

“La prueba en el proceso civil y la imparcialidad judicial.”

Juan M. Lezcano*

SUMARIO: I. Introducción. - II. La prueba judicial y la convicción del magistrado. - III. El comportamiento procesal de las partes como prueba. - IV El juez y la prueba. -V El concepto de "debido proceso". -VI Inconstitucionalidad por privación de prueba. -VII Inconstitucionalidad por inidoneidad del juez. - VIII Visión global del campo del proceso. - IX La garantía de imparcialidad. - X La jurisprudencia nacional y la garantía de imparcialidad. – XI Teoría de la decisión. – XII Conclusiones. – XIII Bibliografía.

I. Introducción

A pesar de la aparente sencillez y claridad de las normas relacionadas con el tema en estudio, la cuestión exige empero algunas precisiones a poco que se la profundice e intente abocar del plano meramente especulativo o teórico al campo de la dinámica del proceso. Pero si lugar cada vez más se hace necesario analizar la imparcialidad judicial logrando así el objetivo de acercar la justicia a los justiciables

Este cometido resulta tanto más necesario cuando se repara que el contenido acentuadamente subjetivo del juicio de valoración de la conducta arrastra el cierto riesgo de afectar de modo sustancial la garantía de un debido proceso

* Alumno de la Carrera de Abogacía de la Universidad Católica de Santa Fe- Sede Posadas
Email: juanmal33@hotmail.com, juanmanuellezcano@gmail.com

legal, en la medida que se pretenda aprehender fuera de contexto comportamientos susceptibles de evaluación probatoria y/o atribuibles apriorísticamente -en su caso- una eficacia insuficiente por sí para sellar la suerte del debate.

Sobre estas bases se intentará delinear aquí la incidencia e importancia de la imparcialidad judicial, así como también las conductas que pueden constituirse en objeto de la valoración y los efectos que de aquéllas sea dable deducir para la formación de la convicción judicial como así también la importancia de su estudio.

Esto último está íntimamente relacionado con los principios del derecho procesal al decir de Alvarado Velloso, *“Para comprender el planteo del tema, lo primero que cabe hacer es recordar qué se entiende por principios procesales: se trata, simplemente, de puntos 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 el legislador procesal desea es regular un medio pacífico de debate dialéctico entre dos antagonistas en pie de igualdad ante un tercero que heterocompondrá el litigi, 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 he consignado precedentemente– son sólo dos: la igualdad de las partes litigantes y la imparcialidad del juzgador¹.”

¹ ALVARADO VELLOSO, A. *“Imparcialidad Judicial”*. En línea http://www.eldial.com/publicador/doctrina/doctrina.asp?archivo=DCB96.html&pie=DCB96&titulo=La%20imparcialidad%20judicial#_ftn3

II. La prueba judicial y la convicción del magistrado

Destacaba Capograssi en un memorable estudio, la "doble magia" que opera en el proceso, que por un lado el "hacer revivir lo que ya no vive, lo que está ahora gastado", y por el otro de "hacerlo revivir en la conciencia y en el juicio de alguien que estuvo totalmente ausente y fue extraño a la experiencia que debe resurgir"².

Aparece como consecuencia de dicho fenómeno, la carga de reproducir o recrear para el proceso los hechos que guardan relevancia para la justa composición del conflicto, mecanismo que habitualmente se constata mediante otros que los representan o sirven al menos como vehículo para presumir su existencia, toda vez que el juez los desconoce por obra de las circunstancias, o debe tenerlos por desconocidos por mandato de la ley³, y en garantía de la legalidad e imparcialidad de la decisión.

Se revela aquí el extraordinario papel que desempeña la prueba en el proceso, que de manera alguna se agota en la simple fijación sensible de los hechos, sino que ingresa propiamente en la subjetividad del sujeto al cual aquélla va dirigida, pues tiende a desplazar consigo mismo una cierta medida de persuasión, en grado de intensidad más o menos variable para generar una razonada y práctica convicción respecto de la existencia probabilística de los hechos afirmados, o si se prefiere de las afirmaciones .

² SPINELLI, "*Las pruebas civiles*", p. 9, Ed. Ejea.Bs.As.1985

³ Sobre la prohibición de que el juez apele a su "saber privado", puede consultarse a STEIN, "*Das private Wissen des Richters*", traducida al castellano por Andrés de la Oliva Santos, y publicada por la Universidad de Navarra (España), ídem, SENTIS MELENDO, "La prueba", p. 230, Ed. Ejea.; ibídem. SPINELLI, ob. cit. ps. 33 y 39. Como dato curioso puede señalarse que el Código Procesal para el Estado de Louisiana (EEUU), con el propósito de preservar la imparcialidad del juez, también previene como causal de recusación, el hecho de que aquél hubiere sido testigo material de los hechos que interesan a la litis (art. 151).

De allí que entonces se ubique como finalidad de la actividad probatoria, la de "formar el convencimiento del juez acerca de la existencia o no existencia de hechos de importancia en el proceso"⁴, con total indiferencia en cuanto a que su resultado pueda ser entendido como verdadero -según leyes jurídicas o según la realidad o meramente como probable o verosímil, habida cuenta en cualquier caso, un hecho incluso absolutamente verdadero si se quiere, no es tal con abstracción del sujeto cognoscente, ya que como bien observa Hessen , "el conocimiento es por esencia una relación entre un sujeto y un objeto".

Es decir que la prueba es un "medio de contralor de las proposiciones que los litigantes formulan en el juicio"⁵, enderezada a producir la convicción del juez en la concreta extensión y modalidad que el ordenamiento autorice o disponga.

Ahora bien, las "razones por las cuales el juez obtiene su convencimiento y saca la conclusión"⁶ también se encuentran comprendidas dentro de la materia probatoria, pues ésta no se limita a acercar al proceso las fuentes, sino que principalmente la cualidad "que de ellas deriva, bajo la acción de la regla de experiencia"⁷ que viene a configurar lo que Carnelutti ha dado en llamar el argumento de prueba, para estimar "la existencia o la inexistencia del hecho a probar"⁸.

De ello se colige que es prueba el testimonio, el documento, el indicio así como el argumento, que "no es algo que exista objetivamente, en el hecho o fuera de

⁴ CHIOVENDA, "*Principios de derecho procesal civil*" t. 2, p. 296. Ed. Reus.Bs.As.1964: COUTURE, "*Fundamentos de derecho procesal civil*" pp. 100/1, Ed. Aniceto López, 1942.

⁵ LESSONA, "*Teoría General de la prueba en derecho civil*", t. 1, pp 6/7, Ed. Reus.Bs.As.; ALSINA., ob. cit., t. 3, p. 224;

⁶ DEVIS ECHANDIA, "Teoría General de la Prueba Judicial", t.I, 1974, P. 273.Bs.As.

⁷ señala CARNELUTTI, "*La prueba civil*", Ed. Depalma, 1970"El resultado de la búsqueda jurídicamente limitada o regulada no es pues la verdad material o, como diríamos mediante una eficaz redundancia, la verdad verdadera, sino una verdad convencional (...) que se denomina (...) formal (...) o judicial, porque se la busca mediante leyes jurídicas y no solo mediante leyes lógicas, y únicamente en virtud de esas leyes jurídicas reemplaza a la verdad material" (p. 21).

⁸CARNELUTTI, Ob. cit., p. 195

él, sino que expresa la reasunción de éste (...) en la regla de experiencia a fin de extraer su deducción”⁹.

Es que el concepto de prueba judicial incluye tanto la fuente (las personas y las cosas en sentido amplio), el medio a través del cual se la introduce o incorpora para el proceso (la inspección judicial, la declaración de los testigos, la absolución de posiciones, el libre interrogatorio, etc.) como el argumento que de aquellas se extrae , cuya eficacia se examinará a contraluz de las reglas de la "sana crítica" y en su conjunto, pues bien puede ocurrir -y de hecho suceder- que la conclusión aislada de un solo medio probatorio se vea empero contradicha por la restante prueba arrimada a los autos.

III. El comportamiento procesal de las partes como prueba

a) La conducta como indicio

La conducta observada por las partes durante la tramitación del proceso ha tenido desde bastante tiempo atrás una marcada aunque limitada gravitación, en cuanto concreto antecedente apto para la fundamentación de las sentencias, particularmente dentro del campo de las acciones de reclamación de filiación, incluso en ausencia de toda previsión normativa a su respecto.

Enfocado el problema desde una óptica predominantemente teórica, la doctrina tanto nacional como extranjera se encuentra dividida entre aquellos que le reconocen virtualidad probatoria stricto sensu, mientras que para otros, inversamente, el comportamiento procesal de las partes sólo puede revestir el carácter de fuente de convicción o elemento de convencimiento o medio de conocimiento, sin tener por ello, claro está, la naturaleza de una verdadera

⁹ CARNELUTTI, Ob. cit., p. 195

prueba judicial.

