

---

# *El Debido Proceso Emplazado a Reformarse*

## *Notas sobre el Garantismo Tradicional y la Función Social de los Jueces*

**Oswaldo Alfredo Gozaíni\***

*Profesor del Departamento de Derecho Procesal de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires*

### **1. Introducción**

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

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

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

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

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

La acción de juzgar es, en definitiva, el desenlace esperado por los justiciables. El fin de los movimientos

técnicos que los abogados y las partes han cubierto procurando persuadir al Juez de sus respectivas razones.

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

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

### **2. Jueces confiables y desconfiables**

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

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

En el caso de Argentina, el artículo 75 inciso 22 de la Constitución no tiene interpretaciones secundarias respecto al lugar que asigna a los Tratados y Convenciones sobre Derechos Humanos, dándoles un

---

\* Doctor en Derecho y Ciencias Sociales por la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad.

lugar preponderante, con una jerarquía superior a las leyes.

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

En resumen, si tenemos en cuenta que el art. 75 inciso 22 de la Constitución Nacional Argentina establece la complementariedad de estos tratados y convenciones supranacionales con las garantías y derechos reconocidos en la primera parte de la ley superior, queda demostrado que todas las garantías enumeradas deben formar parte de los mínimos requeridos para el debido proceso legal.

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

### 3. Debido Proceso

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

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

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

- b) Derecho a un proceso con todas las garantías de imparcialidad y justicia.
- c) Derecho a la producción de la prueba y a impugnar toda sentencia condenatoria a través de los recursos pertinentes.
- d) Derecho a que toda sentencia sea motivada.
- e) Derecho a ejecutar de inmediato lo resuelto.
- f) Derecho a que todo proceso sea resuelto en un plazo razonable.

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

- a) La presunción de inocencia.
- b) A ser informado en el idioma del inculpaado de las causas de la acusación.
- c) Derecho al abogado o a la autodefensa.
- d) A ser juzgado sin dilaciones indebidas.
- e) Derecho a la prueba, y a recurrir la sentencia condenatoria.
- f) Derecho a la indemnización por error judicial.

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

### 4. Función Actual del Proceso Civil

El proceso se integra, necesariamente, con dos partes antagónicas y un tercero imparcial que resolverá con poderes suficientes para dotar su decisión de las notas de definitividad y fuerza compulsoria propia. Es decir: poder y autoridad, componen este aspecto de la práctica judicial.

Para que dicho imperio y «*autorictas*» no excedan límites tolerables, el procesalismo pone la valla del principio de razonabilidad, el cual supone que toda la actividad jurisdiccional se moviliza bajo la legalidad del obrar y fundamentando adecuadamente cada una de sus resoluciones.



Estas son garantías debidas al justiciable que se integran en la noción de «debido proceso formal (o procesal)». Mientras que la otra faceta del «proceso debido» que refiere a lo sustancial o material del principio, se manifiesta en el conjunto de exigencias procedimentales que deben garantizarse a cualquier persona que exige el cumplimiento de sus derechos y libertades.

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

Hoy día, se han ampliado notablemente los deberes de la jurisdicción y, en su consecuencia, los límites de la llamada *tutela judicial efectiva* no se sostienen únicamente en el respeto por el derecho de defensa en juicio.

Precisamente, esta lectura de vanguardia conspira contra el modelo clásico de la estructura procesal y abre brechas que resisten el ímpetu de estas realidades que emergen del reclamo social antes que de una ilusión teórica sin fundamentos.

Por ello, el modelo tradicional que discutió si el proceso era solo cosa entre partes donde el Juez asistía al debate para luego definir con su sentencia el derecho aplicable a uno u otro; y la renovación que trajo la llamada publicización que le asignó al Juez mayores poderes y deberes, obligándolo a dirigir el conflicto evitando que el desarrollo del litigio ampare un juego de ficciones; entre ambos modelos existen aproximaciones y diferencias que conviene informar para que a nadie lo tome por sorpresa esta supuesta afectación a la Constitución Nacional y sus principios.

No obstante, debe quedar en claro que si hablamos de garantías constitucionales, en definitiva, no hay más garantía que el proceso judicial porque será éste el que en definitiva persiga la consagración de los derechos y libertades que trae la Ley Fundamental.

### 5. ¿Qué Sostiene el Llamado Derecho Procesal Garantista?

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

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

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

Al ser el litigio «cosa de partes» solamente éstos aportan los hechos y afirman las realidades. Estas deberán ser confirmadas o verificadas, y el Juez resolver

*secundum alegata et probata*, es decir, según lo alegado y probado por las partes.

