explicarse en su propia lengua; que comprende el derecho de que el proceso se efectúe con un procedimiento eficaz y sin dilaciones, adecuado a la naturaleza del caso justiciable y público, con asistencia letrada eficiente desde el momento mismo de la imputación o detención. Específicamente en cuanto a la confirmación, comprende el derecho de probar con la utilización de todos los medios legales procedentes y pertinentes y el de que el juzgador se atenga sólo a lo regular y legalmente acreditado en las actuaciones respectivas. En cuanto a la sentencia, comprende el derecho de que sea dictada por un juez imparcial e independiente, que emita su pronunciamiento en forma completa: referida a todos los hechos esenciales con eficacia decisiva y al derecho aplicable, legítima: basada en pruebas válidas y sin omisión de las esenciales, lógica: adecuada a las reglas del pensamiento lógico y a la experiencia común, motivada: debe ser una derivación razonada del derecho vigente con relación a la pretensión esgrimida y en función de los hechos probados en el proceso y congruente: debe versar exclusivamente acerca de lo pretendido y resistido por las partes.

La sentencia que no cumple tales condiciones es calificada habitualmente como arbitraria, cuyos parámetros generadores también constituyen frases hechas inteligentemente acuñadas por la jurisprudencia. Y así, una sentencia es arbitraria cuando no decide acerca de cuestiones oportunamente planteadas, o decide acerca de cuestiones no planteadas, o contradice constancias del proceso, o incurre en autocontradicción, o pretende dejar sin efecto decisiones anteriores firmes, o el juez se arroga en ella el papel de legislador, o prescinde del texto legal sin dar razón plausible alguna, o aplica normas derogadas o aún no vigentes, o da como fundamentos algunas pautas de excesiva latitud, o prescinde de prueba decisiva, o invoca jurisprudencia inexistente, o incurre en excesos rituales manifiestos, o sustenta el fallo en afirmaciones dogmáticas o en fundamentos que sólo tienen la apariencia de tal, o incurre en autocontradicción, etcétera. Como se ve, se trata de una simple enunciación más o menos detallada de vicios contenidos en las actividades de procesar y de sentenciar que, además, son aglutinados en una misma idea no obstante que ostentan obvias y profundas diferencias lógicas y materiales.

Si se intenta definir técnicamente la idea de debido proceso resulta más fácil sostener que es aquél que se adecua plenamente a la idea lógica de proceso: dos sujetos que actúan como antagonistas en pie de perfecta igualdad en el instar ante una autoridad que es un tercero en la relación litigiosa (y, como tal, imparcial, imparcial e independiente). En otras palabras: el debido proceso no es ni más ni menos que el proceso que respeta sus propios principios, que explicaré en seguidamente en el texto. Esta concepción, que no por sencilla es errada, convierte en estéril a todo el inventario que he hecho precedentemente.

Concebido entonces como método, los autores han visto al proceso, a través de la historia, con dos finalidades antagónicas: es método de discusión (debate regulado por la ley y dirigido por un juez, donde los sujetos realmente importantes son las propias partes) o método de investigación (donde el sujeto importante es el juez y las partes se convierten en objeto de la investigación, lo que se ve muy, muy claro en el proceso penal de todos los tiempos. Hasta hoy).

[11] Para comprender mejor el planteo que aquí hago del tema, lo primero que cabe hacer es aclarar al lector qué entiendo por principio, a fin de establecer con puntilliosidad el valor de las palabras: se trata simplemente de un punto de partida. Pero así como nadie puede caminar hacia ninguna parte (siempre que lo

haga tomará una dirección: hacia adelante, hacia atrás, etcétera), ese punto de 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 consigna habitualmente la doctrina- son sólo cinco: 1) la imparcialidad del juzgador; 2) la igualdad de las partes litigantes; 3) la transitoriedad del proceso; 4) la eficacia de la serie procedimental y 5) la moralidad en el debate. Veamos qué es cada uno de ellos.

Me detendré sólo en la explicación del principio de imparcialidad del juzgador. De tanta importancia es éste que su existencia regula por sí mismo el que un proceso sea tal y no otra cosa, pues 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[11].

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, 1) ausencia de prejuicios de todo tipo (particularmente raciales o religiosos), 2) independencia de cualquier opinión y, consecuentemente, tener oídos sordos ante sugerencia o persuasión de parte interesada que pueda influir en su ánimo, 3) no identificación con alguna ideología determinada, 4) 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, etcétera. 5) Y también es no involucrarse personal ni emocionalmente en el meollo del asunto litigioso, 6) y evitar toda participación en la investigación de los hechos o en la formación de los elementos de convicción, 7) así como de fallar según su propio conocimiento privado el asunto. 8) 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 aséptica neutralidad, que debe ser practicada en todo supuesto justiciable con todas las calidades que el vocablo involucra. Pero su importancia es manifiesta pues sólo con su irrestricta vigencia se asegura la cabal existencia del principio de igualdad de las partes

Y esto es asaz claro. Si, esencialmente, todo proceso supone la presencia de dos sujetos que mantienen posiciones antagónicas respecto de una misma cuestión (pretensión y resistencia) y si la auténtica y única razón de ser del proceso es erradicar la fuerza ilegítima de una sociedad dada y, con ello, igualar jurídicamente las diferencias naturales que irremediabilmente separan a los

hombres, es consustancial de la idea lógica de proceso el que el debate[11] se efectúe en pie de perfecta igualdad. 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, etcétera.

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 absolutamente 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. Si esto no se respeta habrá una simple apariencia de proceso. Pero nunca un verdadero proceso, tal como lo concebimos en esta obra acorde con el mandato constitucional.

Con lo dicho hasta acá acerca del tema principios creo que es suficiente para que pueda comprenderse la crítica que haré seguidamente en el texto respecto de algunas de las novedades doctrinarias, legales y jurisprudenciales.

[12] Las ideas que aquí se exponen han sido ya presentadas en el libro *La cautela procesal*, editado por la Universidad del Rosario, Bogotá, 2010.

[13] Por ahora, y sin perjuicio de lo que se verá en el texto, tales condiciones son: verosimilitud en el derecho, peligro en la demora y prestación de contracautela.

[14] En esta tesitura, la jurisprudencia de siempre se mostró parca y cautelosa con los adelantos extemporáneos de los resultados pretendidos en el litigio. Así lo entendió la propia Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, como se puede ver en JA, 2005-IV-67 y en muchos tribunales del país: LL, 2005-A-475; JA, 1998-I-469; ED, 43-235, etcétera, hasta la irrupción del caso *Camacho Acosta c. Grafo Graf SRL*, 07.08.97, LL, 1997-E-653) referido a excepcional asunto de muy urgente solución. Por cierto, no cabe siquiera pensar en poner en tela de discusión su estricta justicia. Pero dado el auge que cobró tal solución, extensiva ahora a muchos otros problemas a veces no tan graves, la pregunta que se impone es otra: ¿puede obviarse el proceso con la mera invocación unilateral de una semejante urgencia?

[15] Con lo cual todo termina en sede cautelar. ¡Absurdo!

[16] En rigor de verdad, esto es una auténtica exageración del legislador procesal argentino, enrolado en la corriente decisionista. Adviértase que uno de los primeros códigos que se ocuparon del tema fue el del Brasil (diciembre de 1961) que, en el Capítulo IV referido a los procedimientos cautelares, establece en su art. 399 bajo el título de Providencias cautelares no especificadas que “Cuando alguien, antes de ser propuesta la demanda o ya estando ella pendiente, mostrare fundado recelo de que otra u otras personas causaren lesión grave o difícilmente reparable a su derecho, y si el caso no pertenece a alguno de los procedimientos regulados en este capítulo, puede requerir las providencias adecuadas a la situación, principalmente autorización para la práctica de determinados actos, la intimación para que el demandado se abstenga de cierta conducta o la entrega a un tercero en calidad de depositario de los bienes muebles o inmuebles que constituyen el objeto de la pretensión”. Pero atención: dicha norma debe ser interpretada y aplicada en el marco legislativo en el cual se halla inserta. Y, así, será aplicable al caso el art. 384 en cuanto “El procedimiento cautelar siempre es dependiente de una pretensión que tenga por fundamento el derecho cautelado...” (con lo cual se descarta la medida autosatisfactiva que luego trataré) y el art. 400,

que dice: “El requirente ofrecerá prueba sumaria del derecho amenazado y justificará el temor de sufrir lesión”. Sin perjuicio de ello, continúa el artículo: “El tribunal oirá al demandado si la audiencia no pusiere en riesgo el objeto de la providencia impetrada...”, de donde la norma es la audiencia previa salvo caso excepcional. Ya se verá cómo la excepción se ha hecho norma en la Argentina y en los países que han seguido su ejemplo.