Entre estos últimos afirma Spinelli que *“no todo objeto que el juez valora es prueba, cuando faltan las huellas materiales o espirituales. No es prueba, por ejemplo el comportamiento procesal de las partes, la falta de respuesta del interrogado, la negativa injustificada de la parte a permitir la inspección ordenada por el juez, etc., acciones y comportamientos positivos y negativos que el juez tiene facultad de valorar para sacar de ellos, como dice la ley procesal civil, "argumentos de prueba", de donde resulta claramente que el término pruebas es usado impropiaemente para significar que el juez puede fundar la constatación de uno o más hechos en elementos que no son pruebas”*¹⁰.

Agrega este distinguido autor, que dichas circunstancias pueden servir empero -si mal no lo hemos entendido- de elementos de convencimiento para la constatación de los hechos, en la misma forma que dicho resultado es obtenido como consecuencia de “la falta, de impugnación del hecho afirmado, la admisión del mismo, la notoriedad”¹¹, sin que en absoluto aquéllas adquieran la calidad de presunción simple, judicial o libre, pues faltaría aquí “el hecho desconocido como punto de llegada”¹² que la caracteriza, aunque de todos modos, para esta peculiar concepción la presunción al igual que la llamada prueba directa al decir de Couture, paradójicamente no sería prueba en sentido estricto.

Por nuestra parte, entendemos que las razones esgrimidas en favor de la tesis en cuestión, no consultan la realidad del proceso en la experiencia judicial, a la

¹⁰ SPINELLI, ob. cit, p.57

¹¹ Idem.ob. cit. p. 53

¹² Idem.ob. cit. p. 85.

vez que pecan además de una suerte de confusión conceptual en algunos de los razonamientos que se deslizan en su apoyo.

En primer término, no es rigurosamente exacto, por decirlo de algún modo, que la admisión, la no impugnación o la notoriedad sean elementos de convencimiento o de constatación de los hechos, por cuanto en rigor de un hecho no controvertido no necesita de ordinario (salvo en ciertas materias de orden público) de comprobación judicial alguna, no precisa constatarse, habida cuenta que conforme lo apunta Carnelutti *“la afirmación de las partes vincula al juez en cuanto a la posición del hecho: de un lado, porque no puede poner una situación que no haya sido afirmada por una (cuando menos) de las partes y, de otro, porque no puede dejar de poner (omitir) una situación de hecho que haya sido afirmada por todas las partes”*¹³.

Vale decir, que “los hechos afirmados concordemente tienen que ser puestos”¹⁴, del mismo modo que los notorios, toda vez que el juez “en lugar de tener que ajustarse estrictamente a la realidad ha de acomodarse a las afirmaciones de las partes”¹⁵, que en tales condiciones no requieren de prueba o de eufemístico equivalente procesal.

En segundo lugar, nos parece hartamente forzada la distinción que se sugiere, entre pruebas y elementos de convencimiento, que no serían prueba a pesar de que curiosamente tienen idéntico propósito, y “se comportan estrictamente como los medios de prueba”¹⁶, al punto que entre nosotros Peyrano se ve forzado a admitir que el juez puede fundar la sentencia “en las conductas que hayan

¹³ FENOCHIETTO-ARAZI, “Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, comentado y concordado”, t. 2, p.9, Ed. Astrea.Ba.As.1998

¹⁴ Idem.

¹⁵ Idem.

¹⁶ CARNELUTTI, Ob. cit. p. 58

guardado las partes”, sea que se trate de “prueba presuncional” o de “fuente de convicción”, pues en ambas hipótesis “las conductas van a ser ponderadas cuando se someta el material de decisión a la luz de las reglas de la sana crítica”¹⁷.

Obsérvese por otra parte, que en purismo para Spinelli la prueba directa vendría a ser un elemento de convencimiento no por su intrínseca naturaleza o finalidad, sino que mayormente en vista de la calidad del sujeto que interviene y de la función perceptiva que el mismo despliega inmediatamente para el conocimiento del hecho. Así entonces no sería prueba la verificación judicial de la existencia de ruidos molestos, o del parecido del menor con el invocado padre, en tanto se tratara de los oídos y ojos del órgano jurisdiccional, y no de los de un tercero que mediatamente los reprodujera para aquél.

Por último, en lo que interesa a este estudio se nos ocurre que la postura de Spinelli parte de una premisa principalmente equivocada en lo que atañe a la exclusión del comportamiento procesal de las partes como fuente de presunción, esto es, como indicio del cual puede argumentarse bajo ciertas condiciones un hecho o una serie de hechos diversos de aquél con efectos directamente probatorios.

Así por ejemplo, si en un juicio de filiación el demandado se rehusara a prestarse a la prueba hematológica, tal comportamiento autorizaría a argumentar la compatibilidad sanguínea en cuestión, extremo que sumado a las restantes pruebas, habilitaría a estimar la paternidad invocada en la medida que el juez hubiere formado su convicción respecto al vínculo biológico. Adviértase aquí, que la experiencia enseña que por lo general no se rehuye la

¹⁷CARNELUTTI. Ob.cit.p59

extracción de sangre sino por el fundado temor que inspira un descontento desfavorable o al menos incierto resultado, pues aparece como asaz inverosímil que quien se sepa por completo ajeno al hecho, se abstenga de someterse a la prueba por consideraciones que hacen a una minúscula e indolora punción, que ha pasado a ser una cosa habitual para la realización de numerosos actos de la vida en relación.

De la misma manera entendemos que el silencio opuesto a una interrogación formulada en los términos del art. 415 del Cód. Procesal de la Nación¹⁸, bien puede tomarse como un indicio, así si preguntado el demandado en el sentido de si es cierto que la madre del menor no mantuvo relaciones sexuales con terceros durante el tiempo legal de la concepción, aquél se rehusara contestar o lo hiciera de una forma evasiva, hipótesis en la cual estamos convencidos que podría asignársele a tal conducta la virtualidad de una respuesta afirmativa. Es que el curso ordinario de la vida, normalmente nos demuestra que no se retacea una respuesta a la pregunta que encierra la afirmación de un hecho falso antes bien, lo lógico es que se la niegue categóricamente aunque sí ello suele suceder cuando inversamente se lo conceptúa como cierto, sin duda que inducido por el peligro de traicionarse cuando de lo que se trata ya no es de mentir callando o a través del cómodo expediente de los escritos judiciales, sino que frente a la mirada inquisidora del juez y el adversario.

Así sostiene Calamandrei que la parte “no tiene siquiera la obligación jurídica de responder o de mantener ante el juez una conducta que parezca inspirada en colaboración o sumisión. Pero sin embargo, aunque no confiese, el modo

¹⁸ En coincidencia con el art. 415 del Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Misiones. Conf. Russo, J.C, “*C.P.C.C.M Comentado y anotado*”. No estamos de acuerdo con el comentario que el autor citado realiza al art. En su obra para el solo como base la contestaciones absolvente.

con que evita confesar puede tener su importancia probatoria: la ausencia, el silencio, el comportamiento perplejo o negativo de la parte, puede en ciertos casos ser considerado por el juez (...) como un argumento de prueba contra él”¹⁹.

Coincidentemente afirma Cappelletti, que “el Código de procedimiento civil, acogiendo una concepción ya precedentemente impuesta en nuestra jurisprudencia y en varios ordenamientos extranjeros, ha previsto expresamente la posibilidad de que el comportamiento de las partes en el proceso pueda asumir un valor probatorio, y precisamente, como por lo general se especifica, un valor indiciario”²⁰, que atinadamente lo ha llevado a equiparar los “argumentos de prueba” del art. 116 de dicho Código, con las “presunciones simples” contempladas en el art. 2729 del Código Civil Italiano. .

b) La conducta en la legislación procesal civil nacional

A partir de la sanción de la ley 22.434, el art. 163 inc. 5º, 3ª parte, del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación dispone que “la conducta observada por las partes durante la sustanciación del proceso podrá constituir un elemento de convicción corroborante de las pruebas, para juzgar la procedencia de las respectivas pretensiones”.

Pues bien, ¿significa esto que el comportamiento procesal es meramente un elemento de convencimiento en el sentido antes expuesto -como a simple vista una interpretación rigurosamente exegética parecería indicarnos-, o cabe por el

¹⁹ CALAMANDREI. "Derecho procesal civil", t. 3, p. 288, Ed. Ejea.Bs.As.

²⁰ Así se lee en el fallo publicado por la Rev. LA LEY, t. 1983, A p. 272), en el que refiriéndose a la conducta procesal del demandado se señala que "este cúmulo de elementos probatorios (el subrayado es nuestro), unidos a las presunciones numerosas, graves, precisas y concordantes, fundadas en hechos reales y probados, producen a mi entender suficiente convicción (...) a favor de la procedencia de la filiación paterna objeto de la presente demanda". Ello igualmente se colige de la inteligencia de la ley, vgr. de la negativa a presentar un documento en poder de la contraria (art. 388, Cód. Procesal de la Nación.) de la rebeldía (art. 60, 3ª parte, Cód. Procesal), etcétera

contrario, que a aquélla se le asigne el carácter de fuente de prueba indiciaria?