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

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

A esta iniciativa el garantismo dice: «estas ideas llegan del código italiano de 1940, heredero de un ideario

***“El proceso es un problema entre partes, y de este modo, cualquier conflicto celebrado ante Jueces o Tribunales, se rige por el principio dispositivo, según el cual, nemo iudex sine actore y ne procedat iudex ex officio.”***

fascista, y con una clara tendencia publicista, autoritaria e inquisitiva» (Cfr. Franco Cipriani, *Ideología y modelo del proceso civil*, editorial científica italiana, 1997).

Montero Aroca argumenta que, frente a la idea de que el proceso es cosa de partes, a lo largo del siglo XX se ha ido haciendo referencia a la llamada publicización del proceso, estimándose que esta concepción arranca de Klein y de la Ordenanza Procesal Civil austríaca de 1895. Las bases ideológicas del legislador austríaco, enraizadas en el autoritarismo propio del imperio austro-húngaro de la época y con extraños injertos, como el del socialismo jurídico de Menger, puede resumirse en estos postulados: 1) el proceso es un mal, dado que supone una pérdida de tiempo y de dinero, aparte de llevar a las partes a enfrentamientos con repercusiones en la sociedad, y 2) el proceso afecta a la economía nacional, pues impide la rentabilidad de los bienes paralizados mientras se debate judicialmente sobre su pertenencia.

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

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

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

«Naturalmente -agrega- que en el mejor desarrollo del proceso civil está interesado el Estado es algo obvio, y lo es tanto que no ha sido negado por nadie, pero desde esta obviedad no puede llegarse en el razonamiento posterior a la conclusión de negar la plena aplicación del principio dispositivo en el proceso civil, pues ello implicaría negar la misma existencia de la naturaleza privada de los derechos subjetivos materiales en juego».

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

«El fenómeno de la publicización se ha basado -entiende Benabentos- en una gravísima confusión entre las facultades materiales y las facultades procesales de dirección del proceso. Una cosa es aumentar los poderes del Juez respecto del proceso mismo (en su regularidad formal, en el control de los presupuestos procesales, en el impulso, por ejemplo) y otra, aumentarlas con relación al contenido del proceso y de modo que pueda llegarse a influir en el contenido de la sentencia».

En alguna medida, el garantismo no cuestiona la dirección procesal que se manifiesta en acciones propias del impulso procesal, el control de la conducta de las partes, las facultades disciplinarias, el control de la admisión formal y sustancial de la demanda, la regularidad de los presupuestos procesales, entre otras facultades generadas por la publicización. En cambio, se opone rotundamente a que el Juez se entrometa en el material litigioso, en la investigación de los hechos, en la determinación de prueba no ofrecida por las partes, en la declaración de la existencia de un derecho que no tenga previa contradicción, en la inversión de reglas procesales como la carga de la prueba.

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

## 6. ¿Qué es la Publicización del Proceso Civil?

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



## El Debido Proceso Emplazado a Reformarse...

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

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

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

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

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

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

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

atribuciones que dinamizan la función jurisdiccional convirtiéndolo en director del proceso.

### 7. La Autoridad y el Autoritarismo

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

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

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

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

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

El Juez neutral, dijimos, fue llamado Juez espectador, por su característica de agente pasivo que asiste al conflicto entre partes tomando de uno y otro la razón que afirme un criterio que incida en su fallo definitivo.

A esta singularización se enfrenta el denominado *Juez dictador*, propio de Estados autoritarios donde predominan el principio de investigación o de aportación de hechos por parte del mismo órgano jurisdiccional.

El proceso es un problema entre partes, y de este modo, cualquier conflicto celebrado ante Jueces o Tribunales, se rige por el principio dispositivo, según el cual, *nemo iudex sine actore* y *ne procedat iudex ex officio*. Este sistema interesa el fenómeno de la

desprivatización absoluta del proceso, ingresando no sólo en terreno de lo puramente adjetivo, sino también, en cuanto ocupa al derecho subjetivo (o material).

En una concepción intermedia, sin generar el antagonismo que presuponen las corrientes anteriores, se habla del *Juez director*.

Este sería un magistrado que potencia sus poderes de iniciativa y dirección. Respecto a la instrucción se confirma el papel activo que le toca asumir en el proceso, confiriéndole una amplia iniciativa en la verificación de los hechos relevantes para la solución del litigio, tal como fue sometido a su conocimiento, es decir, sin rebasar los límites que marca la *litis contestatio*.

En líneas generales, se robustece el juzgamiento más que la composición, esto es, se dota al juez de poderes - deberes de investigación, sin asignarle otro cuadro que no sea el que las partes concretan.

El uso de estas facultades provoca cierto conflicto con la imparcialidad, la cual resulta respondida con los fines objetivos que persigue el proceso: falla conociendo la verdad más próxima a lo verdaderamente ocurrido (verdad jurídica objetiva).