El CPC Perú toma posición similar pero inserta la “cautela” en otro contexto interpretativo. Establece el art. 629 que “Además de las medidas cautelares reguladas en este Código y en otros dispositivos legales, se puede solicitar y conceder una no prevista pero que asegure de la forma más adecuada el cumplimiento de la sentencia definitiva”, en términos más o menos reiterativos de lo dispuesto en el art. 618: “Además de las medidas cautelares reguladas, el juez puede adoptar medidas anticipadas tendientes a evitar un perjuicio irreparable o a asegurar provisionalmente la ejecución de la sentencia definitiva”. Y, ello, en el marco que brinda el art. 637: “La petición cautelar será concedida o rechazada sin conocimiento de la parte afectada, en atención a la prueba anexada al pedido... Al término de la ejecución o en acto inmediatamente posterior, se notifica al afectado, quien recién podrá apersonarse al proceso e interponer apelación, que será concedida sin efecto suspensivo”. Ya se comprenderá, al estudiar cómo funciona la impugnación procesal, que esta norma es perversa y claramente violatoria del derecho de defensa en juicio. ¿Se comprende ya el fundado tenor de la crítica que aquí se hace a este código que violenta derechos por doquier?

[17] Por supuesto, hablo de la generalidad de los códigos del pasado: hoy ya hay muchos que legislan correctamente el tema, con una parte general que alcanza a todas las posibles cautelas.

[18] Repárese en que la frase de la Constitución argentina es mucho más decidora que el sintagma debido proceso utilizado habitualmente por los juristas, y que se utiliza respecto de varios derechos constitucionales: la inviolabilidad del domicilio, de la correspondencia, etcétera.

[19] Esta igualdad ante la ley consiste sólo en el aseguramiento de la bilateralidad del instar. De modo que todo lo que una parte procesal diga debe ser puesto en conocimiento de la otra, para diga y haga lo que quiera al respecto. Y viceversa.

[20] Como dice expresa y singularmente la actual Constitución italiana.

[21] Y eso significa audiencia de quien habrá de sufrir los efectos de la decisión judicial.

[22] Por la obvia razón de que pueden ser apasionados. Y ya decía Aristóteles que la ley sólo es la razón libre de pasiones.

[23] Hay Constituciones que han hecho una suerte de ranking de valores fundamentales. Y así, colocan en primer lugar y como valor supremo a la vida y, después de ella, al valor libertad. Y esto resulta de extrema razonabilidad pues sin libertad no hay vida que merezca la pena de ser vivida. Por debajo de la libertad, un valor único: el de la inviolabilidad de la defensa en juicio o del debido proceso, pues sin él no hay defensa posible de la libertad y, por cierto, de otros valores de rango inferior: la propiedad, la intimidad, el domicilio, etcétera.

[24] Cuando esto aparece en la legislación, se sitúa siempre al final del capítulo dedicado a las medidas cautelares, lo que ha originado alguna crítica autoral.

[25] Texto del art. 232 del CPC Nación. El CPC Perú, mucho más inquisitivo que el argentino, establece en su art. 629: “Además de las medidas cautelares reguladas en este Código y en otros dispositivos legales, se puede solicitar y conceder una no prevista, pero que asegure de la forma más adecuada el cumplimiento de la decisión definitiva”. Como se ve, pura subjetividad que repugna al garantismo procesal. Pero CPC Perú va más allá todavía: en el art. 618 establece que: “Además de las medidas cautelares reguladas, el juez puede adoptar medidas anticipadas destinadas a evitar un perjuicio irreparable o asegurar

provisionalmente la ejecución de la sentencia definitiva”.

[26] Su texto dice: “Dei provvedimenti d’urgenza”. 700: “Condizioni per la concessione. Fuori dei casi regolati nelle precedenti sezioni di questo capo, chi ha fondato motivo di temere che durante il tempo occorrente per far valere il suo diritto in via ordinaria, questo sia minacciato da un pregiudizio imminente e irreparabile, può chiedere con ricorso al giudice i provvedimenti d’urgenza, che appaiano, secondo le circostanze, più idonei ad assicurare provvisoriamente gli effetti della decisione sul merito”. Este texto se reproduce en el CPC de Jujuy (que tanto lo siguió), art. 279: “Fuera de los casos previstos en los artículos precedentes de este capítulo, quien tenga fundado motivo para temer que durante el tiempo anterior al reconocimiento judicial de su derecho, éste sea amenazado por un perjuicio inminente e irreparable, puede solicitar al juez las medidas urgentes que, según las circunstancias del caso, sean más aptas para asegurar provisoriamente los efectos de la decisión sobre el fondo”.

[27] Y en eso han coincidido en el pasado los grandes tratadistas que se ocuparon del tema: Goldschmidt, James, Derecho procesal civil, Labor, 1936, T. I, pág. 764; Rosenberg, Leo, Tratado de derecho procesal civil, T. III, pág. 281; Satta, Salvatore, Manual de derecho procesal civil, EJE, 1972, pág. 230; Rocco, Ugo, Tratado de derecho procesal civil, Temis, 1977, T. V, pág. 124; etcétera.

[28] Y no, tal como lo postula importante doctrina argentina, al sostener que debe ser exactamente al revés. Es decir: la regla es el poder cautelar y los casos legales son meros ejemplos enunciativos de ella. Ver Rivas, Adolfo, Medidas cautelares, Lexis Nexis, 2007, pág. 399.

[29] Con las reglas generalmente aceptadas para interpretar la normativa procesal, tal como las que marca CPC Santa Fe, art. 693: “En caso de silencio u oscuridad de este Código, los jueces arbitrarán la tramitación que deba observarse de acuerdo con el espíritu que lo inspira y con los principios que rigen la materia procesal”.

[30] Por ejemplo, y tratando de hacer regla general a partir del caso excepcional, De Lázzari, Eduardo, (Medidas cautelares, 2ª. ed. Platense, 1994, T. I, pág. 576), menciona la aptitud general de la tipificación existente pero su insuficiencia en el preciso caso planteado: embargo de bienes por un reclamo de daños y perjuicios careciendo el presunto acreedor de la prueba documental que exigen los arts. 209, 210 y 211 del CPC Nación. Fenochietto-Arazi, CPC Nación comentado y concordado, (2a. ed. Astrea, 1993) citan la inexistencia de cautelar específica en función de lo que debe ser cautelado; y ejemplifican con el caso de la petición de que el secretario del tribunal firme los libros de comercio de una de las partes para evitar que se modifiquen sus asientos, sin advertir que se trata de un simple caso de intervención judicial en los libros del deudor. Etcétera.

[31] Que desde siempre se ignora quién las hace y que jamás se votan públicamente.

[32] “Las medidas cautelares son todas aquellas que tienen por objeto garantizar los efectos del proceso, incluso aquellas de contenido positivo y la suspensión de la ejecución del acto administrativo impugnado, o del hecho o contrato implicado en éste, aunque lo peticionado coincida con el objeto sustancial de la acción promovida”. ¿Puede decirse seriamente que esta norma legisla una cautela o, por lo contrario, un claro adelanto de sentencia hecha en terreno cautelar y, por ende, sin sustanciación previa? ¿Se advierte cómo y cuánto hemos perdido la noción del proceso como garantía constitucional?