Por de pronto somos de la idea que el término “elemento de convicción” es empleado aquí sustancialmente como “elemento de prueba”²¹, extremo que a nuestro juicio se ve corroborado por la ubicación del dispositivo dentro del capítulo dedicado a la fundamentación de las sentencias (inc. 1º) y a las presunciones judiciales, libres u hominis (inc. 2) -que constituyen prueba para el legislador -; que a contrario sensu habría debido incluirse aliado de las previsiones contenidas en el art. 386 del Cód. Procesal, en tanto la conducta procesal fuera apreciada simplemente como pauta para la valoración de las pruebas y no como prueba en sí misma, vale decir, como regla lógico-experimental del denominado sistema de la sana crítica.

En este orden de ideas enseña Devis Echandía, que la prueba indiciaria, como otra cualquiera, puede desempeñar dos funciones en el proceso: darle al juez por sí sola la convicción plena sobre los hechos o contribuir a ese resultado en concordancia con otras pruebas.

Por otra parte, en lo tocante a la concreta selección de los hechos como indicios propiamente dichos, entendemos que no todas las conductas procesales de las partes podrán adquirir la calidad de fuente de la prueba y subsecuente objeto de valoración, sino que excluyentemente valdrán como tales, aquellas actitudes objetivas, positivas u omisivas, de las que lógicamente pueda inferirse la existencia o inexistencia de los hechos principales y secundarios aducidos en la litis -de acuerdo a normas de experiencia común o técnica del magistrado- en grado que genere una cierta convicción referida en términos de probabilidad.

²¹ LA LEY, t. 1983, A p. 272

Así por ejemplo, conceptuamos como indicios aquellos comportamientos procesales encaminados, mediata o inmediatamente, a suprimir, entorpecer o alterar la visión del juez en el camino de formar su convicción, sea mediante la propia prueba o la del contrario.

Inversamente, el uso de expresiones impropias o notoriamente ofensivas para la parte contraria o su letrado, carecerá a nuestro juicio de toda relevancia probatoria, pues no se advierte ningún nexo que permita entrelazar dicha conducta con los hechos materia de la prueba, al menos sin forzar peligrosamente el concepto.

Para nosotros además no es prueba la conducta que aunque vinculada con la misma, constituye o representa, sin embargo, el legítimo ejercicio de un derecho o facultad de orden probatorio, así la oposición a la producción de una prueba ilícitamente obtenida u ordenada, postura controvertida en ciertas situaciones, particularmente en la doctrina y jurisprudencia italiana.

Para concluir queremos señalar que la aplicación de eventuales correcciones disciplinarias o incluso punitivas, no es óbice a nuestro entender, para que de tales comportamientos se extraigan presunciones en contra del sujeto, pues esta última consecuencia no reviste al carácter de sanción de modo alguno y siempre cuando la valoración del juez sea objetiva logrando la imparcialidad judicial.

IV. El juez y la prueba

Límites del juez ²²para verificar los hechos alegados por las partes.

²²VER. ALVARADO VELLOSO, A "EL GARANTISMO PROCESAL". Conferencia pronunciada en el I Congreso nacional de Derecho Procesal Garantista, Azul, 4 y 5 de Noviembre de 1999.: "Los jueces comprometidos con la verdadera justicia, nos llegan hasta hoy. y no me dirán ustedes que les ha ido bien, se nos está cayendo a pedazos la vida judicial argentina, se nos está cayendo a pedazos el sistema

Uno de los dogmas más caros al principio dispositivo es que el juez no puede investigar la existencia de hechos no afirmados por las partes. Las facultades del juez para esclarecer los hechos tienen una doble limitación: le está vedada, como ya dije, la posibilidad de investigar hechos no alegados y tampoco puede verificar la existencia de hechos expresamente admitidos por la parte contraria (con excepción de los llamados procesos civiles "penalizados" donde el interés público hace que se amplíen las facultades judiciales²³).

jurídico argentino porque los jueces "son jueces viriles, tienen que salir a hacer justicia", una mezcla rara entre Robin Hood, Sherlock Holmes y (...)sacarles la espada y arremeter contra las injusticias. Y si nos está cayendo a pedazos el sistema, con la espada, con el sombrero de Robin Hood, con la capa de Sherlock Holmes y con los deseos del buen juez (...).En los últimos años la juricidad argentina se ha dado cuenta de que esto se termina y no sabemos salir de acá; no se trata de duplicar los juzgados, no se trata de poner computadoras, ni de duplicar las penas. Se trata de que entendamos que el sistema ano va más hacer un buen diagnóstico de lo que nos está pasando y recién decir que remedio le ponemos, porque si el diagnóstico es una simple influenza puede ser una aspirina o paños fríos, pero si tengo una severa infección habrá que poner algún antibiótico importante."

²³ VER. Código Civil Argentino:Art.1101 Si la acción criminal hubiere precedido a la acción civil, o fuere intentada pendiente ésta, no habrá condenación en el juicio civil antes de la condenación del acusado en el juicio criminal, con excepción de los casos siguientes:1 - Si hubiere fallecido el acusado antes de ser juzgada la acción criminal, en cuyo caso la acción civil puede ser intentada o continuada contra los respectivos herederos;2 - En caso de ausencia del acusado, en que la acción criminal no puede ser intentada o continuada. Bibliografía especial:PERALTA REYES, Víctor M., Efectos de la cosa juzgada penal sobre el juicio civil. El supuesto de sentencia penal absolutoria, LA LEY 29/03/2005, 1, BENAVENTE, María I., Dos problemas recurrentes: la prejudicialidad y la responsabilidad del principal por el hecho del dependiente, JA 2003-IV-277, Comentario a: C. Civ. y Com. Morón, sala 2ª, 20/2/2003 - Jollada, Oscar N. v. Rithner, Heriberto A.

Orden público:Si la sentencia fue dictada hallándose pendiente el proceso penal y se fundó en el auto de prisión preventiva recaído en esa sede debe declararse la nulidad del pronunciamiento a fin de no lesionar el art. 1101 del Cód. Civil, norma cuyo carácter es de orden público. (CCCFed, sala III, 06/02/2003, LA LEY 2003-D, 677)

Excepciones: Dentro de los supuestos contemplados por la norma, encontramos que se configura la excepción prevista en el art. 1101, inc. 2º, del Cód. Civil en el caso en que el demandado en el juicio civil ha sido declarado rebelde en el proceso penal, pues si bien su ausencia conduce a la paralización del proceso penal porque el art. 18 de la Constitución Nacional asegura el derecho a ser oído, no resulta equitativo que el damnificado o bien un tercero vean postergados sus derechos por una circunstancia que, normalmente, es imputable al propio responsable. (CApel Trab, sala III, 05/03/2003, DJ 2003-2, 544), (CNCiv, sala E, 20/12/2002, DJ 2003-1, 745)

Existen otros supuestos relacionados con la dilación injustificada del proceso penal. Así, se ha afirmado que teniendo en cuenta el exceso de tiempo transcurrido desde el siniestro y la dilación en el trámite de la causa penal, que se encuentra paralizada sin siquiera haberse agotado la investigación fiscal, no obstante lo dispuesto por el art. 1101 del CCiv., corresponde el dictado del pronunciamiento en sede civil sin esperar al dictado de la sentencia penal. (C. Civ. y Com. Tucumán, sala 1ª, 12/02/2004 - Jaime, Mario E. v. Naidicz, Leonardo.) Lexis Nº 1/70011701-2), (CCCLab y de Paz Letrada Curuzú Cuatiá, 27/10/2004, LLLitoral 2005, 355)

Juicios ejecutivos: Si bien es cierto que como principio, no resulta aplicable al proceso ejecutivo el instituto de prejudicialidad previsto por el art. 1101 CCiv., en función que el pronunciamiento de aquel proceso sólo imprime efecto de cosa juzgada formal a la cuestión, no es menos cierto que una causa penal que ha obtenido un pronunciamiento firme en instancia de juicio oral, con un conocimiento pleno de los hechos, prueba y debate, con la intervención no sólo del fiscal, sino de la ejecutante en carácter de querellante, resulta un elemento cuya solidez y contundencia no puede ser soslayado en la sede ordinaria.(CNCom, sala D, 15/12/2004, Lexis Nº 1/1004943), (TSJ Córdoba, sala civil y comercial, 28/09/2001, LLC 2002, 296)

Situaciones especiales: Resulta inaplicable la norma contenida en el artículo 1101 del C.Civil ya que tratándose de la acción de despojo, la resolución dictada en la mencionada acción sólo hace cosa juzgada formal y no material, quedándole a la parte demandada el juicio posterior sobre acciones posesorias o reales tomando, por ende, imposible el dictado de sentencias contradictorias.

(CCrimyCorrCivCom, Familia y Trab Laboulaye, 03/12/2002, LLC 2003, 988)

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala I o 08/06/2004 o Rodríguez, Raúl c. Benítez Sabino y otros o DJ 12/01/2004, 74

Aún cuando el codemandado por un accidente de tránsito fue beneficiado con el instituto de la probation, la víctima puede continuar el proceso civil de daños y perjuicios por el cual persigue su resarcimiento, pues no subsiste en el caso la regla de prejudicialidad del art. 1101 del Cód. Civil debido a que el beneficio otorgado al imputado no puede perjudicarla.