Podemos reconocer aquí, el riesgo de una actuación parcial del Juez, que se concretaría si él ejercitase sus poderes en el interés exclusivo de una de las partes. Más el riesgo de la parcialidad ronda al Juez, que es y no puede dejar de ser humano, a lo largo de toda su actividad; y la única manera de eliminarlo completamente sería confiar a una máquina la dirección del proceso. Atar las manos al Juez en la investigación de la verdad es pagar un precio demasiado alto por la prevención de un peligro que, aun sin tal exorcismo, normalmente permanecer en «estado de peligro» y sólo en casos excepcionales se convertir en daño actual. El remedio más eficaz contra el riesgo de la parcialidad no consiste en argüir obstáculos en la investigación de la verdad. Consiste sí, en imponer al juez el respeto escrupuloso de la contradicción en la actividad instructoria y la estricta observancia del deber de motivar sus decisiones, mediante el análisis cuidadoso de la prueba producida y la indicación de las razones de su convencimiento acerca de los hechos.

## 8. El principio Dispositivo y la Iniciativa Probatoria de Oficio

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

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

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

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

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

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

El primero contiene, los mecanismos de disponibilidad de los hechos e intereses que se portan al proceso con su incidencia en la transformación y extensión

---

***“(...) el principio  
dispositivo persigue  
que sean las partes  
quienes proporcionen  
los fundamentos  
para alcanzar  
la sentencia.”***

---



## El Debido Proceso Emplazado a Reformarse...

del mismo; el restante, atrapa el desenvolvimiento, y la serie de actividades tendientes a probar y alegar.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

El giro hacia la toma de posición directa del Juez en el proceso, muestra como la historia recorre esa visión estática del Juez espectador en oposición al Juez inquisidor del absolutismo, o del Juez dictador de algunos regímenes totalitarios. El tramo final de este camino lo cubre el rol activo del órgano judicial para convertirse en el Juez director.

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

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

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

### 9. Las Medidas para Mejor Proveer

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

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

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

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

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

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

Por eso interpretamos que, aun ante la ausencia de prueba ofrecida, puede el Juez convocarla y producirla

si considera que, mediante ella, reportaría un elemento decisivo para solucionar el conflicto.

Asimismo, si llega a su conocimiento la existencia de una prueba que puede trascender en el proceso, y aun siendo ésta de testigos, podrá generar su desenvolvimiento sin quebrar por ello el principio de igualdad procesal, porque con esa decisión no sustituye la actividad de alguna de las partes, sino que tiende a despejar las dudas emergentes de la situación enojosa.

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

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

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

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

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

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





## El Debido Proceso Emplazado a Reformarse...

*Guía para una transición ordenada a la LEC*, editorial Bosch, Barcelona, 2001).

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

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

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

### 10. La Tutela de Urgencia

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

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

No son medidas cautelares, aunque se les parecen; se tratan de medidas urgentes que resuelven sobre la urgencia y la verosimilitud del derecho, impidiendo que el respeto por las formas postergue una decisión que, siendo provisoriamente estimable, se

anularía en su eficacia si se dictara tardíamente. Y será tardía, cuando los tiempos del proceso se cumplen en su deleznable mezquindad y sofisma (no olvidemos que los plazos del código, sumado a la contradicción necesaria, lleva a que 48 hs. se puedan convertir en una semana, o 10 días en un larguísimo mes).

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

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

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

### 11. El Debido Proceso Actual

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

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

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

Son interrogantes que se abren en un mundo que ha cambiado sustancialmente las consignas de los deberes y obligaciones. Obsérvese entre tantos matices, como la fuerza expansiva de la ley, pensada como voluntad divina del pueblo y, por tanto, indiscutible, inmodificable y perenne, tal como fue concebida por el

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Referimos a dos órdenes en particular. Por un lado, Latinoamérica legisló los procedimientos teniendo como ejemplo las leyes españolas, sin advertir que allí (y en casi todo Europa) la tarea jurisdiccional claramente dividía la tarea entre jueces comunes, tribunales constitucionales, justicia administrativa y, más recientemente, la jurisdicción comunitaria y transnacional. Cada sistema tenía su propio diseño formal y un método particular para desarrollar el conflicto.

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

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



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

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

### 12. Síntesis

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

Lo desarrollado como introducción, señala la seria y fundada corriente -que no compartimos- para crear una ciencia nueva que se denominaría «Derecho Procesal Garantista», cuando en realidad, nosotros

creemos que todo proceso es una garantía, y que no puede haber una ciencia que postule estudiar una característica del fenómeno único y extraordinario del conflicto judicial.

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

Por eso, hay nuevos postulados:

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

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

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

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

***“(...) todo proceso es una garantía, y que no puede haber una ciencia que postule estudiar una característica del fenómeno único y extraordinario del conflicto judicial.”***