[33] Statu quo: estado de cosas en el momento de que se trata.

[34] Por ejemplo, CPC La Pampa 231, cuyo contenido se consigna en el texto.

[35] ¿Cómo puede hablarse de mayor verosimilitud que en cualquiera otra cautela cuando la prueba para lograr la convicción del juez se ha aportado sin audiencia y control de quien ha de sufrir los efectos de tal “medida”?

[36] ¿Cuándo existe urgencia impostergable tal que sea menester obviar el derecho

de defensa en juicio? Descarto que habrá algún caso excepcionalísimo que no puede ser base de una norma de carácter general que, desinterpretación mediante, puede ser utilizada para muchos otros fines...

[37] Aquí se ve claramente cómo se confunde lo cautelar con la anticipación del resultado de un litigio.

[38] ¿Es acaso posible ello? ¿No es precisamente de eso lo que aquí se trata?

[39] ¿No parece un claro desatino decir que no ha prejuzgado el juez que, valorando la extrema verosimilitud de un derecho y calificando de impostergable la urgencia al resolver un caso, lo ha hecho a voluntad y oyendo una sola de las posibles campanas?

[40] Muchos son los casos que pueden ser mencionados con sólo ver alguna de las obras que se han publicado sobre el tema y en las cuales se intenta hacer regla general de lo que a todas luces es excepcional excepción.

[41] Incluso en el Código Modelo realizado por el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, que plasmó como Código General del Proceso para la República Oriental del Uruguay (Ley 15.982): basta leer el texto del art. 317 de este último para advertir de inmediato el exceso normativo del legislador argentino.

[42] El texto de su art. 682: “Ante la inminencia de un perjuicio irreparable, puede el juez dictar medidas destinadas a reponer un estado de hecho o de derecho cuya alteración vaya a ser o es el sustento de la demanda. Esta medida es excepcional, por lo que sólo se concederá cuando no resulte aplicable otra prevista en la ley”. La pregunta que ya mismo se impone es: ¿qué medida prevista en la ley permite adelantar el contenido de una sentencia antes de ser oída la parte afectada por ella?

[43] La falsedad que apunto en el texto es obvia: lo constitucional se opone a lo inconstitucional; la eficiencia a la ineficiencia. ¿Cómo es que puede sostenerse válidamente que lo constitucional -léase la garantía del proceso, que asegura la vigencia del derecho de todo ciudadano a gozar de una inviolable defensa en juicio- no debe tomarse en cuenta y puede ser soslayado si el cumplimiento de los trámites que ello implica es moroso debido a la ineficiencia de los hombres que manejan el sistema?

[44] El sintagma indicio vehemente aparece en el Concilio de Tarragona (1242) para permitir lograr la convicción de los juzgadores respecto de los sospechosos de herejía.

[45] Relata Michel Foucault (en *La verdad y las formas jurídicas*, ed. Gedisa, Barcelona, 1995, pág. 17), que el régimen absolutista francés aplicaba unilateralmente las entonces conocidas como *lettres de cachet* que expedían unilateralmente los comisarios de policía ante el solo pedimento de alguien con la influencia necesaria para ello, y que caían como un rayo sobre los particulares que sufrían las órdenes más dispares y antojadizas, propias de un verdadero estado de decisionismo policial. Por ejemplo, ordenar el arresto de las mujeres que engañaban a sus maridos (por supuesto, a pedido de éstos) o de un hijo considerado muy gastador (a pedido del padre) o del cura del pueblo que no mostraba buena conducta con alguna feligresa (a pedido de las vecinas del lugar) u ordenar el desalojo de un inquilino a quien el locador consideraba deudor de alquileres o la internación en un convento de algún minusválido mental (a pedido de la familia que deseaba deshacerse de él), etcétera, etcétera. Ya se verá más adelante en el texto que esto no se diferencia en lo más mínimo de las actuales medidas autosatisfactivas, pues ambas avasallan por igual y con idéntica efectividad la libertad individual.

Ya he dicho en anterior ocasión (*El debido proceso de la garantía constitucional*, ed. Zeus, Rosario, 2003) que cuando se glosa el tema de la solución en vía cautelar de cualquier problema y sin necesidad de ocurrir a la previa tramitación de un proceso en serio y legítimamente llevado, los jóvenes abogados -impresionados por

la excesiva morosidad de los pleitos en general- se entusiasman con el rápido final que se brinda a un problema dado y se enamoran de la autosatisfacción. Pero todos miran el problema desde la óptica del actor que se beneficia con la inmediatez del resultado y jamás desde la del demandado que no ha sido escuchado previamente y que debe sufrir de inmediato los efectos contrarios a su interés que le provoca la resolución judicial.

Como siempre ocurre, todas las instituciones autoritarias seducen hasta que se sufren en carne propia... Me gustaría ver qué cara pone uno de estos enamorados de la rapidez y de la efectividad cuando, al llegar una noche a su casa, se encuentra con que la está ocupando otra persona a quien un juez le otorgó la tenencia porque, con cuasi divina inspiración, vio en sus ojos un indicio vehemente de propiedad acompañado de argumentos que lo convencieron de la sinceridad de los dichos. Tanto, que no precisó escuchar al ocupante antes de disponer el cambio del tenedor. Supongamos por un instante que ese recién notificado de que ya no puede habitar en su casa, acepta resignadamente sufrir el perjuicio porque sigue enamorado de la expeditividad judicial y porque, a la postre, sabe que aún no está terminada la cuestión ya que siempre existe la posibilidad de impugnar. Y, así, desde la calle y no desde su casa, como buenamente puede, sale a deducir algún recurso contra la decisión que ordenó su desplazo del hogar, en el angustioso plazo de días que exige una revocatoria o una apelación. Pero cuando advierte que no es lo mismo contestar una demanda que impugnar una decisión judicial, pues en este caso se achica enormemente el campo de la discusión, descarto que no mantendrá los fogosos ímpetus de sostén de la rapidez que añoraba antes de sufrir los efectos del rayo que le cayó sobre la cabeza.

Por si ya no se advirtió con claridad, es posible -y aconsejable- cautelar los resultados de una eventual sentencia a dictar en un litigio. Pero es manifiestamente ilegítimo resolver el litigio mismo con puras cautelas. Y ello porque todo lo cautelar se resuelve sin audiencia previa del interesado, cosa que es absoluta, racional, lógica y constitucionalmente inadmisibles en cuestiones de fondo. Insisto: los jueces no pueden aspirar a equipararse a los comisarios de policía -por buenos y justicieros que estos pudieren ser- en aras de lograr una eficiencia que no encuentran respetando la Constitución. No es eso lo que precisamente juraron cuando fueron investidos de sus cargos.

Hasta aquí he pasado revista a algunas actitudes decisionistas: la solución de conflictos en vías cautelares y eliminando directamente el método procesal de discusión en homenaje a una meta difusa que se muestra como justa y verdadera; la irrupción de algunos jueces en campos de actuación que le están vedados -casos no justiciables- en razón de que allí deben operar en forma exclusiva y excluyente otros Poderes del Estado; el notable apartamiento de lo dispuesto expresamente en la ley positiva, con abandono de la dogmática para lograr el imperio del valor relativo de la equidad.

[46] No debe confundir el lector el tan denostado por la prensa diaria garantismo progre, que postulan algunos filósofos del socialismo de centro izquierda actualmente de moda en muchos de nuestros países y que se circunscriben a abogar a favor de toda suerte de minoría que tenga o represente alguna diferencia (racial, sexual, social, patrimonial, carcelaria, etcétera) respecto de los estándares de los grandes conglomerados nacionales, con el garantismo constitucional que aquí se muestra, mediante el cual se trata de respetar en todo y cualquier caso el texto de la Constitución nacional y de sostener a ultranza los derechos y garantías en ella acordados.