Art.1102 Después de la condenación del acusado en el juicio criminal, no se podrá contestar en el juicio civil la existencia del hecho principal que constituya el delito, ni impugnar la culpa del condenado.

Bibliografía especial:PERALTA REYES, Víctor M., Efectos de la cosa juzgada penal sobre el juicio civil. El supuesto de sentencia penal absolutoria, LA LEY 29/03/2005, 1

Principios: En función de lo estatuido por el art. 1102 Cód. Civil, no puede reeditarse en el proceso civil el debate sobre la culpabilidad del imputado condenado en sede penal, pero tal limitación se circunscribe sólo a ello, ya que en modo alguno veda el abordaje de la responsabilidad de los demás partícipes del hecho. (TS Neuquen, 07/08/2003, LLPatagonia 2004, 511), (CNCiv, sala H, 04/04/2003, DJ 07/04/2004, 889),

La sentencia condenatoria en lo penal hace cosa juzgada en lo que respecta a la existencia del hecho principal constitutivo del delito y la culpa del imputado, de acuerdo a lo previsto por el art. 1102 del Cód. Civil.(C Apel Río Grande, sala Civil, Comercial y del Trabajo, 14/03/2005, o Y., I. C. c. Provincia de Tierra del Fuego A.I.A.S. o La Ley Online)

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala H o 03/09/2004 o Cutuli, Carlos A. c. Babington, Carlos A. o RCyS 2005-II, 93

Cuando se pretende una reparación por injurias -en el caso, vertidas por el director técnico de un club de fútbol contra un periodista deportivo-, lo decidido en la causa penal no constituye una cuestión prejudicial en los términos del art. 1102 del Cód. Civil, pues al tratarse de un delito de acción privada, nada impide que se obvie la querrela criminal y se proceda a solicitar la reparación en sede civil.

Concurrencia de culpas:

Respecto de la influencia de la sentencia penal en relación a la prueba, en sede civil sólo se podrá acreditar que medió culpa concurrente con el damnificado (en el caso, un accidente de tránsito) y no probó dicha circunstancia, pues la existencia del hecho principal y la culpa del demandado que fue condenado como autor responsable del delito de lesiones culposas por el juez penal no puede discutirse en el fuero civil-art. 1102, Cód. Civil-. (Juzg 1a Civil de Zapala, 05/12/2003, LLPatagonia 2004, 239)

Mediando sentencia condenatoria en sede penal, no puede discutirse en el proceso civil -art. 1102, Cód. Civil- ni la existencia del hecho principal ni impugnarse la culpa del condenado, lo que no obsta examinar la eventual concurrencias de culpas de la víctima o de un tercero. Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Azul, sala II o 09/11/2000 o Lecuona, Hugo A. c. Oroná, Eriberto G. y otros y Recci, Iris P. y otra c. Oroná, Eriberto G. y otros o LLBA 2001, 1223

Extensión del alcance del 1102. Materia laboral:Es procedente el recurso de inaplicabilidad de ley por violación de los arts.1102 y 1103 del Cód. Civil, en tanto las razones aducidas para justificar el despido del trabajador se apoyan en hechos que se tuvieron por no acreditados en la sentencia penal firme -en el caso, pérdida de confianza porque el trabajador descargó por su cuenta parte de la mercadería que transportaba-, pues en dicha situación opera la prejudicialidad prevista en las normas citadas. Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires o 28/11/2001 o Perú, Pedro H. c. Vadillo, Pedro A. y otro (L. 76.663) o LLBA 2002, 794

Art.1103 Después de la absolución del acusado, no se podrá tampoco alegar en el juicio civil la existencia del hecho principal sobre el cual hubiese recaído la absolución.

Principios:El art. 1103 del Cód. Civil es una norma de orden público, por lo que el juez debe aplicarla de oficio. (CCC y Lab Rafaela, 26/06/2002, LLLitoral 2003, 370)

Aun en los supuestos en que los preceptos de los arts. 1102 y 1103 no son aplicables, las conclusiones alcanzadas en la jurisdicción criminal, en los términos de los artículos citados, no son discutibles en la causa civil sobre la base de los mismos elementos de juicio contemplados en el proceso penal (CNCiv, sala H, 04/04/2003, DJ 2004-1, 889)

Interpretación: Siendo la culpa penal distinta de la civil, sólo el supuesto contemplado en el art. 1103 del Cód. Civil tiene entidad suficiente para excluir por completo el hecho generador de responsabilidad civil, máxime cuando la absolución reconoce como único fundamento el no aparecer suficientemente justificada la responsabilidad criminal del procesado a la luz del tipo legal vigente (del voto del doctor Porthé). (C1a CC San Nicolás, 12/07/2001, LLBA 2002, 560)

Aún cuando la inexistencia del hecho declarada en sede penal haya derivado del principio de la duda, la sentencia dictada tiene el alcance dispuesto por el art. 1103 del cód. civil, toda vez que desde el punto de vista jurídico procesal un hecho existe o no según se lo haya acreditado, sin importar que dicha conclusión sea el resultado de la carencia de prueba, su insuficiencia o la duda que su valoración haya suscitado en el juzgador, y por otra parte si bien un hecho declarado existente en sede penal que no

Limitados en la forma expuesta los poderes del juez, cabe, todavía, establecer los alcances de dichos poderes. El Código Procesal Civil y Comercial de la Nación faculta al juez para ordenar las diligencias necesarias a fin de esclarecer la verdad de los hechos controvertidos (art. 36, inc. 2º), siempre que se respete el derecho de defensa (disposición citada) y que se mantenga la igualdad de las partes en el proceso (art. 34, inc. 5º, ap. a).

Además de la norma general antes mencionada, el mismo Código contiene varias disposiciones complementarias: puede el juez disponer la comparecencia de los litigantes a fin de requerirles las explicaciones que

constituye delito puede ser considerado ilícito por el juez civil dentro de su competencia, resulta imposible declarar la existencia de un hecho si tal hecho fue tenido por inexistente en sentencia penal firme. (SCBA, 22/06/2001, ED 197, 505)

Absolución: La absolución del acusado que contempla el art. 1103 del Cód. Civil es todo pronunciamiento penal firme que clausure toda posibilidad futura de que se lo acuse por el mismo delito en razón de no haber existido el hecho principal sobre el cual recayó la absolución o no haber sido el autor del hecho, condición que únicamente detentan la sentencia de sobreseimiento o la de absolución en el plenario. (CCC, Trab y Flia Villa Dolores, 22/05/2002, LLC 2002, 1348)

Alcance del término "hecho principal"

A los efectos previstos en el art. 1103 del Cód. Civil se entiende por hecho principal aquél que se refiere, exclusivamente, a la existencia o inexistencia de los elementos esenciales que tipifican el delito que se imputa al demandado, no correspondiendo al juez penal ir más allá de lo necesario para decidir si el hecho atribuido al acusado existe, si el inculpado es el autor y si ese hecho le es imputable según la ley penal. (SC Mendoza, sala I, 24/07/2001, LLGran Cuyo 2001, 834)

Así, se ha dicho que debía rechazarse la acción por daños y perjuicios incoada contra el conductor del vehículo embistente, si la justicia penal determinó la inexistencia de relación causal entre el accidente de tránsito y la muerte de la víctima ya que conforme al art. 1103 del Cód. Civil la absolución del demandado impide alegar en un juicio civil la existencia del hecho principal sobre el cual ha recaído tal absolución. (SCBA, 16/09/2003, RCyS 2004-V, 91 - LLBA 2004, 620), (CNCiv., sala M, 31/10/2003, JA 2004-I-72.)

Toda vez que las normas civiles dan una dimensión diversa a la penal respecto a los daños causados con las cosas y parten de una presunción de responsabilidad del autor derivada del riesgo de aquéllas, sólo la sentencia penal absolutoria que se funde en la inexistencia del hecho impide discutir en sede civil la obligación resarcitoria -art. 1103, Cód. Civil-, pero no si la absolución se basa en la ausencia de otros requisitos necesarios para atribuir las consecuencias penales al autor del mismo. (CCC Resistencia, sala IV, 05/06/2002, LLLitoral 2003, 295), (CCom, sala E, 04/11/2003, LA LEY 02/04/2004, 7)

Sobreseimiento: Acerca del sobreseimiento definitivo dictado en sede penal se ha dicho que resulta imposible otorgarle autoridad de cosa juzgada en la pretensión resarcitoria civil, toda vez que no corresponde equiparar el sobreseimiento a la absolución requerida en el art. 1103 del Cód. Civil, y por ende tal pronunciamiento penal no acota la actuación del juez civil en cuanto a la apreciación de la mecánica del accidente, ni a las eventuales responsabilidades civiles emergentes del mismo. (CCC y Minería Viedma, 19/06/2003, LLPatagonia 2004, 170, con nota de Claudio M. Requena)

Art. 1104 Si la acción criminal dependiese de cuestiones prejudiciales cuya decisión compete exclusivamente al juicio civil, no habrá condenación en el juicio criminal, antes que la sentencia civil hubiere pasado en cosa juzgada. Las cuestiones prejudiciales serán únicamente las siguientes:

- 1 - Las que versaren sobre la validez o nulidad de los matrimonios;
- 2 - Las que versaren sobre la calificación de las quiebras de los comerciantes.

Art. 1105 Con excepción de los dos casos anteriores, o de otros que sean exceptuados expresamente, la sentencia del juicio civil sobre el hecho no influirá en el juicio criminal, ni impedirá ninguna acción criminal posterior, intentada sobre el mismo hecho, o sobre otro que con él tenga relación.

Art. 1106 Cualquiera que sea la sentencia posterior sobre la acción criminal, la sentencia anterior dada en el juicio civil pasada en cosa juzgada, conservará todos sus efectos.

estime necesarias (art. 36, inc. 4º); decidir en cualquier momento la comparecencia de los peritos y de los testigos para interrogarlos acerca de todo aquello que creyere necesario (inc. 5º); mandar que se agreguen documentos existentes en poder de los litigantes (inc. 6º); ordenar medios de prueba no ofrecidos (art. 378); interrogar libremente a las partes (art. 415) y pedirles las explicaciones que estime necesarias (art. 438); citar de oficio a los testigos mencionados en los escritos de constitución del proceso y ordenar que sean examinados nuevamente los ya interrogados, para proceder al careo o aclarar sus declaraciones (art. 452); ordenar la ejecución de planos, relevamientos, reproducciones fotográficas o de otra especie, de objetos, documentos o lugares; mandar que se realicen exámenes científicos para el mejor esclarecimiento de los hechos controvertidos; disponer la reconstrucción de hechos para comprobar si se han producido o pudieron realizarse de una manera determinada (art. 473); solicitar informes a academias, corporaciones, institutos y entidades públicas o privadas (art. 477); ordenar el reconocimiento judicial de lugares o de cosas (art. 479).

La interpretación restrictiva que se le ha dado a los poderes indicados ha tornado poco frecuente su aplicación. Se viene repitiendo que el juez no puede suplir el error, la omisión ni la inactividad de las partes. En realidad, el juez debe actuar de oficio cuando las partes no han cumplido eficientemente con la carga de probar los hechos afirmados; de lo contrario la actividad del juez sería innecesaria.

En otra oportunidad se han sostenido posiciones algo diferente a la que voy a proponer ahora²⁴. Sin embargo, una nueva reflexión sobre el tema y.

²⁴ *La Prueba en el Proceso Civil*. Ed. Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, Buenos Aires 1976.

principalmente, la experiencia adquirida desde entonces a través de los casos judiciales, me obliga a este cambio de opinión.

Considero que la negligencia o la inactividad de las partes no constituyen un escollo insalvable para que el juez ejercite sus potestades tendientes a esclarecer la verdad de los hechos controvertidos. Es más, creo que estos poderes, como todos lo que otorga la ley a la jurisdicción, constituyen verdaderos deberes que el juez está constreñido a realizar, independiente de la rogación de las partes, tal como nos enseñara el doctor Clemente A. Díaz²⁵.

Sentís Melendo nos indica entre los peligros más naturales y frecuentes que presentan los poderes del juez en esta materia, el no ejercicio de ellos; un magistrado puede pasarse la vida sin hacer uso de los poderes que la ley ha puesto en sus manos, y que los ha puesto para que se ejerciten²⁶. Esclarez se pronuncia en términos parecidos: no hay que temer a las facultades otorgadas a los jueces en materia probatoria; la ley 50 , dictada en el año 1863, otorgaba facultades más amplias que las que, 90 años después, confirió la ley 14.237 y desde 1863 hasta ahora nunca se han tenido noticias de que los jueces hayan incurrido en arbitrariedad por exceso de dichas facultades; al contrario el peligro está en que el juez, por exceso de trabajo o por indiferencia, no haga uso de esas facultades cuando la situación del pleito así lo exige. Las partes siguen siendo dueñas de los hechos, con la carga de su respectiva prueba, pero el juez se reserva el derecho de investigar esos hechos a fin de que la verdad legal que surge del expediente y la verdad real que surge de los

²⁵ CLEMENTE A. DIAZ. "*Instituciones de Derecho Procesal*", t. I, p. 242 Ed. Abeledo-Perrot, Bs As, 1968.

²⁶ SENTIS MELENDO. "*La Prueba. Los grandes temas del Derecho Probatorio*", Ed. Ejea., Bs. As., 1978, p. 208.

hechos, sea una sola²⁷.

La negligencia o la inactividad de quienes patrocinan a las partes en un proceso determinado, no puede obligar al juez. Señala Cappelletti que el instituto del interrogatorio “ad clarificandum”, de antiguo origen, ha tendido siempre a manifestar una finalidad asistencial, equitativa, supletoria: en él se ha concentrado siempre aquel “officium iudiciale”, ejercitable “ubicumque hos aequitas suadebit” (donde la equidad aconsejare a éstos), especialmente en defecto de una adecuada defensa, en aplicación de la idea de que “iude potest supplere defectum advocatorum” (el juez puede suplir la falta de los abogados). “Se requiere realizar un proceso inspirado en el criterio de igualdad sustancial y no solamente formal de las partes, así como en el criterio de obtener una sustancial justicia, no paralizada por los formalísticos diafragmas del procedimiento: en suma un proceso en el cual el juez tiene el poder, no ya de sustituir a la de las partes su propia voluntad en la determinación de la res iudicanda, sino de aconsejar y de asistir a las partes en su también libre y soberana determinación de aquella res. Y esto, se entiende, en cuanto las partes mismas (o una de ellas) muestren la necesidad y el interés de ello, cosa que se verificará, especialmente, en el caso de que una parte, o ambas, no hayan estado en situación, a menudo por razones económicas, de asegurarse una defensa suficientemente hábil y calificada”²⁸.

En la Exposición de Motivos del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación leemos que entre los propósitos que orientaron a los autores del proyecto, convertido después en ley, se encontraba el de “dotar a los jueces de mayores

²⁷ “Los tres principios rectores del nuevo Código Procesal Civil y Comercial de la Nación” en Revista Jurídica de San Isidro, t. 1968-II, p. 245.

²⁸ SENTIS MELENDO. “La oralidad y las pruebas en el Proceso Civil”, pp. 125/6. Ed. Ejea, Bs As, 1972.

atribuciones en lo referente a la dirección y ordenación de las causas, de manera tal que el proceso, sin dejar de responder a las exigencias fundamentales del principio dispositivo, no se desarrolle como un juego de ficciones librado a la habilidad ocasional de los litigantes”. Los jueces no debemos olvidar este principio rector del Código vigente.

Los magistrados judiciales no sólo pueden sino que deben utilizar sus potestades para esclarecer la verdad de los hechos que, debidamente alegados, se encuentren controvertidos, cualquiera sea la actividad de los litigantes en la etapa probatoria y esto si afectar el debido proceso. Esto sin recurrir al cómodo argumento de que sobre éstas pesa la carga de la prueba. Ante la duda sobre la forma en que sucedieron los hechos, el juez debe tratar de esclarecerlos y asegurar así el debido proceso ya que si las partes tienen la carga de la prueba, aquél tiene el deber de dar o reconocer la razón a quien la posee.

V. El concepto de “debido proceso”.

Numerosos textos constitucionales, que más adelante serán referidos, hablan de “debido proceso”, “proceso en legal forma”, “proceso establecido”, “formas previstas por la ley”, etcétera.

Muchas de esas expresiones tienen relación directa o indirectamente, con algunos vocablos contenidos en la Carta magna inglesa y su ulterior desenvolvimiento en los Estados Unidos.

Pero no conocemos, ni en la doctrina inglesa ni en la de los Estados Unidos, un estudio que establezca la relación evidente que existe entre esos textos y las instituciones que en el derecho codificado, de origen romano, encaran los

mismos fenómenos. Los libros y estudios que más adelante serán citados, examinan el tema en el ámbito propio del derecho de cada país o de cada sistema. Una visión común de este tema en ambos sistemas, no ha sido expuesta hasta ahora, que nosotros sepamos, en ninguno de los dos sistemas jurídicos.

Por nuestra parte, creemos poder señalar en este trabajo, de qué manera las conclusiones de la doctrina y de la jurisprudencia de los Estados Unidos, coinciden, en términos generales, con las soluciones instituidas en los códigos y leyes de los países de filiación jurídica romana. Incluimos en éstos, por supuesto, aquellos países del Norte de Europa que en su tiempo recibieron el derecho romano y sobre sus fórmulas forjaron ulteriormente su ciencia del derecho.

Pero desde ya advertimos que en tanto los países continentales europeos han podido crear con su pensamiento una verdadera ciencia del proceso, los países anglo-americanos, en cambio, no han creado una ciencia, ni aspirado a crearla en torno a este tema.