[47] Actualmente han llegado a predicar que ya es hora de abdicar para siempre de la aplicación de la ley y aconsejan que los jueces se manejen con puros principios que ellos mismos definen y usan a voluntad. En el campo penal se va aún más lejos: pregonan la necesidad de suplantar con tales principios a todo tipo penal,

que debe ser derogado pues se ha convertido en valla insalvable para que los jueces apliquen sus criterios de justicia... ¡Y pensar que hay quienes aplauden estas ideas..!

[48] Esta dicotomía actual ha logrado aparecer porque, por un lado, existe una decidida vocación popular (producto de la inseguridad reinante en nuestros países y sostenida por numerosos medios de comunicación) que pregona la necesidad de otorgar un castigo ejemplar e inmediato: encarcelar ya mismo y para siempre a quien es sospechoso o imputado de haber cometido delito (aunque así no se haya declarado en juicio y sentenciado con fundamento en ley anterior al hecho del proceso), matar al homicida, cortar la mano del ladrón, castrar al violador, etcétera

Esta posición filosófica se conoce en el derecho penal con la denominación de solidarista (la solidaridad se brinda desde el tribunal –que no desde la ley– hacia el pueblo sufriente en general) y procura que los jueces sean cada vez más activos, más comprometidos con su tiempo o con una ideología política determinada o, más simplemente, con la Verdad y la Justicia. Así, ambos con mayúscula.

A tal punto llega esa vocación que, en la actualidad, muchos magistrados ya no se sienten vinculados al orden jurídico vigente sino que pretenden actuar como los antiguos pretores, haciendo literalmente lo que quieren y con prescindencia de los textos legales preexistentes.

Muestra acabada de lo que aquí se dice se observa hasta al hartazgo en la prensa escrita y televisiva: en los dos últimos años no ha pasado semana sin que sea noticia una actitud judicial referida –en la enorme mayoría de los casos– a lo que desde siempre se calificó como materia no justiciable (repárese, por ejemplo, en el decisionismo judicial que impidió durante mucho tiempo el normal desarrollo del fútbol argentino...).

En contra de esta posición, existe otra línea doctrinal aferrada al mantenimiento de una irrestricta vigencia de la Constitución y, con ella, del orden jurídico vigente en el Estado en tanto se adecue en plenitud con las normas de esa misma Constitución. En otras palabras: se concibe un juez empeñado en respetar y hacer respetar a todo trance las garantías constitucionales y, entre ellas y particularmente, la que refiere a la inviolabilidad de la defensa en juicio.

Consecuentemente, el así llamado garantismo procesal republicano no tolera alzamiento alguno contra la norma fundamental; por lo contrario, se contenta modestamente con que los jueces --insisto en que deben estar 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 imparcialidad funcional, a fin de lograr el fin último de su actividad: dar certeza a las relaciones conflictivas para mantener la paz social y la adecuada convivencia entre los hombres.

Ello es particularmente así en el campo de lo penal, pues las garantías constitucionales son como el sol, que sale para todos pero, muy especialmente, para quienes más lo necesitan: los sometidos a juzgamiento.

[49] CPC Corrientes, art. 785: “Medidas autosatisfactivas. Caracterización. Ante solicitud fundada de parte, explicando con claridad en qué consisten sus derechos y su urgencia y aportando todos los elementos probatorios que fundamenten 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, valorados motivadamente, y se podrá exigir la prestación de caución real o personal, determinando en estos casos la vigencia”. Adviértase que en este régimen absurdo el juez puede prescindir de la contracautela (...podrá...dice la norma) y, en su caso, limitar su vigencia...

[50] CPC Chaco. art. 232 bis: “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, valorada 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 sujetos al régimen que a continuación se describe: a) que fuere necesaria la cesación inmediata de conductas o vías de hecho producidas o inminentes, contrarias al derecho según la legislación de fondo o procesal; b) que el interés del postulante se circunscriba, de manera evidente, a obtener la solución 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 a 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 peticionada o, excepcionalmente según fueren las circunstancias del caso y la materia de la medida, someterla a una previa y reducida sustanciación, que no excederá de conceder a quien correspondiese la posibilidad de ser oído (atención: lo que es clara regla constitucional se ha convertido aquí, por arte de birlibirloque, en excepcional excepción); 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 afecta, en el supuesto de que acreditare prima facie la existencia de posibilidad de sufrir un perjuicio de difícil o imposible reparación, previo conocimiento y prestación de contracautela suficiente”.

[51] CPC Formosa, art. 232 bis: “Los jueces, a pedido fundado de parte, respaldado por prueba que demuestre una probabilidad cierta de que lo postulado resulte 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 sujetos 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 peticionada o, excepcionalmente según fueren las circunstancias del caso y la materia de la medida, someterla a una previa y reducida sustanciación, que no excederá de conceder a quien correspondiese la posibilidad de ser oído. 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 posibilidad de sufrir un perjuicio de difícil o imposible reparación, previo conocimiento y prestación de cautela suficiente”.

[52] “Medidas autosatisfactivas. Quien se encuentre en la situación prevista en el art. 302 de este Código[52], 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 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”.

[53] Y, así, el fin justifica los medios... ¡Viva Maquiavelo!

[54] Y esta es una de las grandes ventajas de esta novedad, según lo indican sus propiciadores, que ven en ellas una suerte de sinceramiento de una situación hipócrita, toda vez que vienen a suplir una simulación procesal (la de “inventar” un juicio meramente declarativo o uno de amparo con la sola finalidad de obtener el dictado de una cautelar anticipatoria de sentencia) y evitan la promoción de un pleito que queda vacío de sustancia litigiosa. Esta afirmación encierra un claro sofisma: es cierto que en muchos juicios de amparo o demandas mere declarativas, cuando es despachada una cautela y ella supone un anticipo de la tutela judicial perseguida, el actor pierde interés en continuar el pleito. Empero, nueva y equivocadamente, se mira sólo a la figura del actor. El demandado no pierde interés en seguir discutiendo el fondo del litigio pues, precisamente, si obtiene el rechazo de la pretensión caducará la medida cautelar que lo grava. Si, en cambio, el demandado nada hace, habrá operado una suerte de allanamiento o transacción que, en los hechos, termina con el pleito ... ¡enhorabuena que ello ocurra! ¿A qué lamentarse de ello? ¿Cuántos pleitos “se mueren” por las negociaciones de las partes? Lo que de ninguna manera puede decirse, sin más, es que el pleito quede “sin sustancia litigiosa” o “pierda toda razón de ser”. El autoritarismo que exuda semejante postura es a todas luces reprochable: se cree dogmática e indiscutidamente en la razón que esgrime el actor y se asume, igual de dogmática e indiscutidamente, que el demandado nada tendrá que decir (¿!).

[55] Amparar es proteger, ayudar, favorecer, defender.

[56] Si bien se mira, todos los supuestos mostrados como ejemplares por la doctrina que alaba a las medidas autosatisfactivas, encuadran cabalmente en alguno de los tipos de amparo recién mencionados en el texto.

[57] En alguna ocasión he mencionado a los jueces que, para soslayar su intervención en un amparo, siempre urticante en épocas relativamente recientes y

que no deben ser olvidadas, utilizaban una suerte de jus cuerpeandi, gracias al cual siempre encontraban motivos para declararse incompetentes o para rechazarlos liminarmente so pretexto de las más variadas razones: falta de agotamiento de las instancias previas, existencia de otras vías procesales aptas al efecto, vencimiento de los plazos acordados por la norma respectiva, etcétera.