Desde pocas partes del mundo puede percibirse más claramente este fenómeno de disparidad de medios de técnica jurídica, que desde el Río de la Plata²⁹. La geografía nos ha colocado en el vértice de un triángulo cuyos otros

²⁹ Ver ALVARADO VELLOSO, A "EL GARANTISMO PROCESAL": *En línea:*
<http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/ctp/article/viewFile/19/54>

"Si el proceso es un método de debate, pacífico, dialéctico para lograr la certeza en las relaciones y lograr el mantenimiento de las relaciones entre los hombres parece razonable que, entre las partes que están en contra exista la igualdad de la ley entre ellas; porque si no hay igualdad la pregunta es ¿para qué el proceso?. Si mantengo la desigualdad de la calle ¿para qué hipocresía llevar esa desigualdad otra vez al proceso? Por tanto no hay proceso con el Rey inteligente o rico, la igualdad es la base procesal. La segunda parte, la imparcialidad del juzgador porque si el pleito con alguien va a juzgarlo mi papá ¿para qué el proceso, la hipocresía del proceso? Este proceso funcionó en el mundo durante muchísimos siglos. Funcionó en la antigua Grecia, en la antigua Roma, hasta el día de hoy en los países que no sufrieron la inquisición y medianamente, funcionó hasta la década de los años '30 en nuestro país. Teníamos entonces una justicia que se decía que era indiferente, se decía que era desidiosa, yo no participé de esa justicia nunca la vi funcionar, pero comenzaron a estallar en el mundo ideas corporativistas. Yo no sé si a partir de los

extremos se encuentran en forma casi equidistante, en Europa y en los Estados Unidos. En muchos puntos, esas dos mentalidades no se comprenden; nosotros, por nuestra parte, en más de una oportunidad, tenemos el privilegio de comprenderlos a los dos.

Hagamos, pues, la experiencia de saber qué quiere decir “debido proceso” en el léxico angloamericano, de dónde ha surgido, y en el léxico de la codificación en el que ha sido virtualmente adoptado.

VI. Inconstitucionalidad por privación de prueba.

Cuando se examinan en conjunto las decisiones de los tribunales de los Estados Unidos en materia de prueba, se advierte que frecuentemente se trata de corregir errores de procedimientos o desviaciones de aquellas garantías que todos los códigos procesales, especialmente de la materia criminal, consideran como una garantía mínima del demandado.

Se reconoce a los Estados el derecho de regular la prueba en la legislación procesal que cada uno se dé³⁰. Pero se ha declarado, por ejemplo, que se viola la garantía del debido proceso, cuando se obtiene una condena por la presentación de un testigo que las autoridades acusadoras reconocen que es perjurio³¹, o cuando se trata de una simple apariencia de juicio³².

Estrechamente ligado a estas circunstancias, se halla el tema relativo a las presunciones legales. La jurisprudencia de la Suprema corte ha decidido que

propios jueces o partir de políticos que estaban interesados en traer ideas corporativas lo cierto es que se pregonó el hecho de ponerle fin a la indiferencia de los jueces, fin a la desidia al "qué me importismo judicial". Y para eso había que hacer que los jueces estuvieran comprometidos con su tiempo, que los jueces estuvieran comprometidos con las ideas del partido político gobernante, que los jueces salieran a buscar dos banderas que eran y son de la mayor importancia y que eran; la verdad y la justicia".

³⁰ Hawes v. Georgia, 258 U. S. 1 (1922); Lindsley v. Natural Carbonic Gas C°, 220 U. S. 61, 81 (1911); Adams c. New York, 192 U. S. 585, 588 (1904).

³¹ Mooney v. Holohan, U. S. 103, 112 (1935).

³² Brown v. Mississippi, 297 U. S. 278, 286 (1936).

competen a los Estados, en su legislación interna, establecer el régimen de presunciones legales que ha de regir la tarea de los jueces. Pero junto a ese principio se ha sostenido que viola la garantía constitucional, el establecimiento de presunciones ilógicas o que instituyen "una discriminación odiosa" o que tienden a privar a una parte de oportunidad razonable para presentar los hechos pertinentes a su defensa³³.

También aquí cabe formular la distinción entre motivos de nulidad, por infracción a la ley y motivos de inconstitucionalidad de la ley por violación de la garantía del proceso.

Las garantías de la prueba pertenecen, en el sistema de la codificación, a la ley ordinaria, la que ordena la producción de la misma con un criterio de razonable equidad para ambas partes, con arreglo al principio de igualdad de las mismas en el proceso³⁴. Todos los días nuestros tribunales anulan procedimientos por apartamiento de las garantías inherentes a la producción de la prueba.

En cambio, de acuerdo con nuestro criterio, sería correcta la conclusión de que una ley instituyendo una presunción absurda o irrazonable que no admita prueba en contrario, es violatoria de la garantía constitucional de defensa en juicio.

VII. Inconstitucionalidad por inidoneidad del juez.

Llevando más adelante las palabras de Calamandrei citadas en un comienzo, podría añadir que "todas las libertades son vanas si no se pueden reivindicar y defender en juicio; si el individuo no encuentra ante sí jueces capaces de darle la razón".

³³ Bandini Petroloum C° v. Superior Ct., 284 U. S. 8, 18 (1931); Mobile J. y K. C. R. C° v. Henderson, 279 U. S. 639, 642 (1929)

³⁴ Couture, E. "Fundamentos del derecho procesal civil" Edit. Lopez. Bs.As. 1976, p. 124

La Suprema corte de los Estados Unidos ha sostenido que es garantía fundamental la existencia de un tribunal “competente e imparcial”³⁵ y que viola la garantía del due process of law la existencia de un juez inferior que cobra sus servicios sólo cuando condena al demandado y no cuando lo absuelve³⁶.

Con motivos más consistentes desde el punto de vista de la fundamentación, nosotros deberíamos llegar a conclusiones análogas.

En nuestro concepto, la garantía constitucional exige, cuanto menos, tres condiciones: independencia para que el juez pueda hallarse por encima de los poderes políticos y aun de las masas que pretenden presionar sobre las decisiones; autoridad, para que sus fallos no sean dictámenes académicos ni piezas de doctrina, y se cumplan efectivamente por los órganos encargados de ejecutarlos; y responsabilidad, para que el poder no se convierta en despotismo.

Pero sobre esto hemos escrito tantas páginas, que toda insistencia sería fatigosa. Nos remitiremos a todo cuanto ya hemos dicho³⁷.

VIII. Visión global del campo del proceso.

Las palabras precedentes no aspiran a representar un nuevo modo de examen de los fenómenos procesales, ni siquiera una contribución de importancia para un tema particular. Pero acaso apunten lo que se puede lograr mediante la aproximación de dos métodos jurídicos.

Decía Roscoe Pound, acaso el más sagaz de los filósofos norteamericanos del derecho, que ellos no pueden concebir el derecho “como un sistema completo

³⁵ Jordan v. Massachussets, 255 U. S. 167, 176 (1912).

³⁶ Tumey v. Ohio, 273 U. S. 510, 523, 531 (1927).

³⁷ En particular los estudios publicados en el t. 1 de “*Estudios de derecho procesal civil. La Constitución y el proceso civil*”, Bs As, 1949.

de legislación, según el cual todo caso sería previsto, si no por expresa disposición, al menos por una base legal para el desarrollo lógico del precepto requerido que regula el caso. Entre nosotros, dice, la legislación no ha podido ser completa, limitándose a proveer disposiciones definitivas y detalladas para situaciones de hecho igualmente definidas y detalladas”³⁸ .

¿Qué diferencia con nuestras habituales concepciones, que no sólo consideran el derecho como un sistema unitario, sino que le agregan, además, su condición de plenitud hermética?

Pero a medida que se ahonda en el conocimiento de ambos sistemas, se advierte que, a pesar de estas diferencias, existe acuerdo sobre puntos fundamentales, y acerca de muchas soluciones particulares que a cada instante se adelantan a nuestro paso con sorprendente unidad.

Las palabras precedentes, como se ha dicho, aspiran a ser apenas un esfuerzo de superación de las dificultades del método. Hemos tomado un pequeño sector del mundo jurídico y hemos tratado de contemplar, en grandes planos y sin entrar en detalles de estilo, el fenómeno de la tutela constitucional del proceso en ambos regímenes.

Pero siempre esa tutela constitucional ha tenido como objeto de estudio la garantía de imparcialidad, como fin de todos los actos procesales.

Más que un ensayo o una contribución científica, cuanto precede aspira a señalar cómo podría ser un ensayo sobre un tema particular, encarado con la visión unitaria de estas “dos maneras de pensar” del hombre en su búsqueda de la justicia.

³⁸ Prólogo al libro de SILVEIRA, “*A interpretação da lei no sistema da codificação e no direito angloamericano*”, Río de Janeiro, 1947.

IX. La garantía de imparcialidad.

Uno de los problemas más relevantes que se presenta hoy en el ámbito del procedimiento argentino y en materia probatoria es el cumplimiento de las garantías constitucionales de imparcialidad, dado que ello encuentra serios obstáculos en su concreción en el actual esquema jurídico institucional y la natural resistencia al cambio que a veces presentamos los operadores del derecho.

Para lograr la conceptualización general, la imparcialidad es la condición que asume el juez frente a las partes en el proceso y a los intereses que los mueven respectivamente, colocándose a una idéntica distancia entre las pretensiones y argumentos de las partes, sin involucrarse de ninguna manera con las mismas³⁹. Mediante esta posición se pretende situar al juzgador en la mejor situación psicológica y anímica posible para emitir un juicio de valor respecto del caso concreto que se somete a su conocimiento y decisión. Piénsese que si el juez controla que en las medidas investigativas se cumplan las garantías mínimas que le asisten al imputado, su participación como tercero imparcial ante las fuerzas de acusación y defensa debe ser resguardada, aun cuando no exista en el ánimo del magistrado voluntad alguna de parcialidad.

“A esta corriente le damos el nombre de garantismo o garantista y de ahí la explicación del Derecho Procesal Garantista que tiene un montón de cosas por delante. Hoy hemos hablado, el tema central del congreso es el papel del juez en un proceso de corte garantista. Y lo hemos puesto

³⁹Bien ha dicho Cafferata Nores que la imparcialidad es la condición de tercero del juzgador, es decir, de no ser parte, ni estar involucrado con los intereses de ésta, ni comprometido con sus posiciones; y la actitud de mantener durante el proceso la misma distancia de la hipótesis defensiva, hasta el acto mismo de la sentencia (CAFFERATA NORES, José, “*Cuestiones Actuales sobre el Proceso Penal*”, Editores del Puerto, Bs As, 1997).

aquí arriba dos cosas de la mayor importancia: "el garantismo y la congruencia", " El garantismo y la cautela".

Esto no es una cosa técnica, si el tercero sí o no es una cosa técnica; si preclusión si o preclusión no es una cosa técnica; pero si el juez puede sí o no eso no es técnico, es puramente político es la ideología política del legislador que está plasmando una norma jurídica. Y esto es lo que yo quiero discutir, y la ideología es buena, si no es Autoritarismo, si esto es el Liberalismo que me prometieron en nuestra Constitución o es el decadente Autoritarismo fascista del año ´40. Una vez he preguntado que es más importante, el método o la meta, y me contestan la meta; les digo: cuanto horror se hubiera ahorrado la humanidad si Hitler no hubiera pensado como ustedes. Haciendo un juego de palabras decimos "el fin justifica los medios", modificando la figura Maquiavélica"⁴⁰.

X. La jurisprudencia nacional y la garantía de imparcialidad

Gran parte de la doctrina judicial argentina no ha entendido la garantía de imparcialidad de los jueces de la misma manera que la jurisprudencia internacional.

Ejemplo de ello son fallos de los más variados fueros e instancias ⁴¹ donde — en apretada síntesis— se señala que la circunstancia de que un juez penal dicte un auto de procesamiento no lo convierte de manera inmediata en parcial, al punto o al extremo tal que le impida dictar sentencia definitiva. Es decir, la circunstancia de que el juez ordene un procesamiento no tiene relación con la parcialidad del magistrado en cuestión, ya que no emite más que un juicio de probabilidad sobre la existencia del hecho y la culpabilidad del imputado, que

⁴⁰ ALVARADO VELLOSO, A "EL GARANTISMO PROCESAL". P.10. En línea: <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/ctp/article/viewFile/19/54>

⁴¹ Causas: "Lopina Magdalena, Fernando" Sala 3ª de la Cámara Nacional de Casación Penal (JA, 2000 - III - 102); "Schweizer de González" Sala 2ª de la misma Cámara (JA, 2000 - III - 100); "Expte. N° 507/99" Sala 4ª de la Cámara de Apelaciones de Rosario, Santa Fe (JA, 1999 - IV - 1139); "Expte. 91.850" Tribunal Oral Penal Económico N° 1 (LL, 1993 - E - 566) y demás jurisprudencia citada en el considerando II de este último, a donde remitimos.

no cercena la actividad del juzgador en la etapa del debate. Se señalaba que los argumentos que llevaban a pensar que la imparcialidad de un magistrado se vería afectada por haber actuado durante la instrucción se apoyan en enfoques conjeturables que carecen de un asidero firme en la realidad, pues parten de la hipótesis equivocada de "... que los jueces que investigan las causas necesariamente carecen de la imparcialidad requerida para juzgar a los actores, y el sinnúmero de resoluciones judiciales que a diario se dictan en los juzgados y constituyen un rotundo mentís a tal conclusión" ⁴².

Incluso se confundía a la garantía de imparcialidad con una cuestión de "delicadeza personal" o de "violencia moral contra el juez"; llegándose a no compartir un pedido de inhibición de un magistrado por haber actuado como juez de apelación en la causa que ahora venía para juicio (garantía de imparcialidad por el "temor" de ver afectada la objetividad personal con prejuicios) pero aceptándose no obstante (la inhibición) por razones de delicadeza personal y para evitar una violencia moral en el magistrado, pese a que tales extremos no habían sido expresamente invocados ⁴³.

La doctrina desarrollada debe ser hoy definitivamente abandonada a raíz de los fallos ya mencionados de la Corte Suprema de Justicia. Si bien el cambio jurisprudencial ya se estaba gestando a influjo de la experiencia de los Tribunales Internacionales ubicando a la garantía de imparcialidad en su justo lugar, la situación actual nos encuentra no ya con una garantía implícita, sino con una considerada como premisa básica del derecho de defensa⁴⁴.

⁴² "Expte. N° 507/99", Sala 4°, Cámara de Apelaciones de Rosario, Santa Fe (JA, 1999-IV-1139).

⁴³ Causa N° 11, "Stocalin, Ana María - Abraham Orfeo Nelly s/ art.302 del Cod. Penal" Tribunal Oral del Fuero Penal Económico de la Capital Federal .

⁴⁴ Ejemplo de ello son los fallos "Massaccesi" (Fallos 321:3679), "Expte. N° 47.289" de la Sala 4ª de la

XI. Teoría de la decisión.

La aplicación de la teoría de la decisión al campo jurídico es, en realidad, un tema que hace un tiempo que estamos tratando de investigar. Para decir “Teoría de la decisión” con otras palabras, en esta oportunidad le hemos puesto de subtítulo “qué influye en el juez al momento de dictar una sentencia”, cuáles son los elementos que convergen al momento de decidir, y, por supuesto, cualquier cosa que hagamos o que digamos se aleja de la vieja teoría del silogismo: donde la ley era la premisa mayor, el caso la premisa menor y la sentencia la conclusión, esta idea propia de los orígenes de la modernidad, de la codificación francesa que luego pasara a todo el derecho continental-europeo. Esta es una idea que ni siquiera se puede decir que esté en crisis, ya que no hay quien hoy por hoy la sostenga seriamente, aunque, como ocurre con los monstruos en las películas de terror, nunca terminan de morir, puesto que reaparecen en el seno de otras teorías. Entonces cuando a los monstruos los cortan en pedacitos, ellos se rehacen y siguen siendo monstruos. Esto es un poco lo que pasa, de tanto en tanto, con el tema de la decisión, tal como veremos en la primera parte de esta exposición.

En Buenos Aires se formó un Grupo de Análisis de Criterios sobre la Graduación de la Pena. El grupo de análisis de los criterios está compuesto por penalistas y no penalistas⁴⁵, (de hecho, el Director es un importante filósofo del derecho y Juez de Cámara Laboral) entre quienes existe una coincidencia de metodología.

Cámara Nacional Criminal y Correccional (ED 168-309), "Riverso, Ricardo" de la Sala 1ª de la Cámara Nacional Criminal y Correccional, "Manusovich, Sebastián", de la Sala 4ª de la Cámara Nacional Criminal y Correccional.

⁴⁵ Integran el grupo los Dres. Ricardo A. Guibourg (dir.), Estela R. Cárcamo, Jorge Cerdio Herrán, Héctor M. Magariños, Liliana Rodríguez Fernández, Iván Tolnay de Hagymassy, Martín E. Vázquez Acuña y Marta A. Yougano. Ver Análisis de criterios de decisión judicial. La graduación de la pena. Buenos Aires, G.A.C. Grupo de Análisis de Criterios, 2007

Esto es muy importante, el hecho de que se reconozca que no hay dos casos iguales.

Después de reconocer, que: si bien jamás hay dos casos iguales, cualquier letrado experimentado puede trazar clases de casos semejantes en ciertos aspectos relevantes (que, por lo tanto, en ciertos aspectos no relevantes o considerados no relevantes, no serían semejantes). Esto es muy importante, el hecho de que se reconozca que no hay dos casos iguales. Sin embargo, esto, puesto al comienzo del trabajo indica que a partir de ahí cualquier conclusión que se elabore va a implicar la paradoja de que, pese a ello, sí habrá casos que se tratarán como iguales, ya que están dando formulas para cuantificar la pena, están dando fórmulas para casos que se presupone que, si no son exactamente iguales, serían al menos semejantes a los efectos de las fórmulas (lo que tiene algo de reduccionismo).