[58] Creo necesario finalizar reiterando algunos argumentos que hacen a la esencia de la posición aquí adoptada, relativos a la inaudiencia del demandado. Y lo hago seguidamente en nota y no en texto para no fatigar en demasía al lector. Adelanté ya que la admisión de las «medidas autosatisfactivas» supone, directamente, la supresión del régimen constitucional-procesal vigente. Y es que cuando el derecho no viene “pre-declarado” (como en los títulos ejecutivos) sino que, por el contrario, hay que “declararlo” por medio de un proceso de conocimiento, ello sólo puede lograrse por el juez escuchando previamente a ambas partes. En un proceso de conocimiento el juez no sabe (¡no puede saberlo!) si le asiste derecho al actor que lo invoca. Si con sólo escuchar al actor le concede la razón, ese juez sólo por azar habrá acertado en la solución del litigio, nunca con algún fundamento jurídico ... La versión que brinda el actor, la prueba que él puede armar, en definitiva, el “tañido de la campana que él mismo bate”, no es más que eso: la presentación de los hechos desde su óptica, desde su parcialidad, desde su subjetivismo. Sin escuchar al demandado, sin darle audiencia para que rebata y pruebe en contra, ese juez no puede (sino como producto de un simple voluntarismo y de una absoluta arbitrariedad) saber si un derecho es “fuertemente verosímil”. Si lo considera así es porque, precisamente, el monólogo -que no el diálogo- pudo haberlo llevado a esa conclusión.

La “fuerte verosimilitud”, la “probabilidad cierta”, la “irreparabilidad del perjuicio” deben necesariamente contrastarse con la versión, con la certeza y con el propio perjuicio irreparable de quien en los hechos viene oponiéndose a la pretensión del actor. ¿A santo de qué negarle su day in court? ¿Por qué esta renuncia a una conquista que se logró luego de siglos de lucha denodada?

[59] Refiero al singular sistema que usaba el Juez Bridoye para resolver sus casos: los sometía a la suerte de los dados....

[60] Se entiende por autoritario lo que se funda o apoya exclusivamente en la autoridad. Pero también refiere al que abusa de su autoridad o la impone a todo coste. De donde viene autoritarismo, que menciona al abuso de autoridad o a la existencia de sumisión total a ella.

[61] Cual lo imaginó Klein y puso en práctica en su Reglamento para el Imperio Austrohúngaro, que tanta influencia tiene hasta el día de hoy en todos los procesalistas de América, inexplicablemente deslumbrados todavía por la idea de que el proceso es un mal en sí mismo y no un eficiente remedio para el verdadero mal: el conflicto intersubjetivo de intereses, producto de una inadecuada convivencia entre los hombres. Recuérdese que dicho Reglamento data de ¡1895! ¡Y a eso le llama modernidad el procesalismo americano!

[62] Cual fue con toda claridad el Código Procesal Civil italiano de 1942, cuya Exposición de Motivos -firmada por Dino Grandi- lo constituye en paradigmático modelo fascista de juzgamiento y de sojuzgamiento. ¡Y éste es el modelo que siguen a pie juntillas todos los códigos actuales aun en regímenes políticos democráticos y republicanos!

[63] Léase con mayor precisión “prensa amarilla”, convertida hoy en juez definitivo de las conductas de los hombres al amparo de la notable ineficiencia del Poder Judicial cuyos pronunciamientos, además, condiciona gravemente.

[64] Se entiende por ser solidario el mostrar o prestar adhesión o apoyo a una causa ajena, idea de la cual surge el solidarismo, considerado como una corriente destinada a ayudar altruistamente a los demás. La idea se ha impuesto hace años en el derecho penal y, particularmente, en el derecho procesal penal, donde

existen autores y numerosos jueces animados de las mejores intenciones que, solidarizándose con la víctima de un delito, tratan de evitarle a ella un estado de revictimización que podría operar, por ejemplo, con sólo enfrentarla al victimario. Este movimiento doctrinal y judicial se ha extendido también hacia los procesalistas que operan en el campo de lo civil, donde ha ganado numerosos y apasionados adeptos. Reconozco que la idea y la bandera que ellos despliegan son realmente fascinantes: se trata -nada menos- que de ayudar al débil, al pobre, al que se halla mal o peor defendido, etc. Pero cuando un juez adopta esta postura en el proceso no advierte que, automáticamente, deja de lado lo que siempre ha de ser irrestricto cumplimiento de su propio deber de imparcialidad. Y, de esta forma, vulnera la igualdad procesal.

[65] Se entiende por decisionismo el movimiento formado por ciertos jueces solidaristas que resuelven los litigios que les son presentados por los interesados a base exclusiva de sus propios sentimientos o simpatías hacia una de las partes, sin sentirse vinculados con el orden legal vigente.

[66] En puridad de verdad, las garantías son una sola: el proceso. Si bien se mira, el acceso a la justicia, el control de constitucionalidad, el amparo, el hábeas corpus, la acción de tutela y el hábeas data son sólo eso en su esencia: proceso. De donde resulta que es la única vía (garantía) para hacer efectivo cada uno de los derechos que las Constituciones otorgan en el marco de las declaraciones que contienen. Si esto es así -y estoy convencido de que lo es- el proceso debe ser considerado -y normado- como método de discusión (cual ocurre en el sistema acusatorio puro, no vigente en Colombia por ausencia de una auténtica imparcialidad funcional en sus jueces) y no como método de investigación (cual ocurre en el sistema inquisitivo, de estricta moda en Colombia para todos los órdenes de su Justicia: civil, penal, laboral, etc.).

Finalmente, cuando hablo de método de discusión refiero a un debate pacífico (no armado), dialogal y argumentativo, entre sujetos naturalmente desiguales que se encuentran en situación de antagonismo respecto de una situación de la vida de convivencia y que se igualan jurídicamente para el debate merced a la imparcialidad, imparcialidad e independencia del juzgador llamado por la ley para dirigir el debate y, eventualmente, para resolverlo si es que los propios interesados no han llegado a una solución autocompositiva del litigio.

[67] Muy lamentablemente, y merced a la constante prédica de la prensa amarilla, el sintagma garantismo procesal se ha desacreditado grandemente: es habitual escuchar por radio o televisión que la mayor aspiración de un jurista que se dice garantista es poner una puerta giratoria en la entrada de una comisaría policial para hacer entrar por ella al detenido a fin de que pueda salir con el mismo envión del ingreso. Craso error. No se trata de eso sino de hacer respetar la Constitución y el orden de los derechos que ella consagra.

[68] Creo muy importante advertir al lector que si lee con detenimiento la nómina completa de autores decisionistas vigentes en América latina, descubrirá prontamente que casi todos son jueces en actividad, o jueces jubilados, o familiares o cónyuges de jueces o, finalmente, académicos que jamás han litigado ante tribunal alguno. Muy, muy excepcionalmente, abogados que pechan mostradores en las mesas de entradas de los tribunales en demanda de justicia!

[69] Tres son los sistemas conocidos: acusatorio o dispositivo, inquisitorio o inquisitivo y mixto. Los explico seguidamente.

1) El sistema acusatorio o dispositivo

Es un método bilateral en el cual dos sujetos naturalmente desiguales discuten pacíficamente en situación de igualdad jurídica asegurada por un tercero que actúa al efecto 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, y 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 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 poder impulsorio, ha de aceptar como ciertos los hechos admitidos por las partes así como conformarse con los medios de prueba que ellas aporten y debe resolver de acuerdo con el mandato legal y ajustándose estrictamente a lo que es materia de controversia en función de lo que fue afirmado y negado en las etapas respectivas. Este antiguo sistema de procesamiento es el único que se adecua cabalmente con la idea lógica del proceso, como fenómeno jurídico irrepetible y, por tanto, inconfundible que une a tres sujetos en una relación dinámica y continua. 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. 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 -y hasta hoy- con los siguientes rasgos caracterizadores: a) el proceso sólo puede ser iniciado por el particular interesado. Nunca por el juez; b) el impulso procesal sólo es dado por las partes. Nunca por el juez; c) el juicio es público salvo casos excepcionales; d) existe paridad absoluta de derechos e igualdad de instancias entre actor (o acusador) y demandado (o reo); e) el juez es un tercero que, como tal, es imparcial, imparcial e independiente de cada uno de los contradictores. Por tanto, el juez es persona distinta de la del acusador; f) no preocupa ni interesa al juez la búsqueda denodada y a todo trance de la verdad real sino que, mucho más modesta pero realísticamente, procura lograr el mantenimiento de la paz social fijando hechos para adecuar a ellos una norma jurídica, tutelando así el cumplimiento del mandato de la ley; g) 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 (declaración indagatoria y absolución de posiciones); h) correlativamente exige que, cuando la parte desea declarar espontáneamente, lo haga sin mentir. Por tanto, castiga la falacia; i) se prohíbe la tortura; j) el imputado sabe siempre de qué se lo acusa y k) quién lo acusa y l) quiénes son los testigos de cargo; etc. A mi juicio, todo ello muestra en su máximo grado la garantía de la plena libertad civil para el demandado (o reo).

2) El sistema inquisitorio

Originariamente, fue un método unilateral -y sigue siéndolo- en el cual el propio pretendiente, convertido ahora en acusador de alguien (reo) le imputaba la comisión de un delito. Y esa imputación -he aquí la perversa novedad del sistema- la hacía ante él mismo 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: a) el juicio se hacía por escrito y en absoluto secreto; b) 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); c) 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, toda vez que el juzgador era sacerdote) buscó denodadamente la prueba de sus afirmaciones, tratando por todos los medios de que el resultado coincidiera estrictamente con lo que él sostenía que había acaecido en el plano de la realidad social; d) para ello, comenzó entonces la búsqueda de la verdad real; e) y se creyó que sólo era factible encontrarla con la confesión; de ahí que ella se convirtió en un medio de prueba y, luego, en la reina de todas las pruebas (la probatio probatissima); f) 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. En la actualidad este es el método que se practica en casi toda América para el juzgamiento penal y que se aplica en todas partes para lo civil con las lógicas atenuaciones del tiempo que se vive (por ejemplo, ya no puede decirse que haya tortura indiscriminada en todas partes).

3) El sistema mixto

Comparando los sistemas descritos en los párrafos anteriores, puede colegirse con facilidad que los conocidos como dispositivo e inquisitivo son franca y absolutamente antagónicos y que, por razones obvias, no se puede hablar seriamente de una suerte de convivencia entre ellos, aunque resulte aceptable que puedan alternarse en el tiempo conforme a distintas filosofías políticas imperantes en un lugar dado. Sin embargo, gracias a la persistente vigencia en la ley de la filosofía inquisitivista de la autoridad a la cual todo esto le sirve -por casi seiscientos años- hoy abundan los códigos mixtos, cosa que se puede ver con facilidad en lo civil: todos los códigos de América son, según los autores mayoritarios, predominantemente dispositivos pero con leves atenuaciones inquisitivas..! No obstante ello -y surge sólo de la simple lectura de los anteriores párrafos- no son exactas las afirmaciones de la doctrina, pues disposición e inquisición son posiciones que generan sistemas de procesamiento incompatibles en su esencia. Por eso es que no resulta factible concebir racionalmente el sistema mixto.

Para persuadir sobre la exactitud de esta afirmación, recurro a un ejemplo cualquiera: piénsese en un cuerpo legal que contenga normas claramente dispositivas en materia de prueba de afirmaciones contradichas. Supóngase que, al mismo tiempo, tal normativa consagre una sola norma que, bajo el inocente título de medidas para mejor proveer o resolver, otorgue al juez amplísimas facultades para ordenar de oficio cualquiera diligencia conducente a la investigación de la verdad real acerca de los hechos litigiosos, con prescindencia de su aceptación por las partes. En este caso, no dudo de que abundarían los más elogiosos comentarios: se hablaría del adecuado equilibrio de la norma pues, al estatuir conforme a las pautas tradicionales en materia de prueba, recoge las ideas más avanzadas, que concuerdan en entregarle al juez una mayor cantidad de poderes en orden al mejor y más auténtico conocimiento de los hechos... etc. Afirmo que tal comentario es incoherente. Baste una sencilla reflexión para justificar este aserto: la norma que le confiere al juez la facultad de acreditar por sí mismo un hecho litigioso, ¿no tiene la virtualidad de tirar por la borda toda la regulación dispositiva referente a cargas, plazos, negligencia, caducidad, etc., en materia de ofrecimiento y producción de la prueba?

¿Por qué se ha llegado en la historia al sistema mixto? A mi juicio, son varias las razones determinantes de la actual coexistencia de sistemas antagónicos: la secular tradición del Santo Oficio y la abundante literatura jurídica que

fundamentó y justificó la actuación de la Inquisición española durante casi seiscientos años, así como la fascinación que el sistema provoca en regímenes totalitarios que, al normar para el proceso, dejan de lado al hombre común para erigir al propio Estado como centro y eje del sistema (recuérdese que nuestra asignatura es actualmente denominada en muchas partes como derecho jurisdiccional). Además, toda la doctrina procesal publicada en el continente desde los años '50 del siglo pasado en adelante ha contribuido grandemente a ello pues con su lectura y estudio se han formado quienes enseñan la asignatura hasta ahora en las diferentes universidades de América. Incluso quien esto escribe.

Finalmente: en la generalidad de la Argentina de hoy se cuenta con normativas procesales fuertemente inquisitivas, tanto en lo penal como en lo civil. A riesgo de predicar en el vacío, mantengo la esperanza de revertir tal estado de cosas y, para eso, esta obra. Y ello por simples y obvias razones: los constituyentes de 1853 normaron en función de la dolorosa historia vivida en la Argentina hasta entonces, tratando de evitar desde la propia Constitución la reiteración de los errores y las aberraciones del pasado. Acorde con textos constitucionales vigentes en la época, reitero que la idea que tuvieron de la actividad de procesar no puede ser más clara, más pura, ni puede concebirse más liberal: acordaron la igualdad ante la ley, remarcaron la inviolabilidad de la defensa en juicio, establecieron el principio del juez natural y el del estado de inocencia, prohibieron la condena sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho que motivó el proceso, etc. Dentro del espíritu que exhibe la Constitución, todo ello muestra que su meta era -y es- un proceso regulado con las modalidades explicadas hasta ahora: fenómeno jurídico que enlaza a tres sujetos, dos de ellos ubicados en situación de igualdad y el otro en la de imparcialidad (lo cual ocurre exclusivamente en el sistema dispositivo o acusatorio).

De ninguna manera creo que pueda afirmarse, al menos congruente y fundadamente, que todas las garantías constitucionales recién enunciadas rijan dentro del sistema inquisitivo (propio de nuestro proceso penal hasta hace poco tiempo) pues al posibilitar que sea el propio juez quien inicie de oficio una investigación imputando a alguien la comisión de un delito, por ejemplo, y al mismo tiempo permitir que dicho juez resuelva por sí acerca de su propia imputación, viene a resultar algo obvio: el juez es juez y parte al mismo tiempo. Y hasta el menos avisado puede advertir que lo que ello genera no es un proceso (de tres) sino un simple procedimiento que une sólo a dos sujetos: al juez-acusador y al reo.

Insisto reiterativamente y a riesgo de producir hartazgo en el lector: no obstante tal afirmación, que no puede ser desvirtuada con razonamiento lógico jurídico (aunque sí con argumentación política o caprichosa), la antigua vocación por el totalitarismo que tan persistentemente ha mostrado el legislador argentino lo ha llevado a dictar regulaciones normativas que, al permitir la coexistencia incoherente de sistemas antagónicos, descartan per se la vigencia del debido proceso al establecer para un sinnúmero de casos simples procedimientos judiciales a los cuales se les adjudica -indebidamente- la denominación de procesos. Pero como las cosas son lo que realmente son, sin que importe al efecto cómo se las llame, no creo que ello sea suficiente para que se acepte con alegría y buena voluntad un sistema filosóficamente erróneo, políticamente nefasto y jurídicamente inconstitucional.

[70] Últimamente, distinguido docente de Derecho Penal -Ricardo Juan Caballero, La Justicia inquisitorial, (Editorial Ariel Historia, 2003)— ha efectuado interesante aporte a la ciencia procesal, al intentar desentrañar el auténtico sentido histórico de la palabra real cuando adjetiva al sustantivo verdad. Utilizando al efecto una óptica diferente a la tradicional, afirma él que en tiempos de las primeras monarquías absolutas no existía el hoy conocido estado de inocencia sino una obvia

presunción de culpabilidad emergente de la mera imputación efectuada por el propio rey -con inspiración divina, naturalmente- y que esa afirmación era nada menos que la verdad real: la verdad del rey, no la afirmación que coincide con la realidad de la vida. Por tanto, la búsqueda de la verdad real por parte del juez que actúa inquisitivamente, tiene el único objeto de hacer coincidir el resultado de objeto investigado con lo querido por el rey. Tal cual ocurre hoy, sólo que la coincidencia no se produce con el querer real sino con la voluntad del mismo juez que ha efectuado la imputación!

[71] Esta palabra muestra el exacto quid de la cuestión, vinculada con el principio procesal más destacable de los posibles de enunciar. A tal punto, que sin una auténtica imparcialidad funcional del juzgador habrá un simple procedimiento, pero nunca un verdadero proceso. De ahí la importancia de fijar posición académica frente a su concepto.

El principio de imparcialidad del juzgador 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, a) ausencia de prejuicios de todo tipo (particularmente raciales o religiosos); b) independencia de cualquier opinión y, consecuentemente, tener oídos sordos ante sugerencia o persuasión de parte interesada que pueda influir en su ánimo; c) no identificación con alguna ideología determinada; d) 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, etcétera. e) Y también es no involucrarse personal ni emocionalmente en el meollo del asunto litigioso y f) evitar toda participación en la investigación de los hechos o en la formación de los elementos de convicción, g) así como de fallar según su propio conocimiento privado el asunto. h) 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 aséptica neutralidad, que debe ser practicada en todo supuesto justiciable con todas las calidades que el vocablo involucra.

[72] 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, a 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 primar 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[72]. En otras palabras, hay tantas verdades como personas pretenden definir las[72] (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 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...

Soslayando momentáneamente la exposición, debo decir aquí y ahora que ese continuo otorgamiento de mayores facultades a los jueces ha convertido a muchos de ellos en normadores primarios, alejándolos del formalismo propio del sistema de la dogmática jurídica, donde deben actuar exclusivamente como normadores secundarios (creando la ley sólo cuando ella no está preordenada por el legislador). Y esto ha traído enorme desconcierto en los justiciables, que se enfrentan no con un sistema que permite prever las eventuales soluciones de los jueces, sino con una suerte de realismo absolutamente impredecible, en el cual cada juzgador -no sintiéndose vinculado a orden jurídico alguno- hace literalmente lo que quiere... Cual el cadí.

[73] Toda demanda civil o imputación penal contiene una pretensión que parte de una necesaria e insoslayable afirmación (le presté y no me devolvió, hurtó, me despidió sin causa, etc.) a la cual el pretendiente le asigna relevancia jurídica y, a base de ello, aspira a obtener una respuesta de la autoridad que sea estimatoria de esa pretensión.

[74] Es obvio que el juzgador no puede resolver a base de la exclusiva y unilateral afirmación del pretendiente; por ello, y como simple aplicación al caso del principio constitucional de igualdad ante la ley, debe ser oído antes que nada. Se genera así la etapa de negación, en la cual el resistente civil puede mostrar un de cuatro actitudes: abstención (se desentiende del pleito y nada hace al respecto); sumisión (admite efectuar la prestación pretendida); reconvencción (utiliza el mismo procedimiento ya incoado para contraatacar al demandante) y oposición (enfrenta la pretensión haciendo una de dos cosas: diciendo a) no le debo -con lo cual ejerce una defensa puramente negativa que se conoce como contestación a la demanda- y genera con ello en el actor la carga de confirmar cada una de las afirmaciones negadas; o b) diciendo sí, me prestó, pero le pagué, con lo cual deduce excepción, que libera al actor de probar la afirmación excepcionada y, al mismo tiempo, genera en el excepcionante la carga de su confirmación).

[75] Siempre que haya una actitud de oposición (contradicción o excepción) debe ser abierta la etapa confirmatoria para que quien haya sido el afirmante pueda confirmar la afirmación negada.

[76] Siempre que exista actividad confirmatoria, debe ser abierta la etapa evaluatoria para que puedan alegar acerca de la confirmación de la afirmación negada quienes hayan sufrido la respectiva carga en la etapa anterior.

[77] Desde el siglo pasado, la doctrina publicista refiere insistentemente al debido proceso como un claro derecho constitucional de todo particular y como un deber de irrestricto cumplimiento por la autoridad. La frase lució novedosa en su época pues, no obstante que la estructura interna del proceso -que ya he mostrado como una serie consecucional- 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, cual lo hace la Constitución de Chile.

El origen más o menos aceptado de la palabra debido se halla en la Quinta Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos de América que, al establecer los derechos de todo ciudadano en las causas penales, 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”. Este mandato figura nuevamente en el texto de la Decimocuarta Enmienda (ahora como restricción al poder de los Estados confederados) donde se utilizan palabras similares: “...ningún Estado podrá tampoco privar a persona alguna de la vida, la libertad o la propiedad, sin el debido procedimiento jurídico”.

La Constitución colombiana refiere tangencialmente al debido proceso. Pero no lo define ni afirma que es un derecho de todo ciudadano, lo que se da por supuesto. Tampoco lo hace la doctrina local en términos asertivos de inconfundibilidad total. Consecuente con ello, prestigiosos autores del siglo pasado lo han definido como drama o como misterio o como algo que se sabe exactamente dónde está pero no qué es.

No obstante todo ello, pasando a afirmativa las concepciones negativas y haciendo un mínimo inventario de las frases hechas acuñadas por la jurisprudencia generalizada en las Cortes Constitucionales de América, podría decirse que el debido proceso: a) supone el derecho a la jurisdicción, que es imprescriptible,

irrenunciable y no afectable por las causas extintivas de las obligaciones ni por sentencia; b) implica el libre acceso al tribunal; c) y la posibilidad plena de audiencia (lo cual lleva aneja una efectiva citación que permita total conocimiento de la acusación o demanda cursada); d) la determinación previa del lugar del juicio y e) el derecho del reo de explicarse en su propia lengua; e) comprende el derecho de que el proceso se efectúe con un procedimiento eficaz y sin dilaciones; f) adecuado a la naturaleza del caso justiciable y g) público; h) con asistencia letrada eficiente desde el momento mismo de la imputación o detención. Específicamente en cuanto a la confirmación, comprende i) el derecho de probar con la utilización de todos los medios legales procedentes y pertinentes y j) el de que el juzgador se atenga sólo a lo regular y legalmente acreditado en las actuaciones respectivas. En cuanto atañe a la sentencia, comprende el derecho de k) que sea dictada por un juez objetivo, imparcial e independiente, l) que emita su pronunciamiento en forma completa: referida a todos los hechos esenciales con eficacia decisiva y al derecho aplicable; m) legítima: basada en pruebas válidas y sin omisión de las esenciales; n) lógica: adecuada a las reglas del pensamiento lógico y a la experiencia común; o) motivada: debe ser una derivación razonada del derecho vigente con relación a la pretensión esgrimida y en función de los hechos probados en el proceso y p) congruente: debe versar exclusivamente acerca de lo pretendido y resistido por las partes.

La sentencia que no cumple tales condiciones es calificada habitualmente como arbitraria, cuyos parámetros generadores también constituyen frases hechas, inteligentemente acuñadas por la jurisprudencia. Y así, una sentencia es arbitraria cuando a) no decide acerca de cuestiones oportunamente planteadas, o b) decide acerca de cuestiones no planteadas, o c) contradice constancias del proceso, o d) incurre en autocontradicción, o e) pretende dejar sin efecto decisiones anteriores firmes, o f) el juez se arroga en ella el papel de legislador, o g) prescinde del texto legal sin dar razón plausible alguna, o h) aplica normas derogadas o aún no vigentes, o i) da como fundamentos algunas pautas de excesiva latitud, o j) prescinde de prueba decisiva, o k) invoca jurisprudencia inexistente, o l) incurre en excesos rituales manifiestos, o m) sustenta el fallo en afirmaciones dogmáticas o n) en fundamentos que sólo tienen la apariencia de tal, o o) incurre en autocontradicción, etc. Como se ve, se trata de una simple enunciación más o menos detallada de vicios contenidos en las actividades de procesar y de sentenciar que, además, son aglutinados en una misma idea no obstante que ostentan obvias y profundas diferencias lógicas y materiales.

Si se intenta definir técnicamente la idea de debido proceso resulta más fácil sostener que es aquél que se adecua plenamente a la idea lógica de proceso: dos sujetos que actúan como antagonistas en pie de perfecta igualdad en el instar ante una autoridad que es un tercero en la relación litigiosa (y, como tal, imparcial, imparcial e independiente). En otras palabras: el debido proceso no es ni más ni menos que el proceso que respeta sus propios principios, particularmente el de la imparcialidad del juzgador, que posibilita el de la igualdad de los parciales. Esta concepción, que no por sencilla es errada, convierte en estéril a todo el inventario que he hecho precedentemente.

[78] Utilizo el vocablo en su exacta tercera acepción castellana: término o fin de los actos.

[79] Nihil habere quod liqueat: no sacar nada en claro.

[80] 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.

[81] Esto ha sido denominado desde antaño en la doctrina como prueba diabólica.

No obstante ello, hay leyes que ignoran el problema y que, por ende, generan una carga confirmatoria que no puede ser cumplida en los hechos, con las consecuencias que de ello se derivan. Adviértase la entidad del problema señalado: si yo afirmo que no soy deudor o que el deudor no me pagó o que no cometí el delito que se me imputa, por ejemplo, no puedo confirmarlo de manera alguna pues es imposible percibir directamente lo que no existe. Y cuando las leyes generan una carga confirmatoria de este tipo, resulta claro que es de cumplimiento imposible.

[82] 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, entendiendo 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.

[83] 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, etcétera. 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.

[84] 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 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, etcétera. 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.

[85] 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. 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).

[86] Es el que afirma todo aquel 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 extraña trabalenguas. Pero insisto con la buscada repetición de palabras pues creo que de tal forma ayudo a que el lector fije definitivamente el concepto).

[87] 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, etcétera). Similarmente, es el que 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, etcétera). La carga de confirmar este tipo de hecho pesa exclusivamente sobre la parte que lo invocó.

[88] 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 pudencia 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 pudencia 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. Recuerdo ahora que al momento de juzgar un magistrado una de dichas causas sosteniendo esta tesis, fue interrogado por otro juez -que quería hacerle ver las dificultades propias del problema- acerca de cómo debía ser resuelto un pleito en el que la misma idéntica carga pesara por igual sobre ambos contendientes sin que ninguno de ellos hubiera logrado cumplirla. Y el interrogado

respondió muy suelto de cuerpo: pues... ¡lo empatan! ¡Como si ello fuere posible!
[89] Y es que nadie comienza un pleito con alegría y despreocupación, como quien sale a pasear por el campo en día festivo. Por el contrario, se realizan previamente muchas conversaciones -e intimaciones- para tratar de evitarlo. Cuando ya el pretendiente -acreedor, por ejemplo- está seguro de que no logrará una autocomposición con el resistente -deudor, que en el ejemplo afirma que pagó- no tiene más remedio (recordar que ésta es la última alternativa pacífica) que concurrir al proceso (para ello, debe pagar honorarios de abogados y carísimas tasas de justicia), donde el deudor, ahora demandado, vuelve a oponerle la misma tenaz oposición que antes, afirmando haber hecho -por ejemplo- un pago que no existió en la realidad de la vida...

Como puede aceptarse fácilmente a esta altura del relato, el actor piensa con visos de razonabilidad comprensible en destruir para siempre a su demandado y deudor impenitente. En tales condiciones, ¿cómo puede serle exigido que colabore solidariamente con su enemigo y, que si no lo hace, se considere que ha caído en inconducta procesal? ¿No es esto un verdadero disparate?

[90] 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 conceptuar 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.

[91] Cuando así se hace se genera la posibilidad de resolver el caso con la inconstitucional tesis del indicio de mentira, como con tanto acierto lo ha señalado críticamente en Colombia el Prof. Dagoberto Charry.

[92] Que no son otros que: 1) la imparcialidad del juzgador; 2) la igualdad de los parciales; 3) la transitoriedad de la serie procedimental; 4) su eficacia y 5) su moralidad.

[93] Que nunca es ni podrá ser real, como lo exige la actual normativa procesal civil colombiana. De donde resulta que tal norma no pasa de ser una petición de principios divorciada de la realidad de la vida.

[94] Significa que el tercero juzgador es ajeno y neutral. Lo que implica que no es parte procesal y, por tanto, no puede ni debe hacer las cosas propias de las partes.

[95] Significa que carece de todo interés mediato o inmediato, directo o indirecto, tanto respecto de las personas que litigan como del objeto del litigio.

[96] La independencia implica no subordinación al mandamás político de turno ni a las partes procesales. Pero también independencia de todo prejuicio respecto de la raza, del color, del sexo, de las ideas políticas, de situación económica de los litigantes, etc., etc.

[97] Con lo cual debe ser erradicada toda prueba ilícita o producida a espaldas de la parte que sufrirá los efectos de su consideración y aplicación.

[98] Así: con minúscula. Valor relativo que puede o no coincidir con la Verdad con mayúscula.

[99] Una vez más: lo que no está en los autos, no está en el mundo.

[100] Aunque no le guste.

[101] Hay autores que ironizan con esta afirmación y me imputan que, con ella, pretendo instaurar la mentira y la injusticia en el proceso. Nada más alejado de la realidad. Lo que afirmo es que el juez, por buscar el valor puramente subjetivo de la justicia -que siempre ha de procurar- no debe dejar de cumplir la fundamental función que deben realizar todos los jueces, que consiste en tutelar efectivamente los derechos prometidos en la Constitución y en la Ley y, con ello, posibilitar el mantenimiento de la paz en la convivencia social.

[102] Es fácil 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 estas condiciones es imposible que él pueda, siquiera, concebir la idea que actualmente se tiene del Derecho.

[103] Fácil es también de colegir que este estado de cosas no se presenta 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: 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 en un no cumplir un mandato vigente.

[104] Recuerde el lector lo que ya señalé en nota del Capítulo anterior: la autolesión y el intento de suicidio nunca fueron delitos. Del mismo modo, todo lo que permanece en la esfera de la intimidad de una persona está sólo sujeta al juicio de Dios y exenta de la autoridad de los magistrados

[105] Por razones obvias, no hay interrelación entre un hombre y una piedra o un gato ya que ambos son cosas en el derecho. Y es obvio que no puede haber interactuación entre un hombre y una cosa.

[106] Alguien es vendedor pues alguien es comprador. Y viceversa.

[107] Los hermanos siempre son de a dos. Igual que los cónyuges. La relación parental siempre es de a dos: hay padre pues hay hijo. Y viceversa.

[108] Si hay victimario es porque hay víctima. Y viceversa.

[109] Considerado como método de debate.

[110] Dos determinadas inicialmente (actor y juez) y una determinada o

determinable (el NN penal, el dueño de...).

[111] Actor civil, fiscal y querellante.

[112] Demandado civil, reo y querellado.

[113] Juez o árbitro.

[114] Utilizo la palabra en su exacta cuarta acepción castellana: término o fin de los actos.

[115] Ya conocido procesalista argentino se preguntaba hace años: ¿quid custodiet custodies?