Desde luego es imposible sacar a la luz todos los razonamientos, explicitar todas las ecuaciones y definir objetivamente todas las variables relevantes. No se puede definir objetivamente todas las variables relevantes, esto es precisamente lo que hace que dos casos no sean exactamente iguales, ya que la diferencia, si no apareció antes, pueda siempre aparecer en una variable que se analice en el futuro. Como sabemos, por definición, las variables son aquellas partes del cálculo que no tiene un valor fijo que pueda ser predeterminado, ya que va a depender de las circunstancias en que aparezca. Un investigador, de cualquier área del conocimiento, necesita trabajar con todas las variables posibles. Habrán visto alguna vez las coordenadas cartesianas, el eje de las "x" y el de las "y", que los economistas usan y disfrutan mucho, como, por ejemplo, "oferta" y "demanda" para determinar el

“precio” de un objeto cualquiera. Pero en el cuadro no interviene la publicidad, ni la moda, ni el snobismo, no hay ninguna otra circunstancia que pueda llegar a influir en el precio final. Este método de los economistas viene de la racionalidad cartesiana, y que se conoce como *cæteribus páribus*, que quiere decir que las demás variables que pudiesen existir se suponen que no existen, o que no influyen, o que permanecen invariables, y además, no interactúan recíprocamente.

XII. Conclusiones.

La garantía de imparcialidad del tribunal no es algo que puede dejarse de lado ante el respeto estricto de ley procesal a nivel provincial y en especial en materia probatoria. La Corte Suprema ya ha anulado fallos en su accionar de unificación de jurisprudencia por lo que las provincias no pueden mirar hacia otro lado.

Dworkin tituló su obra *Los Derechos en Serio*⁴⁶; y por ello bregó desde sus obras y desde la cátedra universitaria. Y es que los principios del derecho no pueden ser objeto de interpretaciones arbitrarias o caprichosas: de ahí, que no deba quedarles a los jueces un excesivo margen de concreción de la ley. El "juez-hércules", el juez filósofo que tendría a su cargo la búsqueda y aplicación de la respuesta "correcta" que da el derecho a cada caso no encontraría lagunas. Pero el acusado debe quedar protegido ante los jueces y el ciudadano debe poder oponer una argumentación racional a aquella que subyace a la formulación de las leyes. En todo caso, hay que garantizar la dimensión moral de la ley que requiere un trato y consideración igual para todos. El derecho presupone siempre la existencia de respuestas "correctas". Aplicar el derecho e

⁴⁶ DWORIKIN, Ronald, *“Los Derechos en Serio”*, Edit. Ariel, Barcelona, España, 1984.

impartir justicia es siempre concretar en respuestas correctas los derechos y los deberes de cada uno.

Señalamos además, que la tesis contraria implica en la realidad de los hechos, una suerte de abdicación del poder/deber del órgano jurisdiccional en cuanto a la administración de justicia, toda vez que cualquier actitud de las partes, por más grave y significativa que fuere para la materia de la prueba -incluso la abierta negativa a responder a un interrogatorio conducido ex officio por el juez-, carecería sin embargo y paradójicamente, de toda relevancia para la decisión o composición de la litis en tanto no existieren otras pruebas que "corroborar" o apreciar críticamente.

Esta especie de restablecimiento del sistema de la tarifa legal -habida cuenta que en todo caso la presunción derivada de la conducta sólo complementarías las restantes pruebas, vale decir, tendría una jerarquía inferior incluso a las previstas en el art. 163 inc 5, segunda parte del Cód. Procesal-, se traduciría a su vez en la lisa y llana derogación del dispositivo contenido en el art. 415 del Cód. Procesal de la Nación, ya que el deber o carga de contestar sólo se exigiría en la medida que se hubieren producido otras pruebas

En resumidas cuentas, el sistema dispositivo procesal obliga al juez a resolver de acuerdo con lo pedido y con los hechos principales que sirven como causa de la pretensión o defensa, límite que, de ser traspasado, implicaría la cancelación de la categoría de los derechos privados, por lo menos como los conocemos nosotros, sin que, otra parte, la supuesta mecánica "eficacia", "economía", "celeridad" o "certeza" de la función jurisdiccional pueda esgrimirse como un valor que permita válidamente sacrificar, no sólo a aquellos derechos, sino a la preeminente garantía del debido proceso legal que nuestra

Constitución Nacional asegura, aun cuando ello se haga bajo la advocación del dictado de sentencias más "justas".

Afirmamos que el comportamiento procesal entendido en sentido amplio, puede encajar en ciertos casos dentro del concepto de la prueba judicial, pues constituye un preciso antecedente, del cual podrán inferirse hechos principales y secundarios en grado suficiente para que el magistrado forme su convicción respecto de su probabilística existencia como presupuesto o causa de la actuación de la ley que se pretende. De ello se desprende que los mismos sujetos que intervienen en la litis son sustancialmente empleados en el moderno proceso civil, como fuente probatorio, de los que se extraerán tanto testimonios bajo la forma de confesiones judiciales como presunciones simples, libremente valoradas por el juez.

Los magistrados judiciales no sólo pueden sino que deben utilizar sus potestades para esclarecer la verdad de los hechos que, debidamente alegados, se encuentren controvertidos, cualquiera sea la actividad de los litigantes en la etapa probatoria. sin recurrir al cómodo argumento de que sobre éstas pesa la carga de la prueba. Ante la duda sobre la forma en que sucedieron los hechos, el juez debe tratar de esclarecerlos ya que si las partes tienen la carga de la prueba, aquél tiene el deber de dar o reconocer la razón a quien la posee.

Las ideas precedentes no tienen gran originalidad en el ámbito de los países que, como los del Río de la Plata, han sido fieles a la concepción norteamericana de la inconstitucionalidad de las leyes que quebrantan garantías esenciales, entre las cuales se encuentra, por supuesto, la del debido proceso en forma legal. Nuestros repertorios están llenos de decisiones

invalidando o negando aplicación a leyes violatorias de las garantías de defensa en juicio. Su interés es mucho mayor, en cambio, en aquellos países que desconocen o no han desenvuelto suficientemente este instrumento de tutela de la persona humana.

Si la ley procesal priva de la posibilidad de accionar, de defenderse, de producir prueba, de alegar, de impugnar la sentencia, de ser juzgado por jueces idóneos, en términos no razonables, es inconstitucional. Debe, entonces, ser invalidada como tal, dentro de los términos que instituya el derecho positivo para anular el efecto de las leyes violatorias de la Constitución.

La idea de razonabilidad puede determinarse en forma genérica como una relación adecuada entre el fin y los medios; o en forma específica, ante las particularidades de cada caso concreto, en una casuística de amplia extensión. Más allá de compartir o no los postulados de la filosofía jurídica de Dworkin, para bien o para mal nuestros magistrados no son el juez-Hércules que el profesor norteamericano enseñaba. Ni tampoco queremos que lo sean. Simplemente son seres humanos sumidos en las contingencias propias de nuestra sociedad y que necesariamente van a afectar su espíritu. Pretender investigar una persona, buscar y encontrar los motivos suficientes para enjuiciarla y posteriormente pretender juzgarla con total independencia de los sentimientos, ideas y conceptos que la investigación generó en nosotros es desconocer la naturaleza humana.

XIII. Bibliografía.

ALVARADO VELLOSO, A. *"Imparcialidad Judicial"*.

En línea: http://www.eldial.com/publicador/doctrina/doctrina.asp?archivo=DCB96.html&pie=DCB96&titulo=La%20imparcialidad%20judicial#_ftn3

ALVARADO VELLOSO, A. *"El garantismo procesal"*.

En línea: <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/ctp/article/viewFile/19/54>

COUTURE, E. "Fundamentos de derecho procesal civil". Ed. Aniceto López, 1942

CARNELUTTI, "*La prueba civil*", Ed. Depalma. Bs.As. 1970
CALAMANDREI. P. "*Derecho procesal civil*". Ed. Ejea. Bs.As.
CARNELUTTI, "*Impresiones sobre el Segundo Congreso de Derecho Procesal argentino*", en Rev. LA LEY, t.I.
CAFFERATA NORES, José, "*Cuestiones Actuales sobre el Proceso Penal*" Editores del Puerto, Bs As, 1997.
CAFFERATA NORES, José, "*Garantías y Sistema Constitucional*", Revista de Derecho Penal, 2001-1, Ed. Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, Argentina.
DWORKIN, Ronald, "*Los Derechos en Serio*". Ed. Ariel, Barcelona, España, 1984.
FENOCHIETTO-ARAZI, "*Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, comentado y concordado*". Ed. Astrea. Bs.As. 1998
RUSSO, J.C. "*Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Misiones*". Ed. autor. Misiones. 2008
SPINELLI, "*Las pruebas civiles*", Ed. Ejea. 2005
STEIN, "*Das private Wissen des Richters*". Untersuchungen zum Beweisrecht beider Prozesse. Aalen, 1987. Repr. 1893
SENTIS MELENDO, "*La prueba*", Ed. Ejea. As As: Depalma, 